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

AÑO V – N° 3, Mayo / Junio 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° 3, Mayo/Junio 2017. Contiene todas las resoluciones: Acuerdos, Sentencias e Interlocutorias **ingresadas a la base de datos y publicadas** durante el período.

A partir de éste número se incorporan algunas de las resoluciones con **Perspectiva de Género**.

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

Junio/2017



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

# Indices

***Por Organismo***

*Perspectiva de Género:*

- **"PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505337/2015) – Sentencia: 143/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"C. M. J. Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO"** - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería Nº 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 516674/2017) – Sentencia: S/N – Fecha: 12/05/2017 ver texto

**La obra social provincial debe cubrir el tratamiento de fertilización asistida a una pareja igualitaria.**

*Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia*

- **"COLEGIO MÉDICO DE NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3115/2010) – Acuerdo: 38/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto
- **"CIRCULO ODONTOLÓGICO DEL NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4056/2012) – Acuerdo: 39/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto
- **"LA CONTINENTAL ANDINA S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2502/2008) – Acuerdo: 40/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto
- **"CENCOSUD S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3958/2012) – Acuerdo: 41/17 – Fecha: 17/04/2017 ver texto
- **"SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE SAN MARTIN DE LOS ANDES C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 4934/2014) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"ETCHEVERRY ALBERTO RUBEN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 4362/2013) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 24/04/2017 ver texto
- **"FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN C/ MUNICIPALIDAD DE**



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

**VISTA ALEGRE S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 6840/2017) – Interlocutoria: 07/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto

*Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia*

- **"NÚÑEZ URRA WALDEMAR ENRIQUE C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** – (Expte.: 412143/2010) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 13/02/2017 ver texto
- **"OZORIO ESCUBILLA JOSÉ MARÍA C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557"** – (Expte.: 456038/2011) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 13/02/2017 ver texto
- **"ROJAS CRISTINA ALEJANDRA C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 75/2014) – Acuerdo: 14/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"VÁZQUEZ YOLANDA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO"** – (Expte.: 126 - Año 2013) – Acuerdo: 11/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"I.M.P.S. C/ VILLALOBOS GUERRERO, SILVIA D. C. Y OTRO S/ ACCIÓN REIVINDICATORIA"** – (Expte.: 42/2014) – Acuerdo: 12/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"ACUÑA ROSA LIDIA C/ LA CAJA DE SEGUROS ART S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** – (Expte.: 7629/2013) – Acuerdo: 13/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto

*Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia*

- **"M. G. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** – (Expte.: 59900/2016) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto

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

- **"AYBAR MARIO RICARDO C/ CONSOLIDAR ART S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 419023/2010) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"ROVERA NILTON EDUARDO Y OTRO C/ LA ERA S.R.L. S/ SUMARISIMO LEY 2268"** - (Expte.: 451440/2011) – Sentencia: 51/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 509359/2016) – Sentencia: 62/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto



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

- **"MULBAYER LUIS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUÉN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 473963/2012) – Sentencia: 65/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"PARODI PABLO SEBASTIAN Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 74741/2016) – Sentencia: 70/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"ROSALES LUIS MARCELO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 500828/2013) – Sentencia: 75/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"TALADRIZ NELSON C/ INGENIERIA SIMA S.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 399259/2009) – Sentencia: 77/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"AQUEVEQUE MOLL MAKARENA J. C/ ADT SECURITY SERVICES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 467557/2012) – Sentencia: 78/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"DEFENSORIA DEL PUEBLO C/ E.P.A.S Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 505532/2014) – Sentencia: 79/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"PEÑA JOSE LUIS C/ LA CASA DE LAS HERRAMIENTAS S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 474343/2013) – Sentencia: 81/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"VILLALON ANDREA PAOLA C/ SANTA IRENE S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 474770/2013) – Sentencia: 83/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"LACROUX ALICIA AMELIA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 501222/2014) – Sentencia: 85/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"TELEFONICA MOVILES DE ARGENTINA S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 512968/2016) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"CAYUN CARLOS MIGUEL C/ SMG LIFE SEGURO DE VIDA S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** - (Expte.: 500256/2013) – Sentencia: 94/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"ALAMO ALTO S.A. C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACIÓN S/ DESALOJO POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN"** - (Expte.: 368753/2008) – Sentencia: 96/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"GALLEGO HUMBERTO C/ ASOCIART ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 473693/2009) – Sentencia: 98/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"ROSALES ADRIANA C/ JAUGE CARLOS OSCAR Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 501471/2014) – Sentencia: 101/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"MOYA VANESA C/ PROD. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 469756/2012) – Sentencia: 102/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto



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

- **"CAYUMAN PEREIRA FRANCISCO C/ FRUTISUR S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 422908/2010) – Sentencia: 103/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"CARRIZO LEONARDO SANTOS C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 445956/2011) – Interlocutoria: 141/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF.TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV."** - (Expte.: 51593/2011) – Interlocutoria: 143/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"REBOLLEDO MARIA CECILIA C/ CNP ASSURANCES COMPAÑIA DE SEGUROS S/ SUMARISIMO"** - (Expte.: 510506/2015) – Interlocutoria: 144/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"MARCOTE TERESA CECILIA MARIA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 1750/2017) – Interlocutoria: 153/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"M. M. D. L. A. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - (Expte.: 70319/2015) – Interlocutoria: 154/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"S. G. R. C/ K. R. S/ INC. DE ELEVACIÓN (E/A 997/2016)"** - (Expte.: 1104/2016) – Interlocutoria: 166/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"MARTIN VIRGINIA ROXANA C/ VARELA OLID FRANCISCO Y OTRO S/ DESPIDO"** - (Expte.: 444313/2011) – Interlocutoria: 104/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CIDES OLGA SUSANA C/ GALENO ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - (Expte.: 469600/2012) – Interlocutoria: 174/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"GUTIERREZ RAUL ENRIQUE C/ URRUTIA JAIME BENITO Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: 514419/2016"** - (Expte.: 53443/2017) – Interlocutoria: 180/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto

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

- **"NAVARRO BARROS RENZO NICOLAS E. C/ VELAZQUEZ HORALDO ROSA Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 474746/2013) – Sentencia: 59-17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"NAUTO VERONICA BEATRIZ C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 464325/2012) – Sentencia: 67/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"LOPEZ PEDRO GUSTAVO C/ HSBC BANK ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES"** - (Expte.: 503875/2014) – Sentencia: 74/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto



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

- **"ZEBALLOS VILLARROEL RAMON C/ JACR S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 418271/2010) – Sentencia: 75/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"ORTIZ FABIAN ALEJANDRO C/ FEDERAC. PATRONAL SEGUROS S.A. S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 477047/2013) – Sentencia: 78/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"ROLDAN NORMA ELSA C/ MOÑO AZUL S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 501969/2013) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"ROJAS CLAUDIO FERNANDO M. C/ BARCELO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - (Expte.: 474272/2013) – Sentencia: 87/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"TISCORNIA LUCAS MATIAS C/ OLMAR S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 453906/2011) – Sentencia: 88/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TRES SOLES S.A. S/ APREMIO"** - (Expte.: 500942/2013) – Sentencia: 91/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"SANTA CRUZ EVELIN KAREN C/ YOCOVIELLO DEMIAN Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE ACUMULADO A 474162/13"** - (Expte.: 474223/2013) – Sentencia: 93/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"WERNICKE EDUARDO HUGO C/ ABB S.A. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 449079/2011) – Sentencia: 94/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"WEIT ENRIQUE C/ CONSORCIO EDIFICIO LOZANO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 500228/2013) – Sentencia.: 95/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"C. D. C/ OVANDO CONDORI VICTOR Y OTRO S/ D.Y P.X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 474841/2013) – Sentencia: 96/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"BARON NESTOR RUBEN C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 469643/2012) – Sentencia: 100/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"YAÑEZ ZEGARRA MONICA DANIELA C/ OLIVIA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 470389/2012) – Sentencia: 101/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"HINSTZ MARCELO ALEX C/ RESPONSABILIDAD PATRONAL ART S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - (Expte.: 349978/2007) – Sentencia: 103/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"GUTIERREZ RICHART WELLINGTON C/ SWISS MEDICAL ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 467538/2014) – Sentencia: 104/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"DISTEL SALGADO ROXANA C/ BOLMENE JUAN CARLOS S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - (Expte.: 477234/2013) – Sentencias: 105/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto



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

- **"QUINTANA NESTOR Y OTRO C/ PEREZ JAVIER ALEJANDRO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 469889/2012) – Sentencia: 106/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"CHOSPE SILVA ESMERITA DEL CARMEN C/ PREVENCION ART SA Y OTRO S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 460219/2011) – Sentencia: 107/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"MANZANARES CARLOS ALBERTO C/ DLS ARGENTINA LIMITED SUCURSAL ARGENTINA S/ INDEMNIZACION"** - (Expte.: 502236/2014) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SZUMSKY DANIEL EDUARDO S/ APREMIO"** - (Expte.: 554337/2016) – Sentencia: 109/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"TOTAL AUSTRAL S.A. C/ VAZQUEZ AURELIA DEL CARMEN S/ SUMARISIMO"** - (Expte.: 513590/2016) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"FILA HUGO NORBERTO C/ LA CAJA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 472098/2012) – Sentencia: 113/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"DOMINGUEZ ANA MALEN C/ CASINO MAGIC S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 470745/2012) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"ZUÑIGA CARLOS ALBERTO C/ SAPIENZA VICENTE Y OTRO S/ ACCION DE NULIDAD"** - (Expte.: 379099/2008) – Sentencia: 116/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"BERHAU ALFREDO DANIEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 509420/2017) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO"** - (Expte.: 381798/2008) – Sentencia: 118/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"GARGIULO CONCEPCION C/ GYORE EDUARDO RODOLFO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO"** - (Expte.: 470140/2012) – Sentencia: 121/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ SWACO DE ARGENTINA S.A. S/ APREMIO"** - (Expte.: 547249/2016) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUR VIVIENDAS S.R.L. S/ APREMIO"** - (Expte.: 549064/2016) – Sentencia: 130/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CHURRARIN MARIO LUIS C/ QUIROGA JORGE LUIS Y OTROS S/ COBRO DE ALQUILERES"** - (Expte.: 543512/2015) – Sentencia: 132/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto



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

- **"GAS Y PETROLEO DEL NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION S/ INSCRIPCION DE MODIFICACION DE CONTRATO DE UTE"** - (Expte.: 22920/2017) – Interlocutoria: 129/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"MARTINEZ JORGE OMAR C/ GILBARCO LATIN AMERICA S.R.L. S/ INCIDENTE DE REDARGUCION DE FALSEDAD"** - (Expte.: 1730/2015) – Interlocutoria: 140/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF.TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV."** - (Expte.: 51593/2011) – Interlocutoria: 143/17 – Fecha: 51593/2011 ver texto
- **"PICAZO GLADYS C/ EXPERIENCIA ART S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 508648/2016"** – (Expte.: 1015/2017) – Interlocutoria: 149/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"DIRR GISELA PAOLA C/ ASOCIACION 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO"** - (Expte.: 517138/2017) – Interlocutoria: 152/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"COPROMANEU S.A. S/ QUIEBRA"** - (Expte.: 396941/2009) – Interlocutoria: 165/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"YPF S.A. C/ CENTELLES AMADOR JULIAN Y OTRO S/ INTERDICTO"** - (Expte.: 4740/2013) – Sentencia: 124/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CHANDIA PABLO RAMON C/ SAIGRO S.A. S/ D.Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557"** - (Expte.: 388150/2009) – Sentencia: 126/17 - Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"LOPEZ CARLOS ANTONIO C/ BELMAR BELMAR DOMINGA MIRIAM Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 476036/2013) – Sentencia: 127/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ GUTIERREZ JUAN JOSE Y OTRO S/ APREMIO"** - (Expte.: 505230/2013) – Sentencia: 128/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MUSTAFA JULIAN ARMANDO C/ PARRA RASTELLINI MAXIMILIANO O Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 502207/2014) – Sentencia: 129/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CORREA SANDRA ITATI C/ NUEVA CHEVALLIER S.A. S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - (Expte.: 469574/2012) – Sentencia: 133/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"ORTEGA CRISTIAN MARCOS C/ PEÑA ROSALES JAVIER ORLANDO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 472380/2012) – Sentencia: 140/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"ALVAREZ ORTIZ ELADIO HUMBERTO C/ U.T.E.D.Y.C. Y OTRO S/ ESCRITURACION"** - (Expte.: 511160/2015) – Interlocutoria: 203/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto



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

- **"ESPIASSE SILVIO ALBERTO C/ COMPAÑIA TSB S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 1013/2017) – Interlocutoria: 209/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto

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

- **"CASCINO FABRICIO NORBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 510852/2015) – Sentencia: 45/17 – Fecha: 28/03/2017 ver texto
- **"RAMBEAUD GASTON PEDRO Y OTROS C/ CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 508611/2016) – Sentencia: 48/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"S. C. A. S/ DIVORCIO"** - (Expte.: 72560/2015) – Sentencia: 59/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"QUIROGA ELSA VICTORIA C/ DA 5 S.R.L. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - (Expte.: 465150/2012) – Sentencia: 64/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"BIZA NICOLAS C/ MAYCAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 412331/2010) – Sentencia: 66/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"FLORES RAUL EDUARDO C/ PROVINCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 450846/2011) – Sentencia: 69/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"CAMPENNI TOMAS Y OTRO C/ CASTINVER S.A. Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - (Expte.: 1814/2016) – Sentencia: 72/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"ZARZUR CARLOS ANIBAL C/ VIA BARILOCHE S.A. – VIA CARGO- S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - (Expte.: 508547/2015) – Sentencia: 83/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"ROSA ELVIO ARIEL C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 500885/2013) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"NEIRA ALVAREZ ARIEL EMILIO C/ GUERRERO JOAQUIN S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 449774/2011) – Sentencia: 87/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"S. E. A. S/ ADOPCION PLENA X/C 40534/09 Y 50571/11"** - (Expte.: 60185/2013) – Sentencia: 90/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"MARBA GISELLE JOHANA C/ WINTHER NADIA VANINA S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 501597/2013) – Sentencia: 95/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CABRERA ROSANA ESTELA C/ ROSALES LUCAS RODRIGO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESIÓN O MUERTE"** - (Expte.: 376640/2008) – Sentencia: 97/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto



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

- **"PERALTA ADELINA C/ GARRIDO LAURA YANETH Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 552331/2016) – Sentencia: 99/17 – Fecha: 01/06/2017 ver texto
- **"TRIPIER SILVIA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A: 511815/2016"** - (Expte.: 43464/2016) – Interlocutoria: 92/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"SILVA YESICA DEL CARMEN C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 507946/2016) – Interlocutoria: 93/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ SUBSECRETARIA DE TRABAJO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 509711/2017) – Interlocutoria: 99/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"SABELLA FABIAN RICARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 509590/2017) – Interlocutoria: 110/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ ACCIDENTES DE TRABAJO CON ACCION CIVIL"** - (Expte.: 507680/2016) – Interlocutoria: 112/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"NAVARRO CINTIA FERNANDA C/ CAMPOS DAMIAN FEDERICO S/ INTERDICTO"** - (Expte.: 516355/2016) – Interlocutoria: 127/17 – Fecha: 18/05/2016 ver texto
- **"CASIN HORACIO JUSTO C/ SAN CRISTOBAL SOC. MUTUAL DE SEGUROS GENERALES Y OTRA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 387194/2009"** - (Expte.: 3332/2016) – Interlocutoria: 139/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"CHERQUI JULIO ARGENTINO C/ EL COMERCIO CIA. DE SEGUROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 502868/2014) – Interlocutoria: 102/17 – Fecha: 08/06/2017 ver texto
- **"BARROS FABIANA EDITH Y OTRO C/ MONTERO CARRASCO CINDY NOEMI Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 333621/2006) – Interlocutoria: 103/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"RODRIGUEZ LEONARDO GABRIEL Y OTRO C/ ROCA MANANTIALES SRL Y OTRO S/ RENDICIÓN DE CUENTAS"** - (Expte.: 512596/2016) – Interlocutoria: 154/17 – Fecha: 08/06/2017 ver texto
- **"EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OT. S/ INCIDENTE DE EMBARGO PREVENTIVO E/A: 386153/2009"** - (Expte.: 23476/2016) – Interlocutoria: 159/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto

*Tribunal de Impugnación*

- **"LUCERO MICHAEL Y LUCERO FACUNDO S/ HOMICIDIO CALIFICADO"** - (Expte.: MPFCU 22652/2016) – Sentencia: 12/17 - Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **"B. J. A. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: 15914/2015) – Sentencia: 14/17 - Fecha:



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

03/03/2017 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*

- **"DONINI DANIELA DE LOS ANGELES C/ POZAS PAREDES HECTOR BAUTISTA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - (Expte.: 28880/2011) – Acuerdo: S/N – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"FUENTES VANESA DEL LUJAN C/ FERREYRA RAUL FABIAN S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 40378/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/04/2017 ver texto
- **"GUZZETTI CARLOS ORLANDO C/ GALENO A.R.T. S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 40936/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 24/02/2017 ver texto
- **"INSTITUTO PROV. DE LA VIVIENDA Y URBANISMO C/ QUEZADA LUNA JAIME MARIO S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - (Expte.: 33475/2012) – Acuerdo: S/N - Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"MILLAIN MIGUEL ALBERTO C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO"** - (Expte.: 9459/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"E. M. N. Y OTRO C/ C. M. S. C. S/ REGIMEN DE COMUNICACION"** - (Expte.: 7140/2015) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - (Expte.: 620/2014) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"IBAÑEZ OSCAR C/ NARCISA CATALAN Y OTROS S/ DIVISIÓN DE CONDOMINIO"** - (Expte.: 434/1998) – 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*

- **"LATORRE C/ ORDOÑEZ HECTOR JOSÉ S/ COBRO DE HABERES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO"** - (Expte.: 16945/2012) – Acuerdo: S/N – Fecha: 15/02/2017 ver texto



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

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*

- **"NÚÑEZ URRA WALDEMAR ENRIQUE C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 412143/2010) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 13/02/2017 ver texto
- **"OZORIO ESCUBILLA JOSÉ MARÍA C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 456038/2011) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 13/02/2017 ver texto
- **"AYBAR MARIO RICARDO C/ CONSOLIDAR ART S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 419023/2010) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"ROSALES LUIS MARCELO 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.: 500828/2013) – Sentencia: 75/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"MOYA VANESA C/ PROD. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469756/2012) – Sentencia: 102/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"NAUTO VERONICA BEATRIZ 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.: 464325/2012) – Sentencia: 67/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"BARON NESTOR RUBEN 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.: 469643/2012) – Sentencia: 100/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"GUTIERREZ RICHART WELLINGTON C/ SWISS MEDICAL 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.: 467538/2014) – Sentencia: 104/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"CHOSPE SILVA ESMERITA DEL CARMEN C/ PREVENCION ART SA Y OTRO S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 460219/2011) – Sentencia: 107/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"FILA HUGO NORBERTO C/ LA CAJA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - 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.: 472098/2012) – Sentencia: 113/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto

- **"FLORES RAUL EDUARDO 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 III – (Expte.: 450846/2011) – Sentencia: 69/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"ROSA ELVIO ARIEL 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 III – (Expte.: 500885/2013) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"GUZZETTI CARLOS ORLANDO C/ GALENO A.R.T. S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 40936/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 24/02/2017 ver texto
- **"MILLAIN MIGUEL ALBERTO C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO"** - 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.: 9459/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

*Accidente de tránsito*

- **"C. D. C/ OVANDO CONDORI VICTOR 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.: 474841/2013) – Sentencia: 96/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto

*Acción de amparo*

- **"NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509359/2016) – Sentencia: 62/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"PARODI PABLO SEBASTIAN Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 74741/2016) – Sentencia: 70/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"DEFENSORIA DEL PUEBLO C/ E.P.A.S Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial –



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

Secretaría Sala I – (Expte.: 505532/2014) – Sentencia: 79/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto

- **"TOTAL AUSTRAL S.A. C/ VAZQUEZ AURELIA DEL CARMEN S/ SUMARISIMO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 513590/2016) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"BERHAU ALFREDO DANIEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 509420/2017) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"SABELLA FABIAN RICARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509590/2017) – Interlocutoria: 110/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"C. M. J. Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO"** - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería Nº 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 516674/2017) – Sentencia: S/N – Fecha: 12/05/2017 ver texto

## *Acción de inconstitucionalidad*

- **"SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE SAN MARTIN DE LOS ANDES C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4934/2014) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"ETCHEVERRY ALBERTO RUBEN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4362/2013) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 24/04/2017 ver texto
- **"FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN C/ MUNICIPALIDAD DE VISTA ALEGRE S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6840/2017) – Interlocutoria: 07/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto

## *Acciones posesorias*

- **"YPF S.A. C/ CENTELLES AMADOR JULIAN Y OTRO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 4740/2013) – Sentencia: 124/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto



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

*Actos procesales*

- **"M. M. D. L. A. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 70319/2015) – Interlocutoria: 154/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto

*Adopción*

- **"S. E. A. S/ ADOPCION PLENA X/C 40534/09 Y 50571/11"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 60185/2013) – Sentencia: 90/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto

*Alimentos*

- **"S. G. R. C/ K. R. S/ INC. DE ELEVACIÓN (E/A 997/2016)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1104/2016) – Interlocutoria: 166/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - 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.: 620/2014) – Intelrocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

*Contratos*

- **"MULBAYER LUIS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUÉN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 473963/2012) – Sentencia: 65/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"DISTEL SALGADO ROXANA C/ BOLMENE JUAN CARLOS S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 477234/2013) – Sentencias: 105/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"ZUÑIGA CARLOS ALBERTO C/ SAPIENZA VICENTE Y OTRO S/ ACCION DE NULIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 379099/2008) – Sentencia: 116/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"CHURRARIN MARIO LUIS C/ QUIROGA JORGE LUIS Y OTROS S/ COBRO DE ALQUILERES"** - 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.: 543512/2015) – Sentencia: 132/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto

- **"ZARZUR CARLOS ANIBAL C/ VIA BARILOCHE S.A. – VIA CARGO- S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508547/2015) – Sentencia: 83/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto

*Contratos administrativos*

- **"COLEGIO MÉDICO DE NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3115/2010) – Acuerdo: 38/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto
- **"CIRCULO ODONTOLÓGICO DEL NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4056/2012) – Acuerdo: 39/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto

*Contrato de trabajo*

- **"TALADRIZ NELSON C/ INGENIERIA SIMA S.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 399259/2009) – Sentencia: 77/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"AQUEVEQUE MOLL MAKARENA J. C/ ADT SECURITY SERVICES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 467557/2012) – Sentencia: 78/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"PEÑA JOSE LUIS C/ LA CASA DE LAS HERRAMIENTAS S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474343/2013) – Sentencia: 81/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"VILLALON ANDREA PAOLA C/ SANTA IRENE S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474770/2013) – Sentencia: 83/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"CAYUMAN PEREIRA FRANCISCO C/ FRUTISUR S.R.L. 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.: 422908/2010) – Sentencia: 103/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto

- **"MARTIN VIRGINIA ROXANA C/ VARELA OLID FRANCISCO Y OTRO S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 444313/2011) – Interlocutoria: 104/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"ZEBALLOS VILLARROEL RAMON C/ JACR S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 418271/2010) – Sentencia: 75/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"ROLDAN NORMA ELSA C/ MOÑO AZUL S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 501969/2013) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"ROJAS CLAUDIO FERNANDO M. C/ BARCELO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 474272/2013) – Sentencia: 87/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"TISCORNIA LUCAS MATIAS C/ OLMAR 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.: 453906/2011) – Sentencia: 88/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"WERNICKE EDUARDO HUGO C/ ABB 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.: 449079/2011) – Sentencia: 94/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"WEIT ENRIQUE C/ CONSORCIO EDIFICIO LOZANO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500228/2013) – Sentencia.: 95/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"YAÑEZ ZEGARRA MONICA DANIELA C/ OLIVIA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470389/2012) – Sentencia: 101/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"MANZANARES CARLOS ALBERTO C/ DLS ARGENTINA LIMITED SUCURSAL ARGENTINA S/ INDEMNIZACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502236/2014) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto



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

- **"DOMINGUEZ ANA MALEN C/ CASINO MAGIC S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470745/2012) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"QUIROGA ELSA VICTORIA C/ DA 5 S.R.L. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 465150/2012) – Sentencia: 64/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"BIZA NICOLAS C/ MAYCAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 412331/2010) – Sentencia: 66/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"NEIRA ALVAREZ ARIEL EMILIO C/ GUERRERO JOAQUIN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 449774/2011) – Sentencia: 87/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"MARBA GISELLE JOHANA C/ WINTHER NADIA VANINA S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 501597/2013) – Sentencia: 95/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"FUENTES VANESA DEL LUJAN C/ FERREYRA RAUL FABIAN S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 40378/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/04/2017 ver texto

*Daños y perjuicios*

- **"ROVERA NILTON EDUARDO Y OTRO C/ LA ERA S.R.L. S/ SUMARISIMO LEY 2268" -** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 451440/2011) – Sentencia: 51/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"ROSALES ADRIANA C/ JAUGE CARLOS OSCAR 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 I – (Expte.: 501471/2014) – Sentencia: 101/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"NAVARRO BARROS RENZO NICOLAS E. C/ VELAZQUEZ HORALDO ROSA 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.: 474746/2013) – Sentencia: 59-17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto

- **"LOPEZ PEDRO GUSTAVO C/ HSBC BANK ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 503875/2014) – Sentencia: 74/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"SANTA CRUZ EVELIN KAREN C/ YOCOVIELLO DEMIAN Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE ACUMULADO A 474162/13"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 474223/2013) – Sentencia: 93/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"QUINTANA NESTOR Y OTRO C/ PEREZ JAVIER ALEJANDRO 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.: 469889/2012) – Sentencia: 106/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"CHANDIA PABLO RAMON C/ SAIGRO S.A. S/ D.Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 388150/2009) – Sentencia: 126/17 - Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"LOPEZ CARLOS ANTONIO C/ BELMAR BELMAR DOMINGA MIRIAM 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 II – (Expte.: 476036/2013) – Sentencia: 127/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MUSTAFA JULIAN ARMANDO C/ PARRA RASTELLINI MAXIMILIANO O 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 II – (Expte.: 502207/2014) – Sentencia: 129/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"ORTEGA CRISTIAN MARCOS C/ PEÑA ROSALES JAVIER ORLANDO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472380/2012) – Sentencia: 140/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"CABRERA ROSANA ESTELA C/ ROSALES LUCAS RODRIGO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 376640/2008) – Sentencia: 97/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"BARROS FABIANA EDITH Y OTRO C/ MONTERO CARRASCO CINDY NOEMI Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,



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

Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 333621/2006) – Interlocutoria: 103/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto

- **“DONINI DANIELA DE LOS ANGELES C/ POZAS PAREDES HECTOR BAUTISTA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28880/2011) – Acuerdo: S/N – Fecha: 06/04/2017 ver texto

*Derecho colectivo del trabajo*

- **"ESPIASSE SILVIO ALBERTO C/ COMPAÑIA TSB S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1013/2017) – Interlocutoria: 209/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto

*Derechos reales*

- **“INSTITUTO PROV. DE LA VIVIENDA Y URBANISMO C/ QUEZADA LUNA JAIME MARIO S/ ACCION REIVINDICATORIA”** - 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.: 33475/2012) – Acuerdo: S/N - Fecha: 09/03/2017 ver texto

*Divorcio*

- **"S. C. A. S/ DIVORCIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 72560/2015) – Sentencia: 59/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto

*Etapas del proceso*

- **"GALLEGO HUMBERTO C/ ASOCIART 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.: 473693/2009) – Sentencia: 98/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"MARTINEZ JORGE OMAR C/ GILBARCO LATIN AMERICA S.R.L. S/ INCIDENTE DE REDARGUCION DE FALSEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1730/2015) – Interlocutoria: 140/17 – Fecha: 25/04/2017 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"** - 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

*Excepciones procesales*

- **"ALVAREZ ORTIZ ELADIO HUMBERTO C/ U.T.E.D.Y.C. Y OTRO S/ ESCRITURACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 511160/2015) – Interlocutoria: 203/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"RODRIGUEZ LEONARDO GABRIEL Y OTRO C/ ROCA MANANTIALES SRL Y OTRO S/ RENDICIÓN DE CUENTAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 512596/2016) – Interlocutoria: 154/17 – Fecha: 08/06/2017 ver texto

*Extraordinarios locales*

- **"VÁZQUEZ YOLANDA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 126 - Año 2013) – Acuerdo: 11/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"I.M.P.S. C/ VILLALOBOS GUERRERO, SILVIA D. C. Y OTRO S/ ACCIÓN REIVINDICATORIA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 42/2014) – Acuerdo: 12/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"ACUÑA ROSA LIDIA C/ LA CAJA DE SEGUROS ART S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 7629/2013) – Acuerdo: 13/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto

*Gastos del proceso*

- **"TELEFONICA MOVILES DE ARGENTINA S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 512968/2016) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF.TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 51593/2011) – Interlocutoria: 143/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto

- **"GARGIULO CONCEPCION C/ GYORE EDUARDO RODOLFO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470140/2012) – Sentencia: 121/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF.TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 51593/2011) – Interlocutoria: 143/17 – Fecha: 51593/2011 ver texto
- **"COPROMANEU S.A. S/ QUIEBRA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 396941/2009) – Interlocutoria: 165/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"E. M. N. Y OTRO C/ C. M. S. C. S/ REGIMEN DE COMUNICACION"** - 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.: 7140/2015) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

*Impugnación extraordinaria*

- **"M. G. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 59900/2016) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto

*Jubilaciones y pensiones*

- **"RAMBEAUD GASTON PEDRO Y OTROS C/ CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508611/2016) – Sentencia: 48/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto

*Jurisdicción y competencia*

- **"ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ SUBSECRETARIA DE TRABAJO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509711/2017) – Interlocutoria: 99/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto

*Medidas cautelares*

- **"MARCOTE TERESA CECILIA MARIA 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.: 1750/2017) – Interlocutoria: 153/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"DIRR GISELA PAOLA C/ ASOCIACION 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517138/2017) – Interlocutoria: 152/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"NAVARRO CINTIA FERNANDA C/ CAMPOS DAMIAN FEDERICO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 516355/2016) – Interlocutoria: 127/17 – Fecha: 18/05/2016 ver texto
- **"EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OT. S/ INCIDENTE DE EMBARGO PREVENTIVO E/A: 386153/2009"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 23476/2016) – Interlocutoria: 159/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto

*Nulidad*

- **"TRIPIER SILVIA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A: 511815/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 43464/2016) – Interlocutoria: 92/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto

*Obligaciones*

- **"CIDES OLGA SUSANA C/ GALENO ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469600/2012) – Interlocutoria: 174/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto

*Partes del proceso*

- **"GUTIERREZ RAUL ENRIQUE C/ URRUTIA JAIME BENITO Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: 514419/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 53443/2017) – Interlocutoria: 180/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"HINSTZ MARCELO ALEX C/ RESPONSABILIDAD PATRONAL ART S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil,

Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 349978/2007) – Sentencia: 103/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto

- **"PICAZO GLADYS C/ EXPERIENCIA ART S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 508648/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1015/2017) – Interlocutoria: 149/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto

*Participación necesaria*

- **"LUCERO MICHAEL Y LUCERO FACUNDO S/ HOMICIDIO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 22652/2016) – Sentencia: 12/17 - Fecha: 02/03/2017 ver texto

*Procedimiento administrativo*

- **"CENCOSUD S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3958/2012) – Acuerdo: 41/17 – Fecha: 17/04/2017 ver texto

*Procedimiento laboral*

- **"SILVA YESICA DEL CARMEN 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 III – (Expte.: 507946/2016) – Interlocutoria: 93/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ ACCIDENTES DE TRABAJO CON ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 507680/2016) – Interlocutoria: 112/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"LATORRE C/ ORDOÑEZ HECTOR JOSÉ S/ COBRO DE HABERES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 16945/2012) – Acuerdo: S/N – Fecha: 15/02/2017 ver texto

*Procesos de ejecución*

- **"CARRIZO LEONARDO SANTOS C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,

Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 445956/2011) – Interlocutoria: 141/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto

- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TRES SOLES S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500942/2013) – Sentencia: 91/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SZUMSKY DANIEL EDUARDO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 554337/2016) – Sentencia: 109/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ SWACO DE ARGENTINA S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 547249/2016) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUR VIVIENDAS S.R.L. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 549064/2016) – Sentencia: 130/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ GUTIERREZ JUAN JOSE Y OTRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505230/2013) – Sentencia: 128/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CAMPENNI TOMAS Y OTRO C/ CASTINVER S.A. Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1814/2016) – Sentencia: 72/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"PERALTA ADELINA C/ GARRIDO LAURA YANETH Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 552331/2016) – Sentencia: 99/17 – Fecha: 01/06/2017 ver texto
- **"CASIN HORACIO JUSTO C/ SAN CRISTOBAL SOC. MUTUAL DE SEGUROS GENERALES Y OTRA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 387194/2009"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 3332/2016) – Interlocutoria: 139/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto

*Procesos especiales*

- **"ALAMO ALTO S.A. C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACIÓN S/ DESALOJO POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 368753/2008) – Sentencia: 96/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto

*Recursos*

- **"ORTIZ FABIAN ALEJANDRO C/ FEDERAC. PATRONAL SEGUROS S.A. S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 477047/2013) – Sentencia: 78/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto

*Responsabilidad civil*

- **"SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 381798/2008) – Sentencia: 118/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"CORREA SANDRA ITATI C/ NUEVA CHEVALLIER S.A. S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469574/2012) – Sentencia: 133/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto

*Responsabilidad del estado*

- **"LA CONTINENTAL ANDINA S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2502/2008) – Acuerdo: 40/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto

*Seguros*

- **"ROJAS CRISTINA ALEJANDRA C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 75/2014) – Acuerdo: 14/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"LACROUX ALICIA AMELIA 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 I – (Expte.: 501222/2014) – Sentencia: 85/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"CAYUN CARLOS MIGUEL C/ SMG LIFE SEGURO DE VIDA S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral

y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 500256/2013) – Sentencia: 94/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto

- **"REBOLLEDO MARIA CECILIA C/ CNP ASSURANCES COMPAÑIA DE SEGUROS S/ SUMARISIMO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 510506/2015) – Interlocutoria: 144/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"CASCINO FABRICIO NORBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA 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.: 510852/2015) – Sentencia: 45/17 – Fecha: 28/03/2017 ver texto
- **"CHERQUI JULIO ARGENTINO C/ EL COMERCIO CIA. DE SEGUROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 502868/2014) – Interlocutoria: 102/17 – Fecha: 08/06/2017 ver texto

## *Sentencia arbitraria*

- **"B. J. A. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 15914/2015) – Sentencia: 14/17 - Fecha: 03/03/2017 ver texto

## *Sociedades comerciales*

- **"GAS Y PETROLEO DEL NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION S/ INSCRIPCION DE MODIFICACION DE CONTRATO DE UTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 22920/2017) – Interlocutoria: 129/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto

## *Violencia de género*

- **"PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505337/2015) – Sentencia: 143/17 – Fecha: 13/06/2017 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

- **“ACUÑA ROSA LIDIA C/ LA CAJA DE SEGUROS ART S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 7629/2013) – Acuerdo: 13/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"ALAMO ALTO S.A. C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACIÓN S/ DESALOJO POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 368753/2008) – Sentencia: 96/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"ALVAREZ ORTIZ ELADIO HUMBERTO C/ U.T.E.D.Y.C. Y OTRO S/ ESCRITURACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 511160/2015) – Interlocutoria: 203/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"AQUEVEQUE MOLL MAKARENA J. C/ ADT SECURITY SERVICES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 467557/2012) – Sentencia: 78/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ SUBSECRETARIA DE TRABAJO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509711/2017) – Interlocutoria: 99/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"AYBAR MARIO RICARDO C/ CONSOLIDAR ART S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 419023/2010) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"B. J. A. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 15914/2015) – Sentencia: 14/17 - Fecha: 03/03/2017 ver texto
- **"BARON NESTOR RUBEN 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.: 469643/2012) – Sentencia: 100/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"BARROS FABIANA EDITH Y OTRO C/ MONTERO CARRASCO CINDY NOEMI Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 333621/2006) – Interlocutoria: 103/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"BERHAU ALFREDO DANIEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,



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

Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 509420/2017) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto

- **"BIZA NICOLAS C/ MAYCAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 412331/2010) – Sentencia: 66/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"C. D. C/ OVANDO CONDORI VICTOR 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.: 474841/2013) – Sentencia: 96/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"C. M. J. Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO"** - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería Nº 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 516674/2017) – Sentencia: S/N – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"CABRERA ROSANA ESTELA C/ ROSALES LUCAS RODRIGO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 376640/2008) – Sentencia: 97/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CAMPENNI TOMAS Y OTRO C/ CASTINVER S.A. Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1814/2016) – Sentencia: 72/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"CARRIZO LEONARDO SANTOS C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 445956/2011) – Interlocutoria: 141/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"CASCINO FABRICIO NORBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA 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.: 510852/2015) – Sentencia: 45/17 – Fecha: 28/03/2017 ver texto
- **"CASIN HORACIO JUSTO C/ SAN CRISTOBAL SOC. MUTUAL DE SEGUROS GENERALES Y OTRA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 387194/2009"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 3332/2016) – Interlocutoria: 139/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"CAYUMAN PEREIRA FRANCISCO C/ FRUTISUR S.R.L. 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.: 422908/2010) – Sentencia: 103/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto

- **"CAYUN CARLOS MIGUEL C/ SMG LIFE SEGURO DE VIDA S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 500256/2013) – Sentencia: 94/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"CENCOSUD S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3958/2012) – Acuerdo: 41/17 – Fecha: 17/04/2017 ver texto
- **"CHANDIA PABLO RAMON C/ SAIGRO S.A. S/ D.Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 388150/2009) – Sentencia: 126/17 - Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CHERQUI JULIO ARGENTINO C/ EL COMERCIO CIA. DE SEGUROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 502868/2014) – Interlocutoria: 102/17 – Fecha: 08/06/2017 ver texto
- **"CHOSPE SILVA ESMERITA DEL CARMEN C/ PREVENCION ART SA Y OTRO S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 460219/2011) – Sentencia: 107/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"CHURRARIN MARIO LUIS C/ QUIROGA JORGE LUIS Y OTROS S/ COBRO DE ALQUILERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 543512/2015) – Sentencia: 132/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CIDES OLGA SUSANA C/ GALENO ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469600/2012) – Interlocutoria: 174/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"CIRCULO ODONTOLÓGICO DEL NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4056/2012) – Acuerdo: 39/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto
- **"COLEGIO MÉDICO DE NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3115/2010) – Acuerdo: 38/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto
- **"COPROMANEU S.A. S/ QUIEBRA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 396941/2009) – Interlocutoria: 165/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto



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

- **"CORREA SANDRA ITATI C/ NUEVA CHEVALLIER S.A. S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469574/2012) – Sentencia: 133/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF.TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 51593/2011) – Interlocutoria: 143/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF.TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 51593/2011) – Interlocutoria: 143/17 – Fecha: 51593/2011 ver texto
- **"DEFENSORIA DEL PUEBLO C/ E.P.A.S Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 505532/2014) – Sentencia: 79/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"DIRR GISELA PAOLA C/ ASOCIACION 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517138/2017) – Interlocutoria: 152/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"DISTEL SALGADO ROXANA C/ BOLMENE JUAN CARLOS S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 477234/2013) – Sentencias: 105/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"DOMINGUEZ ANA MALEN C/ CASINO MAGIC S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470745/2012) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"DONINI DANIELA DE LOS ANGELES C/ POZAS PAREDES HECTOR BAUTISTA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28880/2011) – Acuerdo: S/N – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"E. M. N. Y OTRO C/ C. M. S. C. S/ REGIMEN DE COMUNICACION"** - 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.: 7140/2015) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - 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.: 620/2014) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

- **"EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OT. S/ INCIDENTE DE EMBARGO PREVENTIVO E/A: 386153/2009"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 23476/2016) – Interlocutoria: 159/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"ESPIASSE SILVIO ALBERTO C/ COMPAÑIA TSB S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1013/2017) – Interlocutoria: 209/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"ETCHEVERRY ALBERTO RUBEN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4362/2013) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 24/04/2017 ver texto
- **"FILA HUGO NORBERTO C/ LA CAJA 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.: 472098/2012) – Sentencia: 113/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **“FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN C/ MUNICIPALIDAD DE VISTA ALEGRE S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6840/2017) – Interlocutoria: 07/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"FLORES RAUL EDUARDO 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 III – (Expte.: 450846/2011) – Sentencia: 69/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **“FUENTES VANESA DEL LUJAN C/ FERREYRA RAUL FABIAN S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 40378/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/04/2017 ver texto
- **"GALLEGO HUMBERTO C/ ASOCIART 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.: 473693/2009) – Sentencia: 98/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"GARGIULO CONCEPCION C/ GYORE EDUARDO RODOLFO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470140/2012) – Sentencia: 121/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto



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

- **"GAS Y PETROLEO DEL NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION S/ INSCRIPCION DE MODIFICACION DE CONTRATO DE UTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 22920/2017) – Interlocutoria: 129/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"GUTIERREZ RAUL ENRIQUE C/ URRUTIA JAIME BENITO Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: 514419/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 53443/2017) – Interlocutoria: 180/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"GUTIERREZ RICHART WELLINGTON C/ SWISS MEDICAL 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.: 467538/2014) – Sentencia: 104/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"GUZZETTI CARLOS ORLANDO C/ GALENO A.R.T. S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 40936/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 24/02/2017 ver texto
- **"HINSTZ MARCELO ALEX C/ RESPONSABILIDAD PATRONAL ART S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 349978/2007) – Sentencia: 103/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"I.M.P.S. C/ VILLALOBOS GUERRERO, SILVIA D. C. Y OTRO S/ ACCIÓN REIVINDICATORIA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 42/2014) – Acuerdo: 12/17 – Fecha: 26/05/2017 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
- **"INSTITUTO PROV. DE LA VIVIENDA Y URBANISMO C/ QUEZADA LUNA JAIME MARIO S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - 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.: 33475/2012) – Acuerdo: S/N - Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"LA CONTINENTAL ANDINA S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2502/2008) – Acuerdo: 40/17 – Fecha: 29/03/2017 ver texto
- **"LACROUX ALICIA AMELIA 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 I – (Expte.: 501222/2014) – Sentencia: 85/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto

- **“LATORRE C/ ORDOÑEZ HECTOR JOSÉ S/ COBRO DE HABERES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 16945/2012) – Acuerdo: S/N – Fecha: 15/02/2017 ver texto
- **"LOPEZ CARLOS ANTONIO C/ BELMAR BELMAR DOMINGA MIRIAM 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 II – (Expte.: 476036/2013) – Sentencia: 127/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"LOPEZ PEDRO GUSTAVO C/ HSBC BANK ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 503875/2014) – Sentencia: 74/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"LUCERO MICHAEL Y LUCERO FACUNDO S/ HOMICIDIO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 22652/2016) – Sentencia: 12/17 - Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **“M. G. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 59900/2016) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"M. M. D. L. A. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 70319/2015) – Interlocutoria: 154/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"MANZANARES CARLOS ALBERTO C/ DLS ARGENTINA LIMITED SUCURSAL ARGENTINA S/ INDEMNIZACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502236/2014) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"MARBA GISELLE JOHANA C/ WINTHER NADIA VANINA S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 501597/2013) – Sentencia: 95/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MARCOTE TERESA CECILIA MARIA 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.: 1750/2017) – Interlocutoria: 153/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ ACCIDENTES DE TRABAJO CON ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,



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

Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 507680/2016) – Interlocutoria: 112/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto

- **"MARTIN VIRGINIA ROXANA C/ VARELA OLID FRANCISCO Y OTRO S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 444313/2011) – Interlocutoria: 104/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MARTINEZ JORGE OMAR C/ GILBARCO LATIN AMERICA S.R.L. S/ INCIDENTE DE REDARGUCION DE FALSEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1730/2015) – Interlocutoria: 140/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"MILLAIN MIGUEL ALBERTO C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO"** - 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.: 9459/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"MOYA VANESA C/ PROD. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469756/2012) – Sentencia: 102/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"MULBAYER LUIS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUÉN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 473963/2012) – Sentencia: 65/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ GUTIERREZ JUAN JOSE Y OTRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505230/2013) – Sentencia: 128/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUR VIVIENDAS S.R.L. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 549064/2016) – Sentencia: 130/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SZUMSKY DANIEL EDUARDO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 554337/2016) – Sentencia: 109/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"MUSTAFA JULIAN ARMANDO C/ PARRA RASTELLINI MAXIMILIANO O 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



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

Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502207/2014) – Sentencia: 129/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto

- **"NAUTO VERONICA BEATRIZ 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.: 464325/2012) – Sentencia: 67/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"NAVARRO BARROS RENZO NICOLAS E. C/ VELAZQUEZ HORALDO ROSA 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.: 474746/2013) – Sentencia: 59-17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"NAVARRO CINTIA FERNANDA C/ CAMPOS DAMIAN FEDERICO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 516355/2016) – Interlocutoria: 127/17 – Fecha: 18/05/2016 ver texto
- **"NEIRA ALVAREZ ARIEL EMILIO C/ GUERRERO JOAQUIN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 449774/2011) – Sentencia: 87/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509359/2016) – Sentencia: 62/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"NÚÑEZ URRA WALDEMAR ENRIQUE C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 412143/2010) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 13/02/2017 ver texto
- **"ORTEGA CRISTIAN MARCOS C/ PEÑA ROSALES JAVIER ORLANDO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472380/2012) – Sentencia: 140/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"ORTIZ FABIAN ALEJANDRO C/ FEDERAC. PATRONAL SEGUROS S.A. S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 477047/2013) – Sentencia: 78/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"OZORIO ESCUBILLA JOSÉ MARÍA C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 456038/2011) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 13/02/2017 ver texto
- **"PARODI PABLO SEBASTIAN Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción

Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 74741/2016) – Sentencia: 70/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto

- **"PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505337/2015) – Sentencia: 143/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"PEÑA JOSE LUIS C/ LA CASA DE LAS HERRAMIENTAS S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474343/2013) – Sentencia: 81/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"PERALTA ADELINA C/ GARRIDO LAURA YANETH Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 552331/2016) – Sentencia: 99/17 – Fecha: 01/06/2017 ver texto
- **"PICAZO GLADYS C/ EXPERIENCIA ART S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 508648/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1015/2017) – Interlocutoria: 149/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TRES SOLES S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500942/2013) – Sentencia: 91/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"QUINTANA NESTOR Y OTRO C/ PEREZ JAVIER ALEJANDRO 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.: 469889/2012) – Sentencia: 106/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"QUIROGA ELSA VICTORIA C/ DA 5 S.R.L. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 465150/2012) – Sentencia: 64/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"RAMBEAUD GASTON PEDRO Y OTROS C/ CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508611/2016) – Sentencia: 48/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"REBOLLEDO MARIA CECILIA C/ CNP ASSURANCES COMPAÑIA DE SEGUROS S/ SUMARISIMO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 510506/2015) – Interlocutoria: 144/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto



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

- **"RODRIGUEZ LEONARDO GABRIEL Y OTRO C/ ROCA MANANTIALES SRL Y OTRO S/ RENDICIÓN DE CUENTAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 512596/2016) – Interlocutoria: 154/17 – Fecha: 08/06/2017 ver texto
- **"ROJAS CLAUDIO FERNANDO M. C/ BARCELO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 474272/2013) – Sentencia: 87/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"ROJAS CRISTINA ALEJANDRA C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 75/2014) – Acuerdo: 14/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"ROLDAN NORMA ELSA C/ MOÑO AZUL S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 501969/2013) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"ROSA ELVIO ARIEL 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 III – (Expte.: 500885/2013) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"ROSALES ADRIANA C/ JAUGE CARLOS OSCAR 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 I – (Expte.: 501471/2014) – Sentencia: 101/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"ROSALES LUIS MARCELO 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.: 500828/2013) – Sentencia: 75/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"ROVERA NILTON EDUARDO Y OTRO C/ LA ERA S.R.L. S/ SUMARISIMO LEY 2268"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 451440/2011) – Sentencia: 51/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"S. C. A. S/ DIVORCIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 72560/2015) – Sentencia: 59/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"S. E. A. S/ ADOPCION PLENA X/C 40534/09 Y 50571/11"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 60185/2013) – Sentencia: 90/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto



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

- **"S. G. R. C/ K. R. S/ INC. DE ELEVACIÓN (E/A 997/2016)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1104/2016) – Interlocutoria: 166/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"SABELLA FABIAN RICARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509590/2017) – Interlocutoria: 110/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"SANTA CRUZ EVELIN KAREN C/ YOCOVIELLO DEMIAN Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE ACUMULADO A 474162/13"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 474223/2013) – Sentencia: 93/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 381798/2008) – Sentencia: 118/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"SILVA YESICA DEL CARMEN 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 III – (Expte.: 507946/2016) – Interlocutoria: 93/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE SAN MARTIN DE LOS ANDES C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4934/2014) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ SWACO DE ARGENTINA S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 547249/2016) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"TALADRIZ NELSON C/ INGENIERIA SIMA S.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 399259/2009) – Sentencia: 77/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"TELEFONICA MOVILES DE ARGENTINA S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 512968/2016) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"TISCORNIA LUCAS MATIAS C/ OLMAR S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial –



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

Secretaría Sala II – (Expte.: 453906/2011) – Sentencia: 88/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto

- **"TOTAL AUSTRAL S.A. C/ VAZQUEZ AURELIA DEL CARMEN S/ SUMARISIMO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 513590/2016) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"TRIPIER SILVIA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A: 511815/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 43464/2016) – Interlocutoria: 92/17 – Fecha: 25/04/2017 ver texto
- **"VÁZQUEZ YOLANDA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 126 - Año 2013) – Acuerdo: 11/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"VILLALON ANDREA PAOLA C/ SANTA IRENE S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474770/2013) – Sentencia: 83/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"WEIT ENRIQUE C/ CONSORCIO EDIFICIO LOZANO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500228/2013) – Sentencia.: 95/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"WERNICKE EDUARDO HUGO C/ ABB 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.: 449079/2011) – Sentencia: 94/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"YAÑEZ ZEGARRA MONICA DANIELA C/ OLIVIA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470389/2012) – Sentencia: 101/17 – Fecha: 04/05/2017 ver texto
- **"YPF S.A. C/ CENTELLES AMADOR JULIAN Y OTRO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 4740/2013) – Sentencia: 124/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"ZARZUR CARLOS ANIBAL C/ VIA BARILOCHE S.A. – VIA CARGO- S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508547/2015) – Sentencia: 83/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto



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

- **"ZEBALLOS VILLARROEL RAMON C/ JACR S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 418271/2010) – Sentencia: 75/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"ZUÑIGA CARLOS ALBERTO C/ SAPIENZA VICENTE Y OTRO S/ ACCION DE NULIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 379099/2008) – Sentencia: 116/17 – Fecha: 16/05/2017 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

**"COLEGIO MÉDICO DE NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3115/2010) – Acuerdo: 38/17 – Fecha: 29/03/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

OBRAS SOCIALES. PRESTACION DE SERVICIOS. SERVICIOS MÉDICOS. OBRA SOCIAL PROVINCIAL. SANCIONES. VIOLACION DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. NULIDAD. COMPETENCIA. LEGITIMACION ACTIVA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Dado que la obra social provincial, para poder hacer efectivos sus fines públicos y efectuar el control de las prestaciones que le encomienda la ley de creación, expidió a través del órgano facultado para dictar los reglamentos generales, sucesivos regímenes en los que se tipificaron las faltas y las sanciones para afiliados y prestadores, lo que se encuadra en la cláusula décimo tercera del convenio suscripto con el Colegio de Médicos ("demás actos administrativos emanados del Instituto o declarados aplicables por él y las demás normas legales cuyo contenido tuviese vinculación con la prestación de servicios de que trata este convenio") a las cuales éste último pactó someterse, el Organismo posee competencia para dictar el reglamento impugnado que estableció un régimen de sanciones y el procedimiento sumarial para afiliados prestadores.

2.- Corresponde rechazar la demanda interpuesta por el Colegio Médico de Neuquén contra la obra social provincial, reclamando la derogación de la Resolución 180/2006 que estableció un régimen de sanciones y el procedimiento sumarial para afiliados prestadores, por entender que transgrede los derechos de defensa (art. 18 CN), de propiedad (art. 17 CN), de trabajar y ejercer industria lícita (art. 14 CN) y que invade el ámbito del Poder Legislativo, toda vez que la actora no ha logrado concretar agravios de relevancia susceptibles de ocasionar la pretendida invalidez del reglamento. Asi, en orden la violación al derecho de defensa, no se advierte que el catálogo de faltas que se describe en su art. 8 haya contemplado conductas extrañas a las consideradas en el contrato suscripto con el Colegio de Médicos y, por lo demás, en dicho instrumento, los términos empleados traducen figuras más abiertas a interpretación de las que emergen de la Resolución impugnada. La misma deficiencia se presenta al analizar la cuestión bajo el vértice de la "violación del derecho de propiedad y a ejercer todo trabajo o industria licita" vinculado con el esquema de penas pecuniarias o multas, puesto que los "criterios, montos excesivos, desproporción a las faltas", etc. -argumentos que respaldan la impugnación-, sólo podrían ser analizados –para tener por configurada la lesión constitucional- a la luz de las particularidades que puedan presentarse en un caso concreto. Y, en definitiva, esa misma falla se traslada a la totalidad de las tachas que le formula a la Resolución 180/06.

3.- El Colegio Médico en defensa de los intereses de sus asociados (a los que les resulta de aplicación el régimen de faltas y el procedimiento aprobado por la resolución atacada que, además, contempla la participación del Colegio Médico en defensa de sus asociados) posee legitimación activa para accionar en el contexto del régimen de la Ley 1305.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 38. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve 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 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: "COLEGIO MÉDICO DE NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3115/2010, 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. 4/37, se presenta el Colegio Médico de Neuquén, por apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (I.S.S.N.). Solicita que se declare la nulidad del Decreto 607/10 que desestimó la reclamación administrativa deducida en las actuaciones administrativas 4469-042050/06 del ISSN, Expte. 3100-025431/2007, alcances 0001 y 0002, de la ex Secretaría de Estado de la Gobernación y en el Expte. 3469-066987/2 y alcance 0001 del ISSN, en los cuales peticionó la declaración de inconstitucionalidad de las Resoluciones ISSN 180/06 y 739/09.

Dice que reclamó ante el demandado la derogación de la Resolución 180/2006 que estableció un régimen de sanciones y el procedimiento sumarial para afiliados prestadores, por entender que transgrede los derechos de defensa (art. 18 CN), de propiedad (art. 17 CN), de trabajar y ejercer industria lícita (art. 14 CN) y que invade el ámbito del Poder Legislativo.

Manifiesta que el ISSN, mediante Resolución 739/09, rechazó su reclamo por lo que acudió ante el Sr. Gobernador, quién confirmó el rechazo a través del Decreto 607/10.

A continuación, brinda los fundamentos jurídicos de su pretensión. Así, señala que el ISSN invadió el ámbito del Poder Legislativo, porque carece de poder para establecer "faltas administrativas" y para normar el procedimiento administrativo. Agrega que tales cuestiones son de competencia exclusiva y excluyente de la Legislatura, de conformidad con lo establecido por los arts. 1, 12 y 189 (incs. 1, 16, 26, 37 y 49) de la Constitución Provincial.

Expresa que si el ISSN no puede dictar normas que establezcan faltas –y el procedimiento para su aplicación- respecto de su personal, menos puede hacerlo con relación a terceras personas vinculadas con dicho organismo a través de contratos administrativos.

Sostiene que la Resolución 180/06 deroga las Leyes 1284 y 1305 y que vulnera la Ley 611 y sus modificatorias.

Indica que las facultades del ISSN respecto de los prestadores de salud se limitan a las que se establezcan en los contratos que suscriba con ellos.

Alega que la Resolución 180/06 avasalla la garantía constitucional del debido proceso (art. 18 de la CN y 19 de la CP) porque, en su art. 8, al definir las faltas que pueden ser cometidas por los prestadores, establece "hipótesis fácticas abiertas a toda forma de interpretación y arbitrariedad por quienes deben juzgar si las conductas se encuadran o no dentro de esas figuras". Añade que, de esa forma, se vulnera el principio de tipificación de conductas punibles, sin el cual, no existe garantía de defensa.

Afirma que las referidas garantías también son conculcadas por el procedimiento establecido, que está orientado a obstaculizar o impedir que un prestador imputado pueda ejercer su defensa en debida forma.

En esa línea, señala que el art. 15 de la Resolución 180/06 reemplaza el régimen de la Ley 1284 por un procedimiento que fija como regla la notificación en el expediente de la mayoría de las actuaciones –excepto la apertura del sumario, la citación a indagatoria y la formulación de cargos-, lo que implica que el prestador sumariado o su abogado deban concurrir al ISSN todos los días hábiles a tomar vista de lo actuado.

Cuestiona los plazos establecidos en el art. 27, los considera exiguos y de imposible cumplimiento para el prestador ya que el rechazo de la prueba ofrecida por éste sólo es recurrible ante la Jefatura del Departamento de Sumario.

Dice que la resolución atacada afecta el derecho de propiedad y de trabajar porque contempla penas pecuniarias o multas que no se sabe con qué criterio se han definido, que son injustas porque sus montos son excesivos y desproporcionados en relación con la falta.

Añade que, como las multas dependen del promedio de ingresos del prestador, tienden a castigar al prestador que más y mejor trabaja. Indica que, debido a ello, una misma falta, incluso respecto a los mismos hechos, puede tener penas diferentes.

Apunta que todas las sanciones prevén la suspensión del prestador y la multa como accesoria, pero que la suspensión implica una pérdida neta de ingresos durante su vigencia, con lo cual dicha sanción también es pecuniaria.

Señala los errores que, a su modo de ver, contiene el sistema de penas establecido en la Resolución 180/06.

Cuestiona la facultad conferida al Consejo de Administración para disponer la suspensión preventiva que prevé el art. 9; así como

la retención de facturas, en caso de considerarlas sospechosas, por parte del Director de Prestaciones de Salud.

Dice que el ISSN al sancionar la Resolución 180/06, abusó de las facultades que le confiere el art. 6 inc. k) de la Ley 611, cuya constitucionalidad también cuestiona, porque pretende convertirse en juez y parte de las relaciones contractuales con sus prestadores.

Con cita de doctrina y jurisprudencia argumenta que el ISSN carece de facultades para dictar una norma como la Resolución 180/06, con sustento en los arts. 18, 109 y 116 de la C.N. y en los recaudos exigidos por la CSJN para el reconocimiento de las llamadas "funciones judiciales de la Administración".

En tal sentido refiere que, más allá de que no debería admitirse que la Administración pueda ejercer funciones jurisdiccionales, ya que es inconstitucional, la competencia para poder ejercerlas debió haberse establecido por ley. Asimismo, entiende que esa decisión debió estar razonablemente justificada, que se debe garantizar la independencia e imparcialidad de los miembros del órgano administrativo y que es necesario contar con un control judicial suficiente.

Trae a colación la ampliación de los derechos reconocidos en la CN a raíz de la incorporación de los Tratados Internacionales. Repara en el art. 8 de la CADH y el art. 2.3 del PIDCyP para enfatizar la plena vigencia de la garantía del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, ya sea que se ejerza actividad administrativa o jurisdiccional (cita el fallo "Baena" de la CIDH y jurisprudencia de la CSJN y transcribe el art. 52 de la CP, para reforzar la aplicación de la tutela judicial efectiva en sede administrativa).

Indica que la Resolución 180/06 no fue aprobada por ley, que no hay justificación para el otorgamiento de tales funciones, ni garantía de imparcialidad e independencia por parte del ISSN; que no se prevé control judicial por lo que no existiría la garantía de doble instancia que requiere el debido proceso. Niega que ello se supla con la acción procesal posterior, porque no se cumpliría el requisito de doble instancia en materia sancionatoria. Refiere al fallo "Angel Estrada" de la CSJN.

A fs. 57 se presenta nuevamente y amplía la demanda. Solicita que se declare la nulidad del Decreto 1076/10 en virtud de que rechaza el reclamo interpuesto en el que también se cuestionó la constitucionalidad de la Resolución 180/06.

II.- A fs. 75, mediante R.I. 194/11, se declaró la admisión de la acción.

III.- Ejercida la opción procesal por el procedimiento sumario, se corrió traslado de la demanda.

IV.- A fs. 89/91, contestó la demanda el Sr. Fiscal de Estado. Solicita el rechazo de la misma, con costas.

Realiza las negativas formales.

Sostiene que la Resolución 180/06 no viola derechos legales y/o constitucionales. Transcribe considerandos del Decreto 222/08, que entiende no han sido desvirtuados por la actora.

Señala la inexistencia de prueba y cita antecedentes de este Tribunal.

V.- A fs. 93/103, efectuó su responde el I.S.S.N.

Luego de las negativas de rigor, refiere a la vinculación jurídica con el Colegio Médico de Neuquén a través de un contrato administrativo al que le son aplicables las Leyes 611, 1284 y 1305, y para cuyo cumplimiento el Legislador dotó a uno de sus órganos de poder disciplinario y cautelar en los arts. 6 incs. a), b), e), i), k) y art. 8 incs. b), c), e), i) de la Ley 611, el Decreto Reglamentario 1762/92, la Resolución 1162/95 y sus modificatorias, entre las que se encuentra la Resolución 180/06, que aprobó el procedimiento sumarial para prestadores.

Dice que, conforme a lo previsto en el contrato, los prestadores, a través de las asociaciones que los representan, se comprometen a la prestación de los servicios sanitarios a todos los beneficiarios del ISSN en condiciones de utilizarlos. Añade que en el contrato declaran conocer y aceptar sus términos, así como lo establecido en la Ley 611, las normas legales pertinentes, los demás actos emanados del ISSN y las normas vinculadas con la prestación de servicios que disponga el contrato.

Destaca que en el convenio se establece que los profesionales podrán renunciar sin causa y en cualquier momento (comunicándolo a través de la Asociación respectiva) y que, a su vez, el ISSN puede dar de baja o aplicar otro tipo de sanción a los profesionales, por transgresiones que cometan, comunicándoselo al prestador y a la Asociación, quienes podrán tomar vista de las actuaciones administrativas correspondientes.

Refiere a las prerrogativas exorbitantes del derecho privado típica de las relaciones con la Administración Pública.

Sostiene que la competencia del Consejo de Administración para sancionar, previo sumario, las faltas contractuales que cometa el prestador es incuestionable, conforme lo previsto en el art. 6 inc. k) de la Ley 611, cuya constitucionalidad no fue cuestionada en la demanda.

Defiende la facultad del organismo, en aras de cumplir con el fin para el que fue creado, para imponer, de manera razonable, sanciones no previstas en el contrato o sustituirlas por otras más acordes a las faltas cometidas por el prestador.

Señala que su deber prioritario es la tutela de la vida y la salud de sus afiliados, para la preservación del interés público asistencial.

Refiere a la potestad rescisoria de la Administración, como una medida tendiente a desalentar el incumplimiento del cocontratante particular, que se enmarca dentro de las prerrogativas de control y dirección durante la ejecución del contrato.

Cita doctrina referida a que la imposición de sanciones es un acto administrativo típico, que puede ser atacado por los mismos medios que se establecen para la impugnación de actos administrativos.

Resalta que, en el caso que los profesionales cometieran algún tipo de negligencia en el ejercicio de la profesión, resulta responsable; por lo tanto, debe bregar por una prestación idónea de los servicios.

A continuación, opone excepción de falta de legitimación activa. En tal sentido, afirma que el Colegio accionante no está legitimado para peticionar judicialmente la inconstitucionalidad del procedimiento sumarial ni de la Resolución 180/06.

Añade que carece de representación legal y/o convencional para actuar por un derecho que no le es propio, en los términos de los arts. 117 y 118 de la Ley 1284.

Señala que la resolución cuestionada sólo afecta la esfera jurídica del sumariado, en forma particular y directa; por tal motivo, los únicos legitimados para obrar son el profesional sumariado y/o sus herederos.

Indica que en la investigación sumarial sólo se acuerda participación a los entes colegiados a efectos de supervisar la producción de prueba y alegar sobre la misma, pero no se los legitima para reclamar por un derecho subjetivo que no sea el propio.

Invoca la presunción de legitimidad y constitucionalidad de los actos de los poderes del Estado y el inveterado criterio jurisprudencial restringido entorno al control de constitucionalidad.

Luego, en forma supletoria, contesta la demanda y sostiene que el cuestionamiento de la Resolución 180/06 no tiene sustento jurídico, que su aplicación no vulnera derechos constitucionales. Añade que dicha norma prevé la intervención del prestador y permite el ejercicio adecuado de su derecho de defensa.

Recalca su facultad, previo sumario, de aplicar sanciones a los prestadores a la que califica como una actividad discrecional dirigida a procurar el bien común, que encuentra límite en la investigación realizada en el sumario administrativo, en la que se respetan el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de inocencia del sumariado, lo que evita una resolución arbitraria por parte de la Administración.

Señala que la ponderación de la noción de interés público es una potestad discrecional de la Administración, sujeta a control judicial de razonabilidad.

Argumenta que la potestad que se reconoce a los organismos descentralizados para el dictado de actos administrativos y para regular el procedimiento sumarial es un poder normal, únicamente limitado por los Principios Generales del Derecho y los preceptos de la Constitución.

Indica que la Resolución 180/06 perfeccionó la Resolución 1162/95, la que nunca fue cuestionada por la actora, y cuya validez fue declarada por este Tribunal en varios precedentes –que cita-.

Insiste en la legitimidad de la Resolución 180/06, con fundamento en que el Consejo de Administración aprobó un procedimiento sumarial y un régimen de sanciones para los prestadores que les resulta aplicable de conformidad a los convenios suscriptos.

Añade que el procedimiento establecido respeta las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa de los sumariados, a la vez que permite a los colegios supervisar el trámite y alegar sobre la prueba.

Señala que la resolución también pone límite a las facultades discrecionales porque tipifica las conductas que se consideran faltas y fija los mínimos y máximos para la sanción aplicable.

Niega que las faltas tipificadas sean del tipo “abierto” y diferencia entre los principios que rigen el Derecho Administrativo Disciplinario y el Derecho Penal.

Por último, observa que la actora optó por el proceso sumario lo que redundó en la falta de pruebas.

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

VI.- A fs. 135/142, se expidió el Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 146 se dicta la providencia de autos la que, firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Así las cosas, en primer lugar, conforme a que la demandada ha controvertido la legitimación de la parte actora para accionar, cabe resolver dicho tópico.

Sabido es que “La legitimación constituye uno de los requisitos para ejercer la acción. Es el derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción de obtener una decisión sobre el mérito, es decir un pronunciamiento sobre el derecho sustancial invocado por las partes, sea tal decisión favorable o desfavorable.

La legitimación activa supone la identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho de acción y quien asume en el proceso el carácter de actor” (Arazi, Roland, “La legitimación como elemento de la acción” en Morello, Augusto M. (coordinador), La

legitimación, homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996).

En cuanto concierne a la legitimación activa en el proceso administrativo provincial, el art. 9 de la Ley 1305 fija como pauta para la determinación de las personas investidas con tal cualidad respecto de las pretensiones allí previstas, la titularidad de derechos subjetivos públicos conforme el art. 114 de la Ley 1284, norma que lo define como la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad.

Tal previsión denota una conceptualización amplia de este tipo de legitimación; en palabras del codificador local se protegen los "intereses personales y directos"; es decir, los individuales, sin marginar los intereses colectivos; se legitima el "interés competitivo", el "profesional", "por razón de vecindad" y el "interés colectivo"; se protege no sólo al individuo sino también al grupo, a la colectividad, al núcleo social (cfr. Exposición de Motivos de la Ley 1284).

Desde dichas premisas, debe asumirse que la parte actora, en este caso, el Colegio Médico en defensa de los intereses de sus asociados (a los que les resulta de aplicación el régimen de faltas y el procedimiento aprobado por la resolución atacada que, además, contempla la participación del Colegio Médico en defensa de sus asociados) posee legitimación activa para accionar en el contexto del régimen de la Ley 1305.

Sin perjuicio, claro está, que será en mérito a la intensidad de protección que merezca la situación subjetiva planteada, que corresponderá determinar si la pretensión merece ser acogida, de conformidad al tipo de tutela jurídica que haya sido invocada y probada (cfr. Exposición de Motivos, Ley 1305).

Consecuentemente con lo expuesto, el rechazo del planteo defensivo se impone.

IX.- Despejado lo anterior, cabe advertir que el objeto de la acción promovida es impugnar el Decreto 607/10 (ampliado al Decreto 1076/10) que desestimó la reclamación administrativa por medio de la cual se postuló la inconstitucionalidad de las Resoluciones 180/6 y 739/09 por ser violatorias –a su entender- del derecho de defensa, de propiedad y de trabajar y ejercer toda industria lícita.

Indica que su parte reclamó en sede administrativa la derogación de la Resolución 180 que establece un régimen de sanciones y el procedimiento sumarial para afiliados prestadores, lo que fue desestimado por el ISSN y también por el Poder Ejecutivo.

Particularmente, la Resolución 739/09 dictada por el ISSN resolvió la reclamación interpuesta por el Colegio contra la Resolución 180/6 en la que se peticionó su derogación y que se mantenga como único régimen sancionatorio el pactado en el contrato que unía a las partes y el procedimiento normado por la Ley 1284; por los Decretos mencionados, el Poder Ejecutivo rechazó tal postulación.

En rigor, como puede repararse, el cuestionamiento sustancial reside en la Resolución 180/6, puesto que incluso la misma demanda desplaza directamente el eje de la cuestión hacia esa resolución, reeditando las tachas que, en sede administrativa, fundaron los reclamos tendientes a obtener su derogación (sobre los cuales se han expedido sobradamente las instancias administrativas en forma previa a la interposición de la acción que ocupa este examen).

En efecto, los cuestionamientos del accionante conciernen a aspectos de forma y de fondo. Por un lado, alega la falta de competencia del ISSN para establecer un régimen de sanciones y un procedimiento sumarial (facultad que -afirma- le corresponde al Poder Legislativo, de conformidad a lo establecido por los arts. 1, 12 y 189 incs. 1, 16, y 49 de la Constitución Provincial). Por otro lado, entiende que las disposiciones que contiene el referido Procedimiento Sumarial, vulneran las garantías constitucionales del debido proceso, derecho de defensa, derecho de propiedad, de trabajar y de ejercer industria lícita, contempladas en los arts. 14, 14 bis, 17 y 18 de la Constitución Nacional y arts. 19, 37 y 58 de la Constitución Provincial.

IX.1.- En este punto vale señalar que la Resolución 180/6 participa de los caracteres de un "reglamento administrativo" que, como tal, es fuente de competencia, jerárquicamente subordinado a la Constitución, a los tratados y a la ley y con supraordinación respecto a los actos administrativos (art. 88 de la Ley 1284).

Asimismo, establece el art. 105 de la Ley 1284 que los "reglamentos" emitidos o ejecutados en el procedimiento para la formación y ejecución de los contratos administrativos están sujetos a las disposiciones de esta Ley.

Esto último viene a colación puesto que permite ir respondiendo algunos planteos: si el conflicto traído se enmarca en el contexto de una "contratación administrativa", si la normativa procedimental faculta a la Administración para dictar "reglamentos" tanto en el procedimiento de formación como en la ejecución de los contratos, no se advierte que las facultades del ISSN se limiten a lo que se derive de los "acuerdos respectivos" –tal como postula la parte actora- (más allá que, como después se explicará, tampoco se advierte que el Reglamento se desajuste de los términos del contrato).

En todo caso, dado que resulta aplicable a los reglamentos el régimen jurídico establecido para el acto administrativo en lo que resulte compatible con su naturaleza (art. 87 Ley 1284), lo que cabe analizar es si la Resolución 180/06 ha sido dictada reuniendo los requisitos relativos al objeto, competencia, voluntad y forma establecidos en el Capítulo I de la Ley de Procedimientos

Administrativos.

X.- De cara a lo anterior, cabe señalar que el motivo sustancial de la impugnación reside en un vicio de “incompetencia” en tanto la parte actora afirma que el ISSN “ha invadido el ámbito del Poder Legislativo”; que carece de facultades para definir “faltas administrativas” y para normar un procedimiento a tal fin.

De modo que el vicio que se le está imputando debe ser analizado desde las prescripciones contenidas en el art. 42 y 66 inc. d) de la Ley 1284, en cuanto prevé que existe un vicio muy grave cuando “adolezca de incompetencia en razón de la materia, por haberse ejercido atribuciones judiciales o legislativas”.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, la cuestión se ubica en la órbita “contractual”; la relación que vincula al Colegio Médico de Neuquén –y a los profesionales asociados- con el ISSN tiene dicho carácter.

En efecto, conforme surge de la copia obrante en las actuaciones administrativas 3469-066987/2 2006, las partes suscribieron un contrato en el que el Colegio, a través de sus asociados, se compromete a la prestación de servicios médicos a los beneficiarios-afiliados del ISSN.

En dicho contrato (al menos no obra uno distinto) se declara aplicable la Ley 611, los demás actos administrativos emanados del Instituto o declarados aplicables por él y las normas legales pertinentes cuyo contenido tuviese vinculación con la prestación de servicios. Asimismo, el contratado manifiesta conocer y aceptar dichas normas y se obliga a su cumplimiento (claúsula décimo tercera).

Por su parte, la Ley 611, en su artículo 1, crea al ISSN estableciendo que sus funciones estarán destinadas a realizar, en todo el territorio de la Provincia, los fines del Estado en materia de Seguridad Social. El artículo 4 describe funciones y atribuciones y, en su artículo 6, se establece que corresponde al Consejo de Administración del ISSN, aplicar las disposiciones de la presente ley (inc. a)); aprobar la celebración de contratos de locación de servicios y de todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del Instituto (inc. g)); dictar el reglamento interno y demás resoluciones generales (inc. i)); sancionar, previo sumario, a los afiliados, profesionales y servicios adheridos cuando se cometieren hechos reñidos con la moral o que atentaren contra los intereses económicos del Instituto (inc. k)).

Y recuérdese que, como se enunció anteriormente, conforme a lo establecido en el art. 105 de la Ley 1284, la Administración puede emitir “reglamentos” en el procedimiento de formación y ejecución de los contratos administrativos.

Debe tenerse presente que los contratos administrativos se caracterizan por la necesaria presencia de la Administración Pública y el reconocimiento de un régimen jurídico exorbitante del derecho común. Este último elemento determina que la Administración titularice una serie de potestades o prerrogativas frente a los administrados. En esta misma línea, el interés público, incorporado a un contrato administrativo, juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación (cfr. Cassagne, Juan Carlos “El contrato Administrativo", pág. 95).

Esto es así porque, más allá de la existencia de cláusulas exorbitantes expresas en el contrato, la Administración se encuentra situada –en orden al fin público que como cometido estatal persigue- en una situación de preeminencia que la dota de prerrogativas o potestades propias e irrenunciables, las cuales son inherentes, como ya dijera, a todo contrato administrativo, estén o no previstas en el mismo.

Siguiendo dichas premisas, el ISSN, en cumplimiento de las funciones que le atribuye la Ley 611 y en virtud del régimen exorbitante propio de los contratos administrativos, fundado en razones de interés público, reglamentó aspectos atinentes a la ejecución del contrato estableciendo un régimen de faltas y de procedimiento a tal fin, como lo hizo, primero, a través de la Resolución 1162/95, y ahora, su modificación a través de la Resolución 180/06.

Ello, bajo el espectro autorizante de la disposición contenida en la Ley 611, art. 6 inc. k), por medio de la cual la Legislatura Provincial confirió al Instituto la facultad de sancionar, previo sumario, “cuando se cometieren hechos reñidos con la moral o que atentaren contra los intereses económicos del Instituto”.

Dicho de otro modo, el ISSN, para poder hacer efectivos sus fines públicos y efectuar el control de las prestaciones que le encomienda la ley de creación, expidió a través del órgano facultado para dictar los reglamentos generales, sucesivos regímenes en los que se tipificaron las faltas y las sanciones para afiliados y prestadores, lo que se encuadra en la cláusula décimo tercera del convenio suscripto (“demás actos administrativos emanados del Instituto o declarados aplicables por él y las demás normas legales cuyo contenido tuviese vinculación con la prestación de servicios de que trata este convenio”) a las cuales el Colegio pactó someterse.

De modo que, en mérito alas facultades conferidas por la ley al ISSN y a lo establecido en el artículo 105 de la Ley 1284, no se advierte que el Organismo no posea competencia paradictar el reglamento impugnado para ser aplicado en el contexto de la contratación administrativa habida entre las partes.

No debe perderse de vista que, en el ámbito administrativo, la sanción es un instrumento adicional con el que se cuenta para la consecución de las competencias asignadas.

Para el caso, tal como emerge de los considerandos, el dictado de la Resolución 180/6 se justifica en la necesidad de reformar la Resolución 1162/95 (anterior régimen-no cuestionado), siendo su finalidad agilizar el procedimiento, dar participación al imputado, prever la publicidad de las actuaciones, acortar plazos totales de instrucción, ampliar plazos para la vista, presentación del descargo y del alegato; dar mayor claridad al procedimiento, conferir participación a los colegios y entidades que nuclean a los prestadoras en defensa de sus asociados, tipificar sanciones.

En relación con el embate dirigido a la "tipificación" de sanciones que realiza el reglamento, no puede dejar de señalarse que la dificultad de orden general en cuanto a la exigencia de que una Ley "previa" efectúe necesariamente una exhaustiva descripción "típica" de todas y cada una de las distintas situaciones que pueden dar lugar a una sanción administrativa se ve acentuada en los contratos administrativos; ello, porque el legislador no puede determinar a priori y con exhaustivo detalle, todas las tareas y diligencias que debe llevar a cabo el contratante para cumplir eficazmente sus obligaciones, cuyo incumplimiento dará lugar a una sanción; máxime cuando está sujeto al poder de dirección de la Administración, lo que permite que los deberes a cumplir puedan surgir incluso de las instrucciones posteriores a la celebración de la contratación que se le vayan impartiendo, las que aceptó recibir al suscribir el contrato (de allí la razón del art. 105 de la Ley 1284).

Por ello, debe admitirse la colaboración reglamentaria en la tipificación de las faltas administrativas, plano en el que aplica lo expresado por la CSJN al entender que "no vulnera el principio de legalidad previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional la circunstancia de que, por vía reglamentaria, se complete la descripción del tipo legal cuando la ley lo ha autorizado expresamente, siempre que el destinatario de la norma pueda conocer anticipadamente la conducta punible" (cfr. Ricardo H Francavilla, "El alcance de la potestad sancionadora del Estado", Cuestiones de contratos Administrativos. Ediciones RAP, mayo 2007, pág. 215).

Entonces, lo dicho hasta aquí es suficiente para descartar el vicio de "incompetencia" en razón de la materia que, la parte actora, le atribuye a la Resolución 180/6.

XI.- Superado lo anterior, corresponde analizar el planteo en torno a la "violación de la garantía del derecho de defensa".

Ello, dado que como ya fuera expuesto, la Resolución 180/06, en tanto reglamento administrativo dictado en ejercicio de la función administrativa, se encuentra jerárquicamente subordinado a la Constitución, a los Tratados y a la Ley (art. 88 de la Ley 1284), con lo cual, de incumplir deberes impuestos por normas constitucionales o legales, el vicio que acarreará será el de nulidad (art. 67 inc. b) de la Ley 1284).

Vale recordar que "las garantías que la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional, y las propias leyes administrativas (respeto al derecho de defensa, debido proceso adjetivo, razonabilidad, juridicidad, amplia revisión judicial ulterior, etc.) aplican en todos los ámbitos del quehacer administrativo y, con mayor rigor, en el ámbito del procedimiento sancionador ya que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita" (Corte IDH, Baena y Otros, cit., párrafo 106).

Desde esa perspectiva, así como no puede cuestionarse la potestad o, mejor, el deber de la autoridad de ejercer sus facultades disciplinarias, tampoco admite discusión el derecho del imputado a que se apliquen correctamente las normas, a que se cumpla con un adecuado proceso, a que la conducta que se le impute se funde en pruebas suficientes y a que las medidas que se dispongan, se encuentren debidamente motivadas.

En ese escenario, la actora alega que el reglamento viola garantías vinculadas con el derecho de defensa porque en el art. 8 define como "faltas" hipótesis fácticas "abiertas" a toda forma de interpretación, violentando principios fundamentales del procedimiento sancionatorio como es la "tipificación" de las conductas punibles.

Ahora, el art. 8 establece las siguientes faltas: a) no solicitar la exhibición de documento nacional de identidad u otro documento que la acredite, previo a la prestación y su cotejo con la tarjeta Confiable Salud; b) incumplimiento de las normas y procedimientos fijados por el ISSN en materia de facturación y prestación del servicio; c) omisión del deber de comunicar toda inconducta de afiliados de que tuviere conocimiento; d) no presentar los informes o documentación que requiera el ISSN dentro del plazo fijado o hacerlo en forma incompleta; e) facturar servicios no prestados en forma total o parcial o mediante códigos o ítems distintos de los que corresponden o prestados por otro; f) solicitar a afiliados sumas o abono de servicios que no corresponden en las prestaciones cubiertas por el ISSN o sumas excesivas conforme los valores de mercado en concepto de material descartable u otro, no cubierto; g) facturar al ISSN servicios o prestaciones ya abonados por éste u otro; h) hacer suscribir al afiliado su conformidad por adelantado con prestaciones aún no realizadas o con códigos o ítems distintos de los que corresponden; i) falta de respeto o

maltrato a afiliados o al personal o autoridades del ISSN; j) negar a afiliados sin motivo grave su atención o limitarla de cualquier manera; k) todo hecho, acto u omisión que importe irregularidad del servicio, falta de ética profesional, incumplimiento del deber de buena fe para con la Obra Social o que apareje a ésta o a sus afiliados un perjuicio real o potencial.

Luego, más allá de no vislumbrar que se trate de supuestos de "hipótesis abiertas" o en el que el prestador no esté en condiciones de conocer qué conducta figura una falta administrativa en relación con el Instituto, lo más relevante es que el análisis en abstracto que aquí se propone impide poder advertir que, efectivamente, frente al catálogo del art. 8, se encuentra comprometida la garantía de defensa de los eventuales imputados.

Repárese incluso que, para tratar de concretar de alguna manera de qué forma se podría llegar a poner en crisis la garantía de defensa de los eventuales imputados, la actora cita una serie de hipótesis que podrían llegar a configurarse en relación con las faltas descriptas y ello, más allá que no alcanza a traducir argumentos serios en pos de la invalidación que persigue, lo cierto es que no sería sino en un "caso concreto" (en el que, efectivamente, el ISSN haya adoptado alguna de las conductas señaladas en las hipótesis descriptas) que podría activarse el examen que se pretende.

No puede dejar de hacerse notar que todas esas hipótesis, en definitiva, remiten a un análisis de razonabilidad y ponderación de los hechos, su subsunción en las faltas, y el modo en que ello se hizo, examen que no puede ser llevado a cabo en forma independizada de las circunstancias del caso, ni posibilita, en esas condiciones, asumir que exista compromiso de la garantía de defensa.

Pero, además, tampoco se advierte que el catálogo que se describe en el art. 8 de la Resolución 180/6 se encuentre desajustado de aquello que, de acuerdo a las cláusulas que fueron convenidas en el contrato que une a las partes, también determinaban "faltas". Menos, en lo que concierne al procedimiento, toda vez que, podría colegirse, ha recibido una adecuación en términos de garantías que hacen al debido proceso.

En este sentido, vale traer a colación que en el contrato suscripto entre las partes, se convino que "los médicos que prestan servicios asistenciales a los afiliados deberán llevar una ficha clínica en la que conste a) los datos de identidad del paciente; b) información diagnóstica y tratamiento; c) demás datos que solicite el Instituto… los médicos deberán requerir en todos los casos de asistencia médica, la presentación previa, por parte del afiliado titular o de su familiar a cargo, de la credencial que lo acredite como tal con su cupón mensual actualizado… Los médicos, por intermedio del Colegio, deberán comunicar en forma inmediata al Instituto, cualquier acto incorrecto que pudiese cometer el afiliado asistido (cláusula segunda).

También que "los médicos del colegio solo podrán recibir por la atención del afiliado la orden de consulta o en su caso orden valorizada…el coseguro a cargo del afiliado será pagado en el Instituto por él, quedando absolutamente prohibido sin excepción, el cobro de suma de dinero alguna por el médico al paciente afiliado del Instituto, aparte de la respectiva orden de consulta o valorizada, ya sea en concepto de arancel diferenciado, plus, o como se lo denomine; la violación de esta cláusula por el médico, hará que se lo elimine de la lista de prestadores de la Obra Social" (cláusula sexta).

Las siguientes cláusulas definen aranceles, cómo debe presentarse la facturación, la facultad de auditoría y control del ISSN sobre la facturación.

La cláusula décima determina, tanto la posibilidad de que los médicos nucleados en el Colegio renuncien a continuar atendiendo afiliados, como la del Instituto de dar de baja y prescindir de los servicios de los médicos del Colegio en cualquier momento, por "transgresiones" cometidas por ellos (que no son definidas tampoco en el contrato) y brinda el procedimiento a seguir: a la primera falta detectada por el Instituto, llamado de atención; a la segunda falta suspensión entre 30 y 180 días corridos; a la tercera, se lo excluirá de la lista de prestadores. El ISSN informará al Colegio y al médico la razón de la medida, con una antelación no menor a los diez días corridos, quienes podrán tomar vista de las actuaciones administrativas vinculadas con la medida. Ni el ISSN, ni el Colegio, ni los médicos nucleados en él (quienes han aceptado los términos del convenio) podrán reclamarse nada recíprocamente.

La cláusula décimo cuarta establece que los médicos del Colegio se obligan a recetar a los afiliados al ISSN única y exclusivamente los medicamentos contenidos en el formulario terapéutico del ISSN que se les entrega; el incumplimiento por parte de algún médico a lo dispuesto puede dar lugar a que se haga aplicación de la cláusula décima primera.

Es decir, no se advierte que la Resolución 180/06 haya contemplado conductas extrañas a las consideradas en el contrato suscripto –como merecedoras de reproche- y, por lo demás, en dicho instrumento, los términos empleados traducen figuras más abiertas a interpretación de las que emergen de la Resolución impugnada; desde dicho vértice, podría estimarse que, ahora, el prestador está en mejores condiciones para conocer fehacientemente qué conductas encuadran en "faltas".

XII.- En este orden de ideas, como se adelantó, tampoco se observa que el procedimiento regulado por la Resolución 180/6 esté desajustado de las cláusulas del contrato ni que impidan al prestador imputado defenderse adecuadamente, tal como la actora

afirma en el apartado “IVb. BIS” del escrito postulatorio.

En efecto, la Resolución impugnada –en lo que aquí importa destacar- determina la posibilidad de iniciarse una “investigación preliminar” a fin de corroborar la veracidad de la denuncia, la necesidad de iniciar el sumario y precisar el objeto de la investigación (art. 3); el art. 4 se ocupa de la “denuncia”, a partir del artículo 11 se determina el “procedimiento”. Así, es el Consejo de Administración el que ordena la sustanciación del sumario, cuyo acto de inicio debe ser notificado al imputado y, en caso que se encuentre colegiado, también a la entidad que lo nuclea. Se establece que el imputado puede participar de todo el procedimiento, que será público, controlando la producción de la prueba y ofreciendo aquella que estime pertinente y haga a su derecho (art. 13); se le concede a los colegios la facultad de controlar la producción de prueba y formular el alegato si se formularan cargos a su asociado (art. 14). El instructor debe investigar los hechos, reunir las pruebas y dictar resolución de formulación de cargos o el sobreseimiento definitivo (art. 15); el instructor tendrá amplias facultades para realizar la investigación, debiéndose respetar las garantías constitucionales al sumariado (art. 17).

El art. 18 define las formalidades de la declaración a indagatoria, el plazo para la citación (no menor a dos días), su notificación y el carácter de la audiencia, a la que podrá asistir con abogado defensor (art. 19 y 20); no se le requerirá juramento o promesa de decir verdad y podrá abstenerse de declarar (art. 21); el art. 22 determina las formalidades previas, el art. 24 la forma de la indagatoria; el art. 25 la representación; el art. 27 se ocupa de los “términos”, el art. 28 del cómputo; el plazo de instrucción se fija de 15 a 45 días como periodo total (art. 30, pudiendo evaluarse una prórroga por los mismos términos y por una vez); las notificaciones se harán de acuerdo a la Ley 1284 (art. 31); el art. 33 y 34 de la formulación de cargos y su notificación al imputado que podrá tomar vista de lo actuado; el art. 35 el procedimiento para la formulación de descargo y el ofrecimiento de nueva prueba por parte del imputado; el art. 40 los “alegatos”; se establece la prescripción de la acción (5 años de ocurridos los hechos); el art. 43 “de las resoluciones”.

Luego, confrontando dicho procedimiento con los argumentos que sostienen la impugnación, se observa que la actora no ha logrado concretar agravios de relevancia susceptibles de ocasionar la pretendida invalidez del reglamento.

Nuevamente, recurre a describir hipotéticas situaciones en torno a las notificaciones o los plazos (llevándolas incluso a circunstancias extremas para tratar de patentizar supuestos de “indefensión”) pero, desde la abstracción del planteo, no es posible reconocer que, efectivamente, el procedimiento así delineado acarree las vulneraciones constitucionales que han sido señaladas.

La misma deficiencia se presenta al analizar la cuestión bajo el vértice de la “violación del derecho de propiedad y a ejercer todo trabajo o industria licita” vinculado con el esquema de penas pecuniarias o multas, puesto que los “criterios, montos excesivos, desproporción a las faltas”, etc. -argumentos que respaldan la impugnación-, sólo podrían ser analizados –para tener por configurada la lesión constitucional- a la luz de las particularidades que puedan presentarse en un caso concreto.

Para reafirmar esta conclusión, cabe hacer notar que la actora trae a colación comparaciones entre distintos prestadores (de elevados promedios y de bajos promedios) para tratar de acreditar el agravio, lo que en modo alguno permite examinar la cuestión de un modo abstracto.

Y, en definitiva, esa misma falla se traslada a la totalidad de las tachas que le formula a la Resolución 180/06 (cfr. el punto IV.d “Otras objeciones” del escrito de demanda).

XIII.- Desde otro lado, la actora sostiene que es inconstitucional la Resolución 180/06, toda vez que el ISSN ha “abusado” de las facultades acordadas por el art. 6 inc. k) de la Ley 611, al “pretender erigirse en juez y parte de las relaciones contractuales con sus prestadores”.

En ese ámbito, bajo el título “las mal llamadas funciones jurisdiccionales de la Administración”, dedica varias páginas a citar profusa doctrina y jurisprudencia relacionada con la temática, para luego, afirmar que la Resolución 180/06 “no cumple ninguno de los requisitos referenciados”: no hay ley formal que la apruebe, sólo una resolución del propio organismo; no existe justificación razonable alguna; no existe garantía de independencia e imparcialidad del Organismo ya que es el co-contratante; no encuentra reglado control judicial alguno, ni dictamen legal obligatorio previo a la resolución; no existe la garantía de la doble instancia. Y, por todo ello, considera que la citada Resolución resulta nula.

No obstante, además de los aspectos que han sido analizados y descartados, tampoco en este último punto ha podido acreditarse el supuesto traído toda vez que no logra advertirse la conexión entre el tópico referido a las “facultades jurisdiccionales de la Administración” con lo que ha sido reglamentado a través de la resolución atacada. Y, va de suyo, que las herramientas que brinda el ordenamiento procesal para provocar el control judicial suficiente es materia ajena a la resolución 180/06.

XIV.- Para finalizar, vale realizar una última observación en punto a la constitucionalidad de la Resolución 180/6 que la actora ha puesto en crisis.

Sabido es que toda declaración de inconstitucionalidad representa un acto de suma gravedad institucional; por lo tanto, sólo puede

decidirse cuando el esfuerzo interpretativo no logre coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la Constitución con su articulado.

Luego, en este caso, el análisis de las cuestiones que, a criterio de la actora, son susceptibles de poner en crisis las garantías vinculadas con el debido proceso, en la forma que han sido propuestas, es decir, con total abstracción de las circunstancias de un caso concreto en que la lesión pueda ser advertida, conllevan a desestimar la tacha de inconstitucionalidad denunciada.

En este orden de ideas, corresponde señalar que, en el contexto del caso a resolver, la declaración de inconstitucionalidad se presentaría como del tipo “preventivo” (es decir, aquellos casos en que la declaración tiene por objeto evitar los perjuicios futuros que se producirían cuando se tenga que aplicar el reglamento reputado inconstitucional), lo cual es propio de la acción originaria de inconstitucionalidad (control abstracto) y que no puede ser confundido con el control difuso que todos y cada uno de los jueces está llamado a efectuar en los casos que resuelve.

En el control difuso, la delimitación del caso concreto exige que se analice, con mayor rigor, la existencia de la lesión constitucional, pues los jueces no se encuentran habilitados a declarar la inconstitucionalidad en cualquier supuesto, sino en situaciones muy precisas; sólo cuando sea necesario; cuando “esa declaración sea el presupuesto para el progreso de otra pretensión…" ("Mill de Pereyra" cit., considerando 10).

Consecuentemente, lo que no puede hacerse en el marco del control difuso y concreto (tal el de la acción procesal administrativa) es declarar la inconstitucionalidad de una norma sin que exista lesión constitucional actual; esto es, sobre hipótesis abstractas sin demostración de agravios concretos a las garantías que se afirman vulneradas o cuando no sea el presupuesto para el progreso de la pretensión (cfr. Fallos 256:602; 307:1656, entre tantos otros).

Ello no significa afirmar que la cuestión quede exenta de control judicial.

Por el contrario, si la aplicación de la Resolución 180/6 a un caso determinado pudiera dar como resultado algunas de las hipótesis referidas por la parte actora (acreditando que existe un compromiso de garantías constitucionales), la eventual inconstitucionalidad que en tal caso pudiera concretarse, determinaría la invalidación del precepto en esa específica situación pues, ello supondría el presupuesto para el progreso de la acción.

En este punto vale señalar que, aún cuando la cuestión hubiera sido planteada a través del carril de la acción autónoma de inconstitucionalidad –Ley 2130- (tal como se expresó en el Decreto 1076/10), la conclusión que aquí se impone no variaría. Es que, dado que la declaración de inconstitucionalidad es la “última ratio”, ante la posibilidad de que un mismo precepto dé lugar a la adopción en concreto de soluciones antagónicas, ello es determinante de que, en abstracto, el intérprete deba inclinarse por su validez constitucional (cfr. “Castillo Luis Helvecio, Ac. 913/03).

No puede perderse de vista que la cuestión relativa a la interpretación de las cláusulas constitucionales, trae instalado el debate sobre el alcance de la tarea interpretativa del juez con jurisdicción constitucional, cuando se enfrenta a la faena de desbrozar y definir el significado de alguna cláusula o previsión de la ley fundamental.

Para abordar tal cometido, necesariamente debe recurrirse a una interpretación constitucional valorativa que implica un proceso de conocimiento y de decisión que, en palabras de Bidart Campos, nos posibilita “distinguir la distancia que hay entre una norma general que no es inconstitucional, y la inconstitucionalidad que aparece en su aplicación, tanto cuando valoramos que el caso concreto no brinda circunstancias propicias para esa aplicación, como cuando la interpretación que se ha hecho de la norma aplicada es una interpretación inconstitucional” (cfr. Bidart Campos Germán, ”LA INTERPRETACIÓN Y EL CONTROL CONSTITUCIONALES EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL”, ED. Ediar, pág. 117, citado en Acuerdo 1635/09 del Registro de la Secretaría actuante).

Con lo anterior se quiere significar que, si bien en función de cómo ha sido postulada la cuestión constitucional, la demanda no tendrá acogida (pues no se ha logrado acreditar que el Reglamento –en forma abstracta- vulnere las garantías constitucionales que han fundado la impugnación), en el supuesto que su aplicación, en un caso concreto, pudiera dar como resultado una lesión de esa naturaleza, distinto deberá ser el recorrido de análisis y la solución que la cuestión imponga.

Pero, en esta oportunidad, y por las consideraciones vertidas a lo largo de este voto, no cabe más que rechazar la acción procesal administrativa promovida tendiente a obtener la declaración de nulidad o inconstitucionalidad de la Resolución 180/06.

XV.- Con relación a las costas, no existen motivos para apartarse del principio rector, por lo que se imponen a cargo de la actora vencida (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria). ASI 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 Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por el Colegio Médico de Neuquén contra el I.S.S.N.; 2°) Imponer las costas a cargo del actor;

3°) Regular los honorarios profesionales al Dr. ..., en el doble carácter por el I.S.S.N., en $11.550; al Dr. ..., en el doble carácter por la Fiscalía de Estado, en $7.425 y al Dr. ..., patrocinante, en $4.125; a la Dra. ..., en el doble carácter por la actora, en $8.085 (arts. 6, 9, 10, 39 y cctes. de la Ley 1594); 4°) Regular los honorarios diferidos en la R.I. 414/13, a Dra. ..., en el doble carácter por la actora, en $5.800 (arts. 6, 9, 10, 39 y cctes. de la Ley 1594). 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. BERMÚDEZ – Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

**"CIRCULO ODONTOLÓGICO DEL NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4056/2012) – Acuerdo: 39/17 – Fecha: 29/03/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

SERVICIO DE SALUD. FACTURAS IMPAGAS. MORA. INTERESES. FALTA DE PRUEBA.

Cabe rechazar el reclamo en concepto de intereses por mora en el pago de facturas por prestaciones odontológicas, si aun cuando se considerare que ha existido un reconocimiento tácito de los hechos, los demás elementos que obran en el proceso no los respaldan ni los refuerzan. Ello así, pues no se cuenta con las facturas respecto de las cuales se afirma que se pagaron fuera de término y por las cuales se reclaman intereses, aspecto que -a su vez- impide conocer los detalles de su emisión, la fecha en la que fueron presentadas en la obra social, el momento en que comenzó la mora y el modo en que fueron canceladas.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 39. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve 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 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: “CIRCULO ODONTOLÓGICO DEL NEUQUÉN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 4056/2012, 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. 91/2 se presentó el Círculo Odontológico del Neuquén, por apoderado, e interpuso acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén (I.S.S.N.). Reclama el pago de $416.357,19, en concepto de intereses por mora en el pago de facturas por prestaciones odontológicas, en el período Febrero de 2009 a Septiembre de 2010.

Señala que se encuentra ligado al ISSN por un contrato de prestación de servicios suscripto el 1/4/1999, con las modificaciones parciales introducidas a través del Acta-Acuerdo de 2004.

Indica que, a través del referido acta, se cancelaron intereses adeudados por el ISSN y se adecuaron los términos del convenio a lo establecido en el Decreto 367/04. Transcribe el texto de la cláusula decimoquinta tal como quedó redactado luego de la modificación aludida.

Afirma que, desde febrero de 2009, la demandada comenzó a incumplir el convenio al abonar las facturaciones presentadas fuera

de los términos acordados en el contrato.

Dice que en cada recibo de pago se hizo la salvedad de que se adeudaban intereses.

Cuenta que se le requirió al asesor contable de la Institución que confeccionara una planilla de liquidación de los intereses adeudados, la que fue certificada por el Consejo de Ciencias Económicas de Neuquén.

Dice que el resultado de la planilla es el monto que aquí se reclama ($416.357,19). El mismo se obtuvo de considerar la fecha de vencimiento de cada factura y, desde allí, se aplicaron los intereses a la tasa promedio del Banco Provincia de Neuquén.

Menciona que los originales del contrato y de las constancias de pago con reserva de intereses emitidas por su parte, obran en poder de la demandada.

A continuación, refiere al Decreto 2155/12, que rechazó su reclamo con el argumento de que no había efectuado reserva por los intereses reclamados.

Cuestiona los fundamentos de dicho acto y señala que el ISSN, en sede administrativa, admitió que los intereses determinados por el Contador del Círculo eran correctos. Asimismo, dice que aceptó la existencia del contrato y los montos y fecha de pago de las facturas originadas por servicios comprendidos entre febrero de 2009 a septiembre de 2010.

Adjunta copia certificada de los recibos de pago emitidos y de las facturas 9553 y 9542 (en concepto de intereses). Ofrece la demás prueba y solicita se haga lugar al pago requerido, actualizado en debida forma, con costas.

II.- A fs. 113, mediante R.I. 230/13, se declaró la admisión de la acción.

III.- A fs. 115 la actora optó por el procedimiento ordinario. Corrido traslado, a fs. 124/130 se presentó la demandada y contestó la demanda.

Efectúa un responde que refiere a otro reclamo del Círculo Odontológico cuyo objeto era la revocación de la Resolución 196 del Consejo de Administración del ISSN y del Decreto 185/08, y una indemnización de $52.997,60.

Más adelante, ejerce la defensa contra otra pretensión que tampoco coincide con la esgrimida en la presente acción, que refiere a débitos por $43.746,38 que habría efectuado sobre la facturación del Círculo accionante en los meses de noviembre y diciembre de 2010.

En mérito a tales equívocos, no formula una negativa concreta respecto de los hechos en que se funda la demanda. Tampoco desconoce la documentación acompañada con dicho escrito.

IV.- A fs. 133 se abrió la causa a prueba, periodo que se clausuró a fs. 239 y se colocaron los autos a disposición de las partes para alegar.

A fs. 247/8 obra agregado alegato de la actora y a fs. 250/2 el de la demandada.

V.- A fs. 255/8 se expidió el Sr. Fiscal General Subrogante quien propicia el rechazo de la demanda.

VI.- A fs. 261 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.- Reclama la actora el pago de $416.357,19 en concepto de intereses derivados de la cancelación fuera de término de facturas por prestación de servicios en el marco del contrato que suscribiera con la accionada en 1999, con la modificación introducida en el Acta Acuerdo de 2004 (cfr. fs. 8/12).

Conforme a los términos contractuales, la presentación de las facturas debía llevarse a cabo del 1 al 10 de cada mes en la sede del ISSN y debían contener las prácticas realizadas hasta el día 25 (cierre administrativo) del mes inmediato anterior al de la presentación (cfr. cláusula 11°).

Respecto a la forma de pago, el modo pactado en el contrato original fue modificado en el Acta-Acuerdo de 2004. Desde entonces, la cláusula decimoquinta dispone que: “El INSTITUTO abonará a través de depósito en Cuenta bancaria en el Banco de la Provincia del Neuquén según Decreto N° 367/04, la facturación presentada por EL CÍRCULO. Las prestaciones incluidas en las facturaciones en cierres administrativos de cada mes calendario serán abonadas en un plazo que no excederá los dos meses calendarios posteriores a ese cierre administrativo, cancelando, siempre que hubiere disponibilidad presupuestaria el cincuenta por ciento (50%) dentro del primer mes calendario contados a partir de la fecha de cierre administrativo previsto en la cláusula DECIMO PRIMERA. Los pagos a que se refiere la presente cláusula asumirán el carácter de pagos a cuenta en virtud de lo establecido en las cláusulas DECIMO TERCERA y DECIMO CUARTA del presente convenio y hasta tanto queden los mismos exceptos de observaciones” (cfr. fs. 12).

Ahora bien, como quedó expuesto en la reseña de las posiciones de las partes, la demandada presentó un escrito de contestación de demanda, pero en el mismo no aludió al reclamo objeto de esta causa. Como consecuencia de ello, no negó en forma concreta los hechos expuestos en la demanda ni desconoció la documentación agregada a la misma.

Estas circunstancias nos colocan ante la situación prevista en el art. 48 de la Ley 1305 que establece que: “...El silencio, la

contestación ambigua o evasiva o la negativa meramente general pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes, de la autenticidad de los documentos y de su recepción".

Tal situación, si bien no obliga a considerarla como una presunción favorable a los reclamos del actor, autoriza a estimarla como un reconocimiento de los hechos afirmados, siempre que tales aseveraciones no resulten desvirtuadas por prueba en contrario.

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

En este caso, el equívoco de la demandada al efectuar su responde no basta para que se dicte sentencia condenatoria en los términos requeridos porque, como se verá, la prueba existente resulta insuficiente.

En efecto, analizadas las constancias probatorias, cabe puntualizar que:

La actora acompañó con la demanda el convenio suscrito con el ISSN, los recibos emitidos frente a cada pago efectuado y la liquidación de los intereses reclamados elaborada por su Asesor Contable.

Se llevó a cabo la pericial contable (fs. 164/8), que fue impugnada por la demandada (fs. 173/5). De dicho informe, se advierte que la metodología de cálculo utilizada no se ajusta a lo establecido en la cláusula décimo quinta del convenio. Además, no contiene datos que permitan identificar las facturas.

Se concretó la prueba informativa al BPN, cuya respuesta (fs. 178) detalla las transferencias realizadas a la cuenta de la actora sin ninguna otra referencia que la fecha en que cada una se efectuó y su monto.

También se agregaron las actuaciones administrativas 4469-092885/9 (reclamo ante el ISSN denegado tácitamente) y 5500-000752/2012 (recurso ante el Sr. Gobernador).

A fs. 15 del expediente en el que tramitó el recurso jerárquico, obra informe elaborado por la Contaduría General del ISSN, en el que se aclara que el control de los intereses reclamados se efectuó con la información contenida en dicho expediente (es decir liquidación obrante a fs. 9/13, practicada por el asesor contable del Círculo -Cr. Bacci- que es la misma que la acompañada con la demanda) y, en base a ella, se concluyó que los intereses habían sido razonablemente determinados.

Examinada la prueba y considerado el relato efectuado en la demanda, no surgen acreditadas las circunstancias que el accionante invoca para sustentar el reclamo del pago de intereses.

Entonces, aun cuando se considerara que ha existido un reconocimiento tácito de los hechos, los demás elementos que obran en el proceso no los respaldan ni los refuerzan.

Es que no se cuenta con las facturas respecto de las cuales se afirma que se pagaron fuera de término y por las cuales se reclaman intereses, aspecto que -a su vez- impide conocer los detalles de su emisión, la fecha en la que fueron presentadas en el ISSN, el momento en que comenzó la mora y el modo en que fueron canceladas.

Esta información era accesible para la accionante desde que, en sus registros contables, deben constar los duplicados de las facturas y su constancia de recepción.

Luego, al no disponerse de las facturas y al no poder extraerse la información necesaria de la demás documentación antes aludida, no es posible determinar si se respetó lo establecido en el contrato, si existió la mora y, en su caso, si la misma coincide con la denunciada en la demanda, y si es correcto el cálculo de los intereses reclamados.

Como consecuencia de lo anterior, es evidente que, en la presente causa, existe un déficit probatorio que conlleva a que la pretensión de cobro de intereses no pueda proceder.

Ello así, en función de que el principio dispositivo contiene una regla de conducta para el juzgador e implica la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad para llevar o no a cabo la alegación y prueba de los hechos que la benefician y la refutación y contraprueba de los que pueden perjudicarlas.

VIII.- Por lo tanto, a tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, entiendo que corresponde rechazar la demanda.

En cuanto a las costas, en consideración al errático temperamento asumido por la parte demandada en la causa y las razones que llevaron a fallar del modo propuesto, estimo que deben ser soportadas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPC y C). 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, habiéndose dado intervención al Fiscal General Subrogante, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda interpuesta por el Círculo Odontológico del Neuquén contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén; 2°) Imponer las costas en el orden causado (art. 68, segunda parte, del CPC y C); 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

**"LA CONTINENTAL ANDINA S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2502/2008) – Acuerdo: 40/17 – Fecha: 29/03/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad del Estado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALTA DE SERVICIO JUDICIAL. MOROSIDAD. FUNDAMENTACION.

1.- Si no se prueba el irregular o falta de servicio, no es posible hacer responder patrimonialmente al Estado.

2.- El examen de razonabilidad del plazo de duración del proceso no puede realizarse en abstracto, sino que debe atender a las particularidades del caso. Por eso, se dijo que no es válido extraer conclusiones sobre la cuestión, fincándose únicamente sobre la verificación del cumplimiento de los plazos que el Código Procesal pueda establecer para la terminación de las diferentes etapas, que tienen un carácter solamente ordenatorio. Máxime cuando se está en presencia de un caso con una complejidad que supera la de las investigaciones ordinarias que orientan la estipulación de esos plazos que, se reitera, son meramente ordenatorios y su incumplimiento no acarrea la nulidad de lo actuado con posterioridad.

3.- No se advierte de manera alguna la irrazonabilidad de que el Juez de la causa se negare a la devolución de un oficio de inscripción de un inmueble adquirido en una subasta en un juicio de apremio, en el momento procesal de prueba en el que se encontraba el expediente, si el magistrado fundamentó su decisión, lo que fue explicitado con claridad en las providencias dictadas, que expresamente refirieron al momento procesal de la causa, y si el interesado no recurrió ninguna de las providencias que denegaron la devolución de la documentación. Por ello, lejos de advertirse una irregularidad en el actuar estatal, fue la negligencia del propio interesado lo que provocó el devenir de la situación del inmueble por el que se reclama.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 40. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve 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 Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "LA

CONTINENTAL ANDINA S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2502/08, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 9/16 se presenta la actora e interpone una acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén por los daños y perjuicios que dice haber sufrido como consecuencia de "una deficiente prestación del servicio de justicia, error judicial y demás hechos y omisiones incurridas al momento de sustanciarse la instrucción del sumario, en sede penal, encausado en autos: "Agencia Fiscal de Delitos contra la Administración Pública s/ Investigación" Expte. Nro. 12331/01, Juzgado de Instrucción N° 6, re-caratulado en Cámara Criminal Segunda N° 1, Expte. N° 02/06".

Realiza un análisis teórico de la responsabilidad del Estado y puntualiza que, dentro de la responsabilidad por faltas en el servicio de justicia, se da una doble actividad. Indica que eso permite distinguir entre responsabilidad in iudicando e in procedendo, y que mientras la primera se refiere al ejercicio de la facultad de juzgar y se conoce como error judicial, la segunda se relaciona con el funcionamiento irregular del servicio de justicia y se conoce como responsabilidad del Estado por faltas en el servicio de justicia.

Afirma que dentro de esta segunda hipótesis ubica normativamente el hecho que le ocasionó el perjuicio cuyo resarcimiento solicita.

Específicamente, sostiene que el incumplimiento del deber de administrar justicia deviene de la morosidad en la sustanciación de la contienda, que transgrede la exigencia constitucional de sustanciarlo en un plazo razonable, y el incumplimiento del deber de administrar justicia.

Indica que la Responsabilidad del Estado que motiva la pretensión nace de un hecho irregular, bajo la forma de una omisión, por no haber el Juez tomado las medidas necesarias a fin de prestar en forma eficiente el servicio de justicia, dentro de la esfera jurisdiccional desplegada en el desarrollo de la instrucción. Insiste en que el hecho humano antijurídico generador del daño, puede revestir la forma de una omisión.

Afirma que del concepto omisión, se infiere que la antijuridicidad está condicionada a la existencia de una obligación de obrar o del cumplimiento de deberes legales. Así, de la conjunción de los arts. 1074 y 15 del Código Civil, todo juez tiene la obligación de administrar justicia.

La omisión culposa del Juez, dice, se gestó al no devolver en el tiempo procesal oportuno (art. 213 CPPyC) una documentación secuestrada, y no relacionada con los hechos objeto de investigación, que está estrechamente vinculada con otras omisiones cometidas en la sustanciación de la instrucción.

Se refiere a la morosidad en el proceso, que transgrede el deber legal de materializar la instrucción en un plazo razonable, y a la defectuosa sustanciación del allanamiento y secuestro.

Sostiene que si el Juez hubiese resuelto la instrucción dentro de un plazo razonable, la omisión de devolver la documental secuestrada, no hubiese causado el perjuicio, que hoy se pone en evidencia. Afirma que si el juez hubiese materializado el allanamiento y el secuestro de los bienes en forma selectiva, tampoco existiría perjuicio.

Dice que el Juez incumplió el deber establecido en el art. 213 CPPyC, en tanto que dispone que deberá devolver los bienes secuestrados tan pronto como no sean necesarios.

Explica que cuando se realiza el allanamiento N° 311/1, el día 29/11/2001, se secuestra entre un sinnúmero de documentación, una de especial interés para el imputado, que era el oficio judicial librado en autos: "Provincia de Neuquén c/ Anchorena Emilio N. s/ apremio" Expte. 126.041/92, que tramitó en el Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 1. En dicho oficio, se ordenaba al Registro de la Propiedad Inmueble, la inscripción de la transferencia del dominio a favor de "La Continental Andina S.A." de un inmueble adquirido en pública subasta, individualizado como Lote 25, Fracción XXX, Departamento Chos Malal, N.C. 03-RR-004-2037-0000, inscripto bajo la matrícula N° 94.

Alega que dicho instrumento público era sustancial para materializar la transferencia del dominio, no sólo ante la imposibilidad de solicitar su reproducción, sino porque llevaba impreso el comprobante de haber pagado los sellados que permiten la gestión ante el Registro de la Propiedad Inmueble.

Relata que en la instrucción, se puso en evidencia ante el Juez la necesidad de contar con el mentado instrumento público, para finalizar con el trámite de inscripción, poniendo en conocimiento el perjuicio que ocasionaba no disponer de la misma.

Indica que el pedido de devolución se cursó en varias oportunidades: en el año 2003, en el año 2004 dos veces y en el año 2005.

Afirma que, finalmente, en el año 2006, se procede a la devolución, ya que llevó más de seis años obtener un procedimiento que dé por cerrada la etapa judicial, pero que ya era tarde puesto que el inmueble se había perdido.

Expone que la demora en administrar justicia se debió a un desinterés y a un abandono del proceso, que transgredió el deber legal de sustanciar la instrucción en un plazo razonable.

Sostiene que la morosidad en la instrucción es un caso típico de omisión antijurídica por la aplicación de los arts. 1074 y 15 del

Código Civil que obligan al juez a administrar justicia.

Relata que el plazo se inicia con la denuncia que da origen a la investigación, en enero del 2000, y culmina el 26/12/05, fecha en que se dicta su sobreseimiento.

Alega que el Juez incumplió con el deber de administrar justicia, abusando de sus potestades en perjuicio y detrimento de su patrimonio, incumpliendo con el deber de fundar las resoluciones judiciales en las que se denegó la devolución del instrumento público y obstaculizando la protocolización del oficio de transferencia del dominio por más de cinco años.

Se detiene sobre el daño que dice haber sufrido. Indica que nos encontramos frente a un daño patrimonial, dado que el perjuicio consiste en la pérdida del inmueble inscripto bajo matrícula N° 94, del Departamento Chos Malal, hoy reasignado bajo la matrícula N° 2579. Insiste en que el hecho que contribuyó a ocasionar la pérdida del dominio, fue la demora en inscribir la transferencia del inmueble por no disponer del instrumento público, hábil para materializarla, el que fue secuestrado por el A-quo y retenido por seis años, a pesar de no constituir prueba que se relacionara con los hechos investigados.

Señala, además, que, paradójicamente, otros órganos del Estado colaboraron con la inacción. Describe que una vez devuelto el oficio, se procede a gestionar la transferencia del dominio a favor de La Continental Andina S.A., ingresando el oficio en cuestión al Registro de la Propiedad Inmueble.

Relata que en esa oportunidad se constata que el dominio fue transferido, por su anterior dueño (Emilio Anchorena) a un tercero, desconociendo la existencia del derecho real que la actora adquirió en la subasta llevada a cabo en los autos: “PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ ANCHORENA JORGE EMILIO S/ APREMIO” Expte. N° 126041/92.

Refiere que de la lectura de las actuaciones, se comprueba que la subasta fue aprobada, se pagó el precio de venta y se entregó la posesión del inmueble. No obstante, al no poder inscribirse el oficio de transferencia del dominio porque el juez de la causa penal retuvo el instrumento, se propició a que el inmueble se transfiriera a un tercer comprador de buena fe.

Dice que el oficio ingresó al Registro y fue observado, hasta que el 14 de julio del 2006, se inscribe provisoriamente por 180 días -hasta el 10/01/07-.

Oportunamente, aún pendiente de vencimiento el plazo de inscripción provisoria, ingresa al Registro otra inscripción provisoria con vencimiento el 24/4/07, que culminó con la inscripción definitiva a nombre de “Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Crédito Solidario Ltda.”.

Argumenta que se le puede atribuir también un hecho irregular al Registro de la Propiedad Inmueble. Alega que la Ley Nacional N° 17801, art. 1, permite la inscripción provisional por 180 días de los documentos subsanables, y que también debe admitir el ingreso de otros documentos inscribibles durante la vigencia de la inscripción provisoria, pero con la advertencia de que existe una inscripción provisional vigente.

Sostiene que ello prueba que el enajenante conocía la existencia de la inscripción provisional de la venta en subasta cuando ingresa el certificado de compraventa, lo que determina la mala fe de aquel y presume la del poseedor.

Dice que ante esa situación interpone una acción reivindicatoria en el Juzgado Civil 1, “La Continental Andina S.A. c/ Cooperativa de Vivienda Créditos y Consumo Crédito Solidario Ltda. s/ Acción de Reivindicación” Expte. N° 349352/07, en la que solicita una medida cautelar de prohibición de innovar.

Asimismo, señala que dio intervención a la Fiscalía General y de Coordinación, denunciando que se estaba por cometer un delito.

Alega que nuevamente falló la justicia, puesto que el Juez Civil no dictó la medida cautelar en tiempo y forma, y la Fiscalía archivó las actuaciones por considerar que no se cometió delito alguno.

Finalmente, estima el daño y peticiona se haga lugar a la demanda.

II.- A fs. 55/56 mediante la R.I. N° 20/2010, se declara la admisión del proceso.

III.- A fs. 61 el actor ejerce la opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fojas 69/71 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.

Sostiene que, pese al confuso y poco claro relato en traslado, se infiere que la cuestión versa sobre una investigación penal en la que se secuestra legítimamente documentación en poder de la actora, entre la que se encontraba un oficio al Registro de la Propiedad que tenía como fin inscribir la titularidad de una propiedad que adquiriera en fecha incierta (en tanto el actor no la menciona), en subasta pública judicial decretada en el Expediente N° 154489/95.

Dice que la actora insta las presentes actuaciones procurando una reparación cuyo sustento jurídico denomina error judicial, falta de servicio y morosidad procesal, sin explicar concretamente como se configuran esos incumplimientos jurídicos en el caso concreto.

Sostiene que, como reconoce la actora, el lapso transcurrido entre los pedidos de devolución de la documentación al Juez penal datan de un año, no advirtiéndose de esa manera la urgencia de la que habla en el escrito de inicio, ya que de lo contrario no hubiera dejado transcurrir ese tiempo entre las presentaciones, lo que evidencia su pasividad.

Alega que no debe pasar inadvertido que la actora contaba en aquel momento con adecuado asesoramiento y representación, y que debió explicar las razones de hecho o de derecho por las cuales omitió todo requerimiento de un nuevo oficio por ante el juez competente. Asimismo, señala que la parte actora tampoco explica por qué no protocolizó inmediatamente la subasta o bien designó escribano para realizarlo, asi como muchas otras herramientas legales cuya omisión por la accionante quitan todo sustento a la demanda.

Argumenta que existían también acciones sumarísimas independientes que hubieran configurado un actuar de buena fe y diligente de la empresa que hoy se aventura jurídicamente contra el Estado achacando un error judicial que, además de inexistente, jamás podría guardar adecuada relación causal con el perjuicio que invoca.

Sostiene que el Estado no resulta autor ni directa ni indirectamente de lo que relata el actor, siendo única y exclusivamente su propia inacción y negligencia la generadora del daño.

Afirma que la actora sólo se limita a reprochar genéricos incumplimientos sin concretar en momento alguno una exposición clara que describa y especifique los preceptos legales que entiende incumplidos o violados, y que mucho menos explica su adecuación causal.

Agrega que su poca e ineficaz actividad sobre el perjuicio que describe como inminente, y el muy excesivo tiempo transcurrido entre sus peticiones, demuestran la desidia y poca diligencia puesta en evitar un supuesto perjuicio, por el que ahora pretende responsabilizar al Estado.

Solicita el rechazo de la acción con expresa imposición de costas.

V.- A fs. 76 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 164.

VI.- A fs. 167/168 obra alegato de la parte actora y a fs. 177/187 dictamina el Sr. Fiscal General Subrogante del Tribunal, quien propicia el rechazo de la demanda.

En primer lugar, aborda la excesiva demora o morosidad en la sustanciación de la causa penal: “Agencia Fiscal de Delitos contra la Administración Pública s/ Investigación” Expte. N° 12331/01 sostenida por la actora, como presunta falta de servicio regular de justicia.

Se remite al Acuerdo N° 34/13: “Capossio Arnoldo Raúl c/ Provincia de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa”, en el cual se realizó un pormenorizado y cronológico análisis de todos los actos procesales trascendentes de la causa penal, y se concluyó que por la notoria complejidad del caso, existió cierta regularidad en la sustanciación y no se configuró una falta de servicio, requisito esencial de la responsabilidad del Estado. Indica que tal conclusión, refiriéndose al mismo expediente, es plenamente aplicable al presente caso.

En segundo lugar, se refiere a la siguiente falta de servicio imputada por el actor al Juez de Instrucción, configurada por la negativa a entregar la documentación secuestrada en el allanamiento ordenado el 28/11/2001, frente a cuatro pedidos de devolución formulados con expresa citación del art. 213 CPPyC, vigente en aquel momento.

Sostiene que el artículo mencionado dejó en manos del Juez de Instrucción el análisis sobre la conveniencia u oportunidad del libramiento de objetos decomisados o secuestrados, al disponer que los devolvería tan pronto como no sean necesarios.

Analiza que, en el contexto de la causa penal, no puede soslayarse que un oficio de inscripción de un inmueble adquirido en subasta pública por la actora a un tercero, en una causa por apremio, pudo persuadir al Juez que tenía alguna relación con los sucesos investigados en la misma, donde el Sr. Oberholzer, que representa a la firma accionante, era uno de sus consortes.

Ello, teniendo en cuenta que la imputación sostenida consistía en que los hechos incriminatorios investigados tenían como finalidad que alguno de los acusados se hicieran de la propiedad de inmuebles particulares, sobre los cuales el fisco se cobraba deudas impositivas a través de su remate judicial, mediante la falsificación de documentos, subastas fingidas e inexistentes y la utilización de presta nombre, que en conjunto merecieron la calificación de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, falsedad ideológica de instrumento público, estafa, fraude en perjuicio de la Administración Pública.

Realiza un estudio sobre las fechas vinculadas a la subasta y al oficio en cuestión. Remarca que el expediente en el que se realizó la subasta: “Provincia del Neuquén c/ Anchorena Emilio N. s/ Apremio” N° 126.041/92 no fue ofrecido como prueba, y sólo existen algunas copias de ese expediente en la causa penal N° 61256/12 del Juzgado de Instrucción N° 3 “De Anchorena Emilio N. y de Anchorena Juan Ignacio s/Defraudación”.

Señala que la providencia que tiene por satisfecho el pago del saldo del precio de subasta y ordena la tradición del bien a la actora tiene fecha 20/08/1998, que el oficio que ordena la inscripción del inmueble a nombre de la actora obra sellado por la Dirección

Provincial de Rentas del 17/04/2000, y que la fecha del allanamiento que secuestra aquel oficio fue un año y medio después, el 29/11/2001. También indica, que el primer pedido de devolución de oficio realizado al Juez de Instrucción fue en el año 2003, luego dos nuevos pedidos en el año 2004 y finalmente uno en el 2005.

De esa manera sostiene que no puede perderse de vista la incidencia que tuvo la conducta de la propia actora accionante en la producción del daño que hoy atribuye a un supuesto error procesal, dado que fue ella misma quien dejó pasar un año y medio sin procurar la mutación o modificación de las situaciones jurídicas.

El Fiscal entiende, además, que al formular el juicio de probabilidad pertinente, la relación de causalidad adecuada entre la imputación objetiva que hace la actora al obrar de los funcionarios públicos (negación de devolución del oficio) y el daño por ella reclamado, se encuentra gravemente afectada.

Recuerda que en nuestro derecho de fondo, en ningún caso son imputables las consecuencias remotas que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.

En tercer lugar, trata la irregularidad que la actora endilga al Registro de la Propiedad Inmueble en los términos del art. 9 de la Ley 17.801. Señala que la actora se agravia porque el Registro omite la advertencia de que existe una inscripción provisional vigente (la del Asiento A-2, relativa a la inscripción provisoria de subasta que ingresó el 14/07/2006 y vencía el 10/01/2007) en el Asiento A-3, relativo a la inscripción provisoria de la compraventa de la parte indivisa por tracto abreviado de Anchorena Emilio que entró el 26/10/2006.

Afirma que, sin embargo, ello fue inmediatamente rectificado en el Asiento A-4 y que por ello no logra advertirse cuál es la relación causal con el daño que invoca la actora.

Finalmente, en cuarto lugar, sobre la supuesta demora del Juez Civil de la acción de reivindicación en el decreto e inscripción de la medida cautelar de prohibición de innovar, considera que es un reproche más de la actora hacia terceros, por su falta de diligencia a la hora de solicitar la medida y proceder a su diligenciamiento.

Explica que no se observa relación alguna entre el efecto que pretendía generar con la medida cautelar de prohibición de innovar y la transferencia del bien a la Cooperativa demandada en la acción de reivindicación, porque la inscripción de la compraventa del bien a favor de la allí demandada se perfeccionó en enero del 2007 y el juicio de reivindicación se inició el 26/03/2007.

Señala que todo eso surge del expediente 74/2010: “Equipo Fiscal N° 1 s/Oberholzer Jorge Eduardo s/Dcia. Defraudación 4851 Año 7 s/Exhorto”, en la que lucen copias de los autos: “La Continental Andina S.A. c/ Cooperativa y Consumo de Crédito Solidario s/. Acción Reivindicatoria” Expte. N° 11826/2007.

Por todas esas razones, estima que la pretensión actoral no ha de prosperar.

VII.- A fs. 188 se llama autos para sentencia, providencia que, firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Así las cosas, resulta esencial para el tratamiento de las distintas cuestiones a analizar, intentar superar la poca claridad del escrito de inicio e identificar de manera precisa los diferentes reproches que la parte actora le realiza al Estado Provincial.

Si bien en el objeto de demanda sólo se refiere a “deficiencias en la prestación del servicio de justicia, error judicial y demás hechos y omisiones” incurridas al momento de sustanciarse la instrucción de la causa: “Agencia Fiscal de Delitos contra la Administración Pública s/Investigación”, a lo largo de su presentación, menciona -de manera dispersa- irregularidades que exceden el mentado expediente.

La actora sostiene, entonces, la existencia de “falta de servicio” en el accionar/omisión de: el Juez de Instrucción de la causa penal “Agencia Fiscal de Delitos contra la Administración Pública s/ Investigación” Expte. Nro. 12331/01”, el Registro de la Propiedad Inmueble en las anotaciones correspondientes al inmueble inscripto bajo la matrícula N° 94, del departamento de Chos Malal, el Juez Civil interviniente en la causa: “La Continental Andina S.A. c/Cooperativa de Viviendas de Crédito y Consumo Crédito Solidario Ltda. s/Acción de Reivindicación” Expte. N° 349352/07 y la Fiscalía interviniente en el Expediente 4851/07 “Oberholzer, Jorge Eduardo s/Denuncia de Defraudación”.

Más concretamente, puede decirse que las irregularidades que señala son:-morosidad en el trámite de la causa penal “Agencia Fiscal de Delitos contra la Administración Pública s/Investigación”, en contradicción con el deber legal de materializar la sustanciación del expediente en un plazo razonable.

-falta de fundamentación en las resoluciones que denegaron la devolución de la documentación (oficio de inscripción), en la causa penal mencionada más arriba.

-falta de advertencia de una inscripción provisional vigente del Registro de la Propiedad Inmueble al asentar otra inscripción provisional a favor de la “Cooperativa de Vivienda de Crédito y Consumo Crédito Solidario Ltda.”.

-la no obtención de la medida cautelar de no innovar por parte del Juez Civil en la causa “La Continental Andina S.A. c/Cooperativa

de Vivienda Créditos y Consumo Crédito Solidario Ltda. s/Acción de Reivindicación" Expte N° 349352/07.

-el archivo de las actuaciones de la Fiscalía Penal "Oberholzer s/Denuncia de Defraudación" N° 4851/7 (preventivo obrante en el expediente 61256/12 del Juzgado de Instrucción N° 3, ver fs. 264/267), puesto que considera que la Fiscalía "no actúa tratando de evitar la comisión de un delito" (fs. 15 vta., párr. 8).

En cuanto al encuadre jurídico de los reproches realizados por la actora a los distintos organismos del Estado con los que se vinculó, que se relacionan con supuestas irregularidades en la prestación del servicio de justicia, deberá abordarse desde las pautas generales establecidas para el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita.

La pretensión de la actora no se enmarca en un supuesto error judicial, sino en una "falta de servicio" por actividad judicial.

Como es sabido, la falta de servicio se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública o, como afirma la Corte Suprema, por "una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular" (Fallos: 321:1124, 330:653, entre otros), que puede plasmarse tanto en comportamientos activos -que se traduzcan en la emisión de actos de alcance individual o general, o en operaciones materiales de los agentes estatales-, como también por la omisión o inactividad administrativa.

En particular, sobre la falta de servicio en la actividad jurisdiccional, como recordáramos en el Acuerdo 34/13, 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").

Para la procedencia de la acción, entonces, se debe probar ese funcionamiento irregular o falta de servicio, sin cuya concurrencia no es posible hacer responder patrimonialmente al Estado.

Ingresemos en el análisis de las irregularidades alegadas por la accionante.

VIII.- a) Morosidad en la sustanciación de la causa judicial penal N° 12.331/01 caratulada: "Agencia Fiscal de Delitos contra la Administración Pública s/ Investigación".

Como lo expusiera el Fiscal en su dictamen obrante a fs. 177/187, este Cuerpo -en idéntica integración de Sala y orden de votos-, se expidió respecto a la razonabilidad del plazo insumido en la sustanciación de la causa penal que es traída a estudio nuevamente en esta oportunidad.

En aquel expediente se analizaron las constancias penales desde la perspectiva de la garantía de plazo razonable de la que el imputado Capossio -allí actor- resultaba titular, y si bien la aquí actora no resulta ser un imputado que alegue una afectación de tal garantía –de carácter evidentemente personal-, sí se sostiene una morosidad que –dice- afectó un interés particular de la sociedad.

En definitiva, sin perjuicio de la aclaración precedente, el análisis de la causa traída como prueba será el mismo, toda vez que versará sobre la duración del proceso penal, y por ello las conclusiones plasmadas en aquel Acuerdo N° 34/13 "Capossio", resultan plenamente aplicables al presente.

En la causa penal cuya tramitación se cuestiona, como se sintetizó en el Acuerdo "Capossio", la imputación sostenida era que los seis hechos investigados tenían como finalidad que algunos de los acusados –entre los que se encuentra el representante de la sociedad accionante- se hicieran de la propiedad de inmuebles particulares, sobre los cuales el Fisco se cobraba deudas impositivas a través de su remate judicial. Se añadía que en esos terrenos existían explotaciones petroleras, lo que daba al propietario de los mismos, superficiario, el derecho de cobrar indemnizaciones de parte de las compañías petroleras. Siempre según la imputación, todas esas maniobras involucraban la falsificación de documentos, fingir subastas inexistentes, la utilización de prestanombres. El conjunto de esas incriminaciones merecieron en su momento las calificaciones de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, falsedad ideológica de instrumento público, estafa, fraude en perjuicio de la Administración Pública.

En aquella sentencia, se mencionaron numerosos casos de competencia penal en los que este Tribunal tuvo la oportunidad de expedirse sobre la garantía del plazo razonable, y en los cuales se fue sentando criterio al respecto, en consonancia con los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia. Se extrajo de todo lo anterior que "para que se configure la doctrina de la insubsistencia, debe tratarse de dilaciones groseras; toda vez que, la aplicación de esta doctrina debe ser francamente restrictiva".

Después, se realizó una detallada cronología del desarrollo del expediente penal, con mención de todas las actividades procesales relevantes realizadas por la parte acusadora, los imputados y querellantes intervinientes.

Vale decir, en esta oportunidad, que la mayoría de las presentaciones defensistas obrantes en la causa penal fueron realizadas en ejercicio del derecho de defensa del Sr. Oberholzer que aquí representa a la sociedad accionante. A modo de ejemplo, vemos que a fs. 1434 deduce recurso de apelación contra el auto que ordena el procesamiento y prisión preventiva, a fs. 1446 opta por

informar oralmente y solicita audiencia (04/01/2002), a fs. 1468 se celebra la audiencia peticionada (10/01/2002), a fs. 1653 solicita ampliación de la declaración indagatoria (21/06/2002), a fs. 1664 se fija audiencia al efecto (05/07/2002), a fs. 1697 solicita la postergación de la audiencia (07/08/2002), a fs. 1707 se lleva a cabo la audiencia requerida y postergada (23/08/2002), a fs. 1827 presenta prueba (21/10/2002), a fs. 1896 presenta prueba (20/12/2002), a fs. 1911 presenta prueba (12/03/2003), a fs. 1925 presenta documentación (22/04/2003), a fs. 2059 presenta prueba (24/06/2003), a fs. 2208 informa sobre prueba (04/07/2003), a fs. 2222 solicita prórroga por art. 314 CPPC (04/08/03), a fs. 2367 apela la resolución que admite una parte querellante (14/06/2004), a fs. 2377 amplia los fundamentos de la apelación (02/07/2004), a fs. 2496 presenta prueba (27/04/2005), a fs. 2585 presenta prueba (16/05/2005), a fs. 2601 adjunta prueba documental (17/05/2005).

Continuando con el Acuerdo citado, se remarcó que la duración total del proceso fue de 4 años, 7 meses y 16 días; hubo 11 imputados, 3 de los cuales estuvieron un tiempo bajo prisión preventiva; se investigaron 6 hechos complejos; se practicaron 5 allanamientos; el expediente consta de 2898 fojas distribuidas en 15 cuerpos de actuaciones, y se reunió voluminosa documentación, conformada por la que fuera secuestrada y la incorporada por las partes, acusadores y defensas.

Además, se insistió en que el examen de razonabilidad del plazo de duración del proceso no puede realizarse en abstracto, sino que debe atender a las particularidades del caso. Por eso, se dijo que no es válido extraer conclusiones sobre la cuestión, fincándose únicamente sobre la verificación del cumplimiento de los plazos que el Código Procesal pueda establecer para la terminación de las diferentes etapas, que tienen un carácter solamente ordenatorio. Máxime cuando se está en presencia de un caso con una complejidad que supera la de las investigaciones ordinarias que orientan la estipulación de esos plazos que, se reitera, son meramente ordenatorios y su incumplimiento no acarrea la nulidad de lo actuado con posterioridad.

Bajo esos lineamientos, analizada la cronología de la actividad en la causa, llegamos a la conclusión de que el tiempo que llevó el trámite del proceso penal no resultó groseramente excesivo.

De esta manera, aplicando las mismas conclusiones, no se advierte la existencia de una irregularidad que configure una falta de servicio en la actividad jurisdiccional, por morosidad en el trámite de la causa “Agencia Fiscal de Delitos contra la Administración Pública s/ Investigación”.

VIII.- b) Falta de fundamentación en las resoluciones que denegaron la devolución de la documentación (oficio de inscripción), en la causa penal mencionada más arriba.

Para ubicarnos temporalmente, debemos advertir que, sin perjuicio de que la actora no ofrece como prueba en estas actuaciones el expediente en el que fuera librado el oficio cuya devolución exigía, vemos que según las copias que acompañó el representante de la accionante, en la denuncia de defraudación realizada (Expediente 61256/12, preventivo 4851, fs.90), el instrumento fue librado el 14/04/00. El allanamiento en el que fuera secuestrado, se llevó a cabo el 29/11/2001.

Luego, las peticiones del representante, respecto a la devolución de la documentación, se realizaron en el año 2003, 2004 y 2005. Las mismas se encuentran agregadas a fs. 2209 (04/07/03), 2440 (19/11/04), 2449 (03/12/04) y a fs. 2467 (03/03/05) de la causa penal.

En las primeras dos presentaciones realizadas, el Sr. Oberholzer sostiene que el oficio detallado es innecesario a los fines del proceso, por considerar que no está vinculado con ningún hecho, y cita el art. 213 CPPyC. Menciona que, de denegarse su petición, se le generaría un perjuicio económico, al no poder ejercer el derecho a propiedad (fs. 2209) y no poder realizar ningún trámite sobre el inmueble (fs. 2440).

Ambas solicitudes fueron rechazadas en virtud del estado procesal de las actuaciones (fs. 2211, 2443) y no se interpuso recurso alguno contra dichas providencias.

A más, a fs. 2449 en fecha 03/12/04, el representante de la actora, solicita que “atento a lo resuelto respecto de la solicitud efectuada el día 19/11/04 en relación a la documentación secuestrada” –denegación de devolución-, se le entreguen fotocopias certificadas del oficio requerido. Ello fue proveído favorablemente a fs. 2451 (28/12/04).

Finalmente a fs. 2467, reitera su petición de devolución de la documentación, y expone que el pedido obedece a la necesidad de realizar la inscripción del inmueble puesto que poseía una oferta de compra de una empresa extranjera.

Como se observa en las peticiones que nombra, si bien genéricamente refiere a un posible perjuicio, no fundamenta de manera precisa y acabada en qué consistiría aquel, ni explicita las consecuencias dañosas que, según su entender, podía provocar la falta de devolución de la documentación mencionada.

Menos aún aporta documental que acredite la oferta de compra que mencionó en alguna oportunidad.

Por el contrario, sí se advierte fundada la decisión del Juez, quien hace hincapié en el estado procesal del trámite –plena etapa investigativa- para rechazar la solicitud.

Al respecto, el art. 213 CPPyC anterior, dispone que es el Juez quien deberá evaluar la necesidad de contar con los elementos

retenidos para la prosecución de la causa y recordemos que, como se describió en el apartado anterior, la imputación en la causa penal consistía en que un grupo de personas, entre las cuales se encontraba el representante de la actora, mediante maniobras delictivas, adquiría inmuebles que eran subastados en trámites de apremio, para luego inscribirlos a su nombre y cobrar servidumbres petroleras.

En ese contexto, no se advierte de manera alguna la irrazonabilidad de que el Juez de la causa se negare a la devolución de un oficio de inscripción de un inmueble adquirido en una subasta en un juicio de apremio, en el momento procesal de prueba en el que se encontraba el expediente. Por lo tanto, no se observa una transgresión a la normativa vigente por el magistrado, ni una falta de fundamentación en su decisión, lo que fue explicitado con claridad en las providencias dictadas, que expresamente refirieron al momento procesal de la causa.

En este punto, no puede dejar de remarcarse que el interesado no recurrió ninguna de las providencias que denegaron la devolución de la documentación lo que, junto con el tiempo transcurrido entre el libramiento del oficio de inscripción sin diligenciar –lo que de por sí hubiera obligado a un nuevo oficio actualizado-, el allanamiento y las peticiones de devolución, permiten concluir que, lejos de advertirse una irregularidad en el actuar estatal, fue la negligencia del propio interesado lo que provocó el devenir de la situación del inmueble por el que se reclama.

VIII.- c, d y e). Por último, el tratamiento de los restantes reproches realizados, que fueron planteados por la accionante al final de la demanda de manera entremezclada (fs. 15 y vta.), será abordado conjuntamente.

Ello se debe a que en los escasos párrafos que la actora le dedica al actuar del Registro de la Propiedad Inmueble, del Juez Civil y de la Fiscalía General, no puede vislumbrarse de manera precisa qué actuar irregular se le imputa a los organismos.

Al respecto, la CSJN, ha dicho que “la pretensión de ser indemnizado sobre la base de esa supuesta actuación ilegítima requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible cuál habría sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste el efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad” (Fallos: 317:1233 y 319:2824).

Respecto al obrar de la Fiscalía General en “Oberholzer s/Denuncia de Defraudación” N° 4851/7 (preventivo obrante en el expediente 61256/12 del Juzgado de Instrucción N° 3, ver fs. 264/267), la parte actora no individualiza de manera alguna en qué consistió la irregularidad de las actuaciones, y solamente se limita a manifestar su disconformidad con el Archivo del expediente.

Sobre la actividad estatal vinculada el Registro de la Propiedad Inmueble y el Juez Civil, debe agregarse que además de la falta de descripción concreta sobre la irregularidad que se pretende achacar, si se realizara un esfuerzo interpretativo considerable y se pretendiera analizar los imputaciones vagas que la actora le realiza al RPI y al Juez Civil, veríamos que los hechos referidos en la demanda no se encuentran suficientemente acreditados.

A fs. 163, la actora desiste del oficio al RPI que se necesita para evaluar todas las constancias de la matrícula en cuestión y, a fs. 144, desiste de traer aquí el Expediente “La Continental Andina S.A. c/ Cooperativa de Vivienda Créditos y Consumo Crédito Solidario Ltda. s/Acción de Reivindicación” Expte N° 349352/07. Sin estas constancias, resultaría imposible un análisis acabado del obrar del RPI o del Juez Civil lo que, indudablemente, resulta un escollo insalvable para el tratamiento de la cuestión.

En virtud de todo lo expuesto, al no haberse acreditado un funcionamiento irregular de la actividad estatal, se impone el rechazo de la demanda.

IX.- 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 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 Fiscal General Subrogante, por unanimidad SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por LA CONTINENTAL ANDINA S.A. 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 irman 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

**"CENCOSUD S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3958/2012) – Acuerdo: 41/17 – Fecha: 17/04/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Procedimiento administrativo.

JUZGADO DE FALTAS. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CONTRAVENCIONAL. RESIDUOS SOLIDOS Y EFLUENTES. CANAL. EVACUACION INDEBIDA DE EFLUENTES CLOACALES. ACTA DE INSPECCION. TOMA DE MUESTRAS. ANALISIS MICROBIOLOGICO. MULTA. EJECUTIVO MUNICIPAL. CONFIRMACION DE LA MULTA. DERECHO DE DEFENSA. GRADUACION DE LA MULTA. REINCIDENCIA.

1.- La demanda interpuesta contra la Municipalidad de Neuquén en donde se pretendió nulificar el Decreto dictado por su Departamento Ejecutivo en oportunidad de confirmar la Multa que le impusiera al actor el Juzgado de Faltas Nro. 2 a raíz del resultado del análisis microbiológico de la muestra tomada en un canal –Canal Saavedra- y que constató que la empresa aquí accionante liberó allí efluentes cloacales muy por encima del valor permisible de vuelco debe ser rechazada, pues la accionante al momento de formular su descargo no alegó ni acreditó que el análisis efectuado por la bioquímica del municipio no reflejara la composición de la muestra, que sus datos fueran errados, que la muestra no fuera tomada en el lugar de la constatación o, que se hubiera alterado de su contenido, etc. Se limitó a cuestionar la omisión de respeto a determinadas reglas del procedimiento que se encuentran prescriptas para la etapa probatoria que se desarrolla una vez imputada la comisión de una falta.

2.- (…) no se advierte vulneración del derecho de defensa, en tanto del repaso efectuado, surge que CENCOSUD S.A. tuvo oportuno conocimiento del acta de infracción que generó el procedimiento de faltas, como así también, acceso al expediente, con lo cual, tuvo ocasión suficiente para ejercer su derecho de descargo y ofrecer pruebas, pudiendo presentar recurso contra el acto sancionatorio, que fue tratado y decidido por el Poder Ejecutivo Municipal.

3.- En cuanto a la sanción impuesta, la misma surge de la aplicación del artículo 74 de la Ordenanza 12.028, que establece una escala -multa de 1000 a 10.000 (MIL a DIEZ MIL) módulos- entre las cuales se sitúa la impuesta. La gradación de la multa obedece a la constatación de que el imputado era reincidente (Arts. 18 y 19 del Código de Faltas); así como de la ponderación de “las circunstancias del caso, la naturaleza y gravedad de la falta y las condiciones del infractor” (consid. V y VI), lo que permite descartar la existencia de arbitrariedad o desproporción en la sanción.

**Texto completo:**

ACUERDO N°_41. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los diecisiete días del mes de abril de año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CENCOSUD S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3958/2012, 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 fojas 10/16, la empresa CENCOSUD S.A., por apoderado, interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén, a efectos de impugnar el Decreto 790 dictado por el Departamento Ejecutivo Municipal, de fecha 07 de agosto de 2012, en la medida que confirma la multa impuesta en la sentencia de fecha 23 de marzo de 2012, del Juzgado Municipal de Faltas Nro. 2 dictada en el expediente TMF Nro. 4008 Año 2012, por encontrarlo incurso en la falta prevista en el artículo 74 del Régimen de Penalidades para las Faltas, Ordenanza Nro. 12.028/10.

Indica que conforme surge del expediente administrativo citado, el Juzgado Nro. 2 de Faltas le imputó a su parte una falta consistente en el "vuelco de efluentes cloacales excediendo el límite; conforme surge del acta de infracción 54 de fecha 15/03/2012 y el acta 1844 de fecha 20/03/2012".

Señala que el acta de infracción Nro. 54 de fecha 15/03/2012 establece que "la empresa de referencia ha efectuado el vuelco de sus efluentes cloacales excediendo el valor límite de vuelco".

A su vez, dice que el acta de inspección Nro. 1844 afirma que "Por medio de la presente, se deja constancia que la inspección realizada en el día de la fecha, verificando que la firma, al momento de la inspección, no descarga efluentes cloacales en el desagüe Saavedra…".

Indica que, con fecha 30/03/2012 la empresa CENCOSUD S.A. formuló el descargo correspondiente y ofreció prueba en defensa de sus derechos.

Puntualiza que en el descargo señaló la contradicción existente en las dos actas mencionadas (Nro. 54 –que comprueba el vertido de efluentes- y Nro. 1844- que asegura que la empresa no descarga efluentes en el canal); explica que a raíz de los hechos que se investigan procedió a dejar de liberar efluentes en el canal Saavedra; que contrató camiones atmosféricos para transportar a lugares expresamente autorizados los efluentes que generaba el Portal Patagonia Shopping lo que le insumió un alto costo a su cargo.

Asimismo, relata que impugnó el informe pericial realizado (protocolo de Análisis Nro. 38088), dado que al momento de su elaboración no se respetaron las disposiciones de la Ordenanza Nro. 12.027 (Código de Procedimiento Contravencional). Concretamente, alega que no se le dio oportunidad de intervenir en la pericia ni tampoco de realizar un debido control a través de un consultor técnico.

Denuncia que tampoco se aplicó el artículo 88 del Código de Procedimiento, en tanto requiere una previa autorización del órgano Ejecutivo Municipal respecto de la prueba pericial producida, que no se encuentra otorgada. Asimismo, alega que la perito bioquímica firmante no pertenece al listado de peritos del Poder Judicial, tal como lo requiere el artículo 90 de la citada Ordenanza.

En base a ello, estimó que el informe elaborado por la perito bioquímica que da cuenta de un examen microbiológico carece de total validez.

Continúa su relato informando que, el Tribunal, lejos de rebatir los argumentos presentados en su descargo, se limitó a señalar que "el imputado en su presentación no desvirtúa las imputaciones efectuadas, es más, reconoce que a partir del labrado del acta, comenzó a utilizar camiones atmosféricos, quedando debidamente acreditada la autoría y materialidad de las faltas, siendo responsable de la comisión a la conducta tipificada en el art. 74 del Régimen de penalidades para las Faltas, Ordenanza 12.028/10".

Afirma que, arbitrariamente, el Juez de Faltas decidió no abrir la causa a prueba y dictó sentencia, condenando a la empresa al pago de una multa de $100.000 con más la suma de $5.000 en concepto de costas.

Refiere que, frente a ello, su parte interpuso recurso de apelación, alegando violación de las reglas del debido proceso y del derecho de defensa, el que fue rechazado por el Intendente Municipal mediante Decreto 790/2012.

Cuestiona los considerandos del Decreto impugnado en similares términos que los relatados respecto de la sentencia del Tribunal de Faltas.

Finalmente peticiona como pretensión subsidiaria se reduzca la multa aplicada junto con las costas, en la inteligencia que la misma es irrazonable dado su monto excesivo –dice que se le aplicó la máxima pena-, la falta de intencionalidad en los hechos que motivaran la infracción y la ausencia de beneficio económico de su parte.

Asimismo, solicita se deje sin efecto la imposición de costas en sede administrativa. Funda tal pretensión en que las costas tienen como finalidad lograr el resarcimiento de los gastos que tuvo que afrontar el litigante vencedor para lograr el reconocimiento de su derecho, pero en sede administrativa no existe contraparte, lo que a su juicio, torna inconstitucional la condena en costas.

Ofrece prueba, plantea caso federal y formula petitorio.

II.- A fs. 29, mediante RI 244/13 se declara la admisión de la acción.

III.- Ejercida la opción procesal de la parte actora por el procedimiento ordinario, se corrió traslado a la Municipalidad de Neuquén y se notificó al Fiscal de Estado de la Provincia.

Este último contesta la demanda, a fojas 55/57, solicitando su rechazo, con costas.

Formula negativa de rito y señala que los argumentos brindados en la demanda son insuficientes si se los contrasta con las claras fundamentaciones de la sentencia y las constancias del expediente administrativo, lo que sólo trasunta una mera expresión de disconformidad con lo resuelto en sede administrativa.

Se opone al pedido de declaración de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Procedimental en virtud del cual se le impusieron las costas a la actora, en el entendimiento de que no se encuentra adecuadamente fundada ni probada, atendiendo a la presunción de legitimidad de que gozan las leyes, existiendo, a su juicio, formas de compatibilizar la manda legal con la Constitución.

Sostiene que si la actora consideraba cercenado en sede administrativa su derecho de defensa, no debió limitarse a manifestar su disconformidad con lo allí actuado, sino que debió haber efectuado las presentaciones y pruebas ante este Tribunal.

Señala la falta de prueba que respalde la procedencia de la demanda.

IV.- Por su parte, la Municipalidad de Neuquén responde la demanda a fojas 59/69, propiciando su rechazo, con expresa imposición de costas.

Repasa los antecedentes administrativos.

Señala que el procedimiento administrativo se realizó de conformidad con la Ordenanza Nro. 12.027/2010 que aprobó el Código de Procedimiento Contravencional que como anexo I forma parte de la misma.

Afirma que ambas inspecciones se realizaron en el marco de los artículos 32, 33, 34, 37, 39 y 52 de la Ordenanza citada, dando lugar a la imputación de la falta que se encuadró en el artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Expone que la accionante tuvo participación activa en el procedimiento, por lo cual resulta errónea la afirmación de que se hubiera vulnerado el derecho de defensa.

A continuación, refuta en particular los agravios expresados en la demanda.

a) Afirma que cuando la actora señala una “autocontradicción en la imputación que se realiza” no contempla que el Acta de infracción Serie E Nro. 00000054 es de fecha 15 de marzo de 2012 y el acta de Notificación e inspección Serie I Nro. 0001844 es de fecha 20 de Marzo de 2012, siendo ambas ponderadas en la sentencia del Juez del Faltas.

b) Asimismo, explica que el procedimiento de toma de muestra y análisis forma parte de un estadio procesal anterior a la imputación concreta, formando parte de las medidas con las que cuentan los funcionarios públicos de conformidad con el artículo 33 de la Ordenanza 12.027 para constatar una infracción.

Por ello, estima que resulta contradictorio de parte de la actora plantear la no aplicación de los artículos 88, 89 y 90 del Código de Procedimiento de Faltas, cuando en realidad dichas normas se aplican una vez abierta la causa a prueba, lo que en este caso no tuvo lugar. Considera que la actora debió, en todo caso, haber presentado un estudio técnico distinto que enervara las constancias obrantes en la causa -entre ellos el Protocolo de Análisis Nro. 38088, y desde allí, el Juez pudiera entender que correspondía la apertura a prueba.

Aduce que, sin perjuicio de ello, el Protocolo de Análisis fue realizado por un profesional especializado y calificado en la materia, la Bioquímica Analía Tosi, Mat. Prov. Nro. 279, en el Laboratorio de Análisis Bromatológico de la Municipalidad de Neuquén, y por esto, reviste la calidad de “plena” prueba de responsabilidad, mientras no sea desvirtuado por un análisis en contrario.

c) Con respecto al reconocimiento de los hechos que motivan la falta, afirma que la actora expresamente indicó “como consecuencia de los hechos que se investigan en estas actuaciones, CENCOSUD procedió a dejar de liberar efluentes al canal Saavedra…”. Asegura que, a su juicio, ello constituye un reconocimiento de la liberación de efluentes al Canal Saavedra, en contravención a lo fijado en el artículo 74 de la Ordenanza Nro. 12.027, conforme el considerando IV) de la Sentencia del Juez de Faltas.

Concluye que la actora, no alegó hechos conducentes que pudieran enervar las constataciones afirmadas en la causa, al contrario, reconoció que había cometido la infracción. Por ello, prosigue, el Juez de Faltas no ordenó la apertura a prueba, respaldándose en el debido proceso legal.

Refiere a los sólidos fundamentos de la sentencia, la que califica de razonada y conforme con las normas legales aplicables, por lo que desestima los vicios alegados por la actora. Defiende la validez del Decreto 0790/12 que confirma el decisorio.

d) Con respecto a la graduación de la multa, estima que su revisión excede las facultades de este Tribunal, en tanto constituye una sanción impuesta en el ámbito del poder disciplinario de la Administración Pública provincial, siendo una atribución privativa de la Administración establecer la naturaleza y entidad de la falta así como la calificación de la sanción. Cita jurisprudencia de este Cuerpo que estima aplicable.

Sin perjuicio de ello, alega que la sanción impuesta es legítima y razonable.

Afirma que el juez, para graduar el monto de la multa, consideró expresamente en su sentencia dos circunstancias: 1) la gravedad de la falta, puesto que se certificó que el vertido de efluentes excedía el valor permisible en un "alarmante 4.600%", y 2) que el infractor era reincidente en los términos del artículo 18 de la Ordenanza 12.028/10.

Expresa que el monto de la multa se gradúa dentro de la escala expresamente habilitada por la normativa –art. 74- y que el Juez de Faltas sólo impuso como sanción una multa, pudiendo también disponer la inhabilitación o clausura.

Respecto al planteo de inconstitucionalidad de la imposición de costas, afirma que las mismas están constituidas por los gastos que debe realizar el Estado para que el proceso pueda ser convenientemente utilizado por los justiciables.

Apunta que, en el caso, las costas procesales son las que permiten el funcionamiento de la jurisdicción administrativa de faltas a nivel municipal.

Hace reserva de plantear caso federal, se opone a la apertura a prueba, en forma subsidiaria ofrece la propia y formula petitorio.

A fs. 72 obra réplica de la actora relativa a sendas contestaciones de demanda.

Rechaza las argumentaciones brindadas en las mismas y reitera lo expresado de su demanda.

V.- A fs. 74 se decide otorgar a la causa trámite directo y en función de ello, se colocan las actuaciones para alegar, facultad que ejerce la Municipalidad de Neuquén (fs. 90/97), la actora (fs. 99/107 y el Fiscal de Estado (fs. 108/109).

VI.- Corrida que fue la vista correspondiente al Fiscal General, opina, a fojas 111/117, que la demanda debe ser rechazada.

VII.- A foja 118 se dispone el llamado de autos, el que se encuentra a la fecha firme y consentido y coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Ahora bien, de las alegaciones de la actora en su demanda se deduce que todos los agravios que la parte señala se encuentran relacionados con la garantía de la tutela administrativa efectiva.

VIII.1.- En primer lugar, la actora refiere situaciones que dice, vulneraron su derecho a una adecuada defensa en juicio.

En esa inteligencia cuestiona la producción del "examen microbiológico" llevado a cabo por la Bioquímica MSc. Analía Tosi, porque estima debió dársele participación en su producción. Asimismo, denuncia irregularidades en la realización de la pericia por falta de cumplimiento de los artículos 88 y 90 de la Ordenanza 12.027. Y finalmente, cuestiona la decisión del Juez de Faltas de no abrir a prueba la causa.

A fin de analizar tales agravios, cabe realizar un repaso de las constancias del expediente administrativo N° 4808/12 del Juzgado Nro. 2 de Faltas.

De allí surge que, con fecha 15 de marzo de 2012, el Jefe de la División Monitoreo y Vigilancia Ambiental, se constituyó en el domicilio del Portal de la Patagonia, con sede en JJ Lastra 2400, de propiedad de la firma CENCOSUD S.A. y ante la presencia del Sr. Ricardo Pino –Jefe de Mantenimiento- procedió a confeccionar un acta de infracción Serie E Nro. 00000054, mediante la cual se constató que "la empresa de referencia ha efectuado el vuelco de sus efluentes cloacales excediendo el valor límite de vuelto (código de Aguas ley 899, 5000 NMP/100ml de coliformes totales), según consta en el Protocolo de análisis bacteriológico Nro. 38088 emitido por el laboratorio de Análisis Bromatológicos, perteneciente a la Municipalidad de Neuquén. En la muestra realizada el día 05/03/2012, se constata que un valor de 230.000 NMP/100 ml de coliformes totales. El vuelco del efluente se realiza al desagüe Saavedra. Licencia comercial Nro. 33934. CUIT nº 30-59036076-3" (cfr. fs. 02 del expte. 4808/12).

A continuación obra el protocolo de análisis Nro. 38088, efectuado sobre una muestra "tomada y presentada por personal de la Dirección Municipal de Protección Ambiental", que fue presentada con fecha 05/03/12, donde constan los resultados del examen microbiológico suscripto por la Bioquímica Analía Tosi.

Luego consta a fs. 7 el acta de Inspección Serie I Nro. 1844 del 20 de marzo de 2012, donde el mismo funcionario, se constituye en el domicilio del Portal de la Patagonia y constata que "… de la inspección realizada en el día de la fecha, verificando que la firma, al momento de la inspección, no descarga efluentes cloacales en el desagüe Saavedra. La presente se enmarca en el Acta de Infracción Nro. 54 Expte. 4808/12 J-2 Tribunal Municipal de Faltas".

Posteriormente, con fecha 23 de marzo de 2012, obra resolución interlocutoria del Juez, donde resuelve imputar a CENCOSUD S.A. la infracción al art. 74 de la Ordenanza 12.028/10, emplazándolo a que formule su descargo por el plazo de 10 días a partir de

su notificación, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Artículo 59 y 60 de la Ordenanza 12.027/10.

A fs. 12 obra cédula de notificación a la firma CENCOSUD S.A.; a fs. 13 se presenta el apoderado de la firma e informa la cantidad de metros cúbicos de líquidos cloacales a tratar, a fs. 21 obra resolución de fecha 11 de abril de 2012, que intima al imputado a que en el plazo de 48 horas presente un plan de contingencia referente al tratamiento de 220 m3 de líquidos cloacales que produce el Complejo Portal de la Patagonia por día, aprobado por la Dirección Municipal de Protección Ambiental; resolución que es notificada a fs. 24; a fs. 22 el imputado formula descargo, ofrece prueba y formula petitorio; a fs. 27 obra sentencia con fecha 13 de abril de 2012, condenando a CENCOSUD S.A. al pago de una multa consistente en 10.000 módulos y reiterando las intimaciones para presentar el plan de contingencia y el de remediación definitiva de la planta de tratamiento de líquidos cloacales del complejo del que es propietaria; a fs. 28/32 el accionante presenta un plan de contingencia el que se tiene presente y es remitido a la División control Ambiental de Actividades de la Municipalidad; a fs. 36/40 el actor interpone recurso de apelación en los términos del art. 123 de la Ordenanza 12.027 contra la sentencia del fecha 13 de abril de 2012, el que es concedido mediante resolución de fecha 25/04/2012; a fs. 45/46 obra dictamen técnico legal Nro. 33112 y a fs. 47 consta el Decreto Nro. 790/12, que rechaza el recurso interpuesto y confirma la sentencia del Tribunal Municipal de Faltas; a fs. 50 obra cédula de notificación; a fs. 57 a pedido del actor, se le concede un plazo de 15 días para el pago de la multa impuesta, la que es abonada bajo protesto en fecha 17/09/2012 (fs 60/61).

Del relato de las constancias administrativas efectuado surge con claridad que el examen microbiológico constituye el presupuesto ineludible para la imputación de la falta a la empresa actora –consistente en la presunta infracción al Artículo 74 de la Ordenanza 12.028/10-, desde que la misma se configura por “verter efluentes a cursos de agua que importe superar el límite de coliformes totales de 5000 NMP/100 ml”. De esta manera, es imprescindible que una vez constatado el vertido de efluentes, se proceda a tomar una muestra de los líquidos descargados para establecer si supera el límite permitido por milímetro de agua, lo que sólo puede lograrse mediante un examen microbiológico como el que tuvo lugar.

Ahora bien, el actor cuestiona dicho análisis porque: a) no se le dio posibilidad de participar en su producción a través de un consultor técnico, b) no se requirió la autorización previa del órgano Ejecutivo Municipal, y c) no surge del expediente que la bioquímica que lo suscribiera estuviera inscripta en las listas del Poder Judicial de la Provincia (arts. 88, 89 y 90 de la Ordenanza Nro. 12.027).

Sin embargo, de los términos de la Ordenanza 12.027 surge que tales previsiones se encuentran establecidas para la etapa de producción de prueba (art. 70 y sgtes. de la Ord. 12.027), una vez formulado el descargo del presunto infractor (art. 53 de igual cuerpo legal) y ordenada la apertura a prueba en virtud de la alegación “de hechos conducentes que el Juez entienda que pudieren enervar las constataciones efectuadas en la causa”.

Nada de ello ha sucedido en autos. En efecto, el análisis microbacteriológico integró el procedimiento de verificación previo a la imputación de la falta, donde debe constatarse la existencia de los hechos que constituyen la infracción prevista en el art. 74 de la Ordenanza 12.028. Es decir, dicho análisis forma parte de las diligencias preliminares reguladas por los artículos 32 a 40 del Código de Procedimiento.

Pero, más allá de la inaplicabilidad de los artículos 88, 89 y 90 de la Ordenanza Nro. 12.027 a la etapa de constatación, lo cierto es que la accionante al momento de formular su descargo no alegó ni acreditó que el análisis efectuado por la bioquímica del municipio no reflejara la composición de la muestra, que sus datos fueran errados, que la muestra no fuera tomada en el lugar de la constatación o, que se hubiera alterado de su contenido, etc. Se limitó a cuestionar la omisión de respeto a determinadas reglas del procedimiento que se encuentran prescriptas para la etapa probatoria que se desarrolla una vez imputada la comisión de una falta.

Por iguales fundamentos se encuentra justificada la falta de apertura a prueba de la causa. Dicha etapa es necesaria cuando se hubieren alegado hechos conducentes que el Juez entienda que pudieren enervar las constataciones efectuadas en la causa (art. 70 del Código de Procedimiento). Mas, la parte no cuestionó los resultados arrojados por el análisis ni desconoció los hechos constatados sino que se limitó a señalar la supuesta contradicción entre dos actas labradas en diferentes fechas, lo que motivó que el Juez de Faltas estimara innecesaria la etapa probatoria por no haberse alegado hechos que controvirtieran lo verificado.

Por lo demás, no se advierte vulneración del derecho de defensa, en tanto del repaso efectuado, surge que CENCOSUD SA tuvo oportuno conocimiento del acta de infracción que generó el procedimiento de faltas, como así también, acceso al expediente, con lo cual, tuvo ocasión suficiente para ejercer su derecho de descargo y ofrecer pruebas, pudiendo presentar recurso contra el acto sancionatorio, que fue tratado y decidido por el Poder Ejecutivo Municipal.

VIII.2.- Por otra parte, la actora alega defectos en la fundamentación de la sentencia. Al respecto señala que existe: a) discordancia con las cuestiones de hecho acreditadas, b) contradicción lógica entre sus términos, c) desproporción de la sanción impuesta y, finalmente, también cuestiona la imposición de costas a su parte en tanto considera que la misma es inconstitucional.

a) Respecto a la primera cuestión, afirma que el sentenciante asume que su parte ha reconocido la falta cuando en rigor, sucedió lo contrario, es decir, fue expresamente negada.

Al respecto, el considerando IV) de la sentencia afirma "Que el imputado en su presentación no desvirtúa las imputaciones efectuadas, es más, reconoce que a partir del labrado del acta, comenzó a utilizar camiones atmosféricos, quedando así debidamente acreditada la autoría y materialidad de las faltas, siendo responsable de la comisión a la conducta tipificada en el artículo 74 del Régimen de penalidades para las faltas, Ordenanza Nº12.028/2010." De la lectura de sus términos no se advierte las conclusiones a las que arriba la actora, sino que el Juez de Faltas simplemente se limita a señalar la actitud que tomó la actora luego de labrada el acta que constató la falta.

Por lo demás, los hechos reseñados en la sentencia, surgen del descargo de fs. 22/23, bajo el título "3.- La conducta asumida por CENCOSUD." Allí la actora indicó "3.1 Es importante destacar que como consecuencia de los hechos que se investigan en estas actuaciones, CENCOSUD procedió a dejar de liberar efluentes al canal Saavedra… comenzó a utilizar camiones atmosféricos para transportar, a los lugares expresamente autorizados a tal fin, los efluentes que se generan en
el Portal Patagonia Shopping…"

b) Por su parte, la actora se agravia porque afirma que la condena se funda en la infracción que fuera constatada mediante el Acta 54, sin considerar que el Acta 1844 señala que no se verificó vertido de efluentes en el desagüe Saavedra.

Sin embargo, no se advierte la alegada contradicción en los fundamentos del decisorio, toda vez que, las actas de constatación fueron efectuadas en fechas diversas. Así la primer acta de infracción se confeccionó el 15 de Marzo de 2012 (Nº54). Allí se constató el vertido de efluentes en un límite que superaba lo permitido. La segunda acta Nro. 1844, fue realizada 5 (cinco) días más tarde –el 20.03.12- cuando la misma actora reconoció que había procedido a "dejar de liberar efluentes al canal Saavedra"; sin embargo, la falta contravencional ya había sido constatada y en función de ello se aplicó la multa.

c) En cuanto a la sanción impuesta, la misma surge de la aplicación del artículo 74 de la Ordenanza 12.028, que establece una escala -multa de 1000 a 10.000 (MIL a DIEZ MIL) módulos- entre las cuales se sitúa la impuesta.

La gradación de la multa obedece a la constatación de que el imputado era reincidente (Arts. 18 y 19 del Código de Faltas); así como de la ponderación de "las circunstancias del caso, la naturaleza y gravedad de la falta y las condiciones del infractor" (consid. V y VI), lo que permite descartar la existencia de arbitrariedad o desproporción en la sanción.

Mas aún, conforme lo dispone el artículo 74 de la Ordenanza 12.028, el Juez se hallaba habilitado a disponer conjuntamente con la multa, la "inhabilitación y/o clausura", sanciones que no fueron establecidas en virtud de la ponderación efectuada por el Juez Municipal.

VIII.3.- Por último, tampoco cabe hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 de la Ordenanza 12.027 en tanto prescribe la posibilidad de imponer las costas y costos que pudieren corresponder en las actuaciones e instancias recursivas.

Sabido es que la pretensión de obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma reclama, respecto de quien la impulsa, la necesidad de demostrar la manera en que ella vulnera la Constitución, debiendo señalarse el gravamen o perjuicio que de la aplicación de dicha norma se deriva.

Lo expuesto no es sino derivación del principio en virtud del cual los actos estatales gozan de la presunción de validez. En este sentido, se ha dicho que se trata de una presunción "juris tantum", que cede ante una prueba clara y precisa de la incompatibilidad de aquella y la Constitución (Linares Quintana "Reglas para la interpretación constitucional", p. 136).

Esto así porque toda declaración de inconstitucionalidad, se perfila como un acto de suma gravedad institucional, motivo por el cual, debe ser considerado como la "última ratio" del ordenamiento jurídico. Un extremo, al que sólo puede llegarse cuando el esfuerzo interpretativo no logre coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la Constitución con su articulado.

En autos, ese esfuerzo argumental luce ausente. La actora se limita a fundamentar su petición en base a un lacónico argumento: si la imposición de costas tiene por objeto resarcir a la contraria los gastos que tuvo que realizar para lograr el reconocimiento de su derecho, la ausencia de contraparte impediría la condena en costas al infractor.

Sin embargo, la ausencia del contradictorio no conlleva, necesariamente, la inexistencia de gastos en su tramitación, los que una vez devengados deben ser solventados por el condenado (art. 69 de la Ordenanza 12.027). Por lo demás, su monto no se aprecia como exorbitante al extremo de producir un menoscabo patrimonial que afecte la garantía de propiedad (art. 17 de la C.N. y 24 de la C.P.)

En virtud de lo expuesto, del cotejo de hechos y normas reseñados precedentemente, no se advierte como incorrecto el procedimiento llevado a cabo por el Tribunal Municipal que derivó en el acto sancionatorio, ni como excesivas la multa de 10.000 módulos impuesta por la infracción al artículo 74 de la Ordenanza 12.028 o las costas, tasadas en 500 módulos.

IX.- En síntesis, corresponde rechazar la pretensión de nulificar el Decreto N° 790/12, que confirmara la sanción de multa impuesta

a la firma CENCOSUD S.A., por parte del Tribunal Municipal de Faltas.

En cuanto a las costas, no se aprecia la existencia de motivos para dejar de lado la regla, que es su imposición a la parte vencida (artículo 68 del CPCyC).

TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: Adhiero en un todo a los fundamentos expuestos por el Dr. Massei en su voto. Por estas consideraciones, emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda interpuesta por CENCOSUD S.A. contra la Municipalidad de Neuquén; 2°) Imponer las costas a la parte actora (artículo 68 del CPCyC de aplicación supletoria); 3°) Regular los honorarios al Dr. ..., por su actuación en el doble carácter por la parte actora, en la suma de $14.400.-; a la Dra. ..., en el doble carácter por el Municipio, en la suma de $10.780.-; a las Dras. ... y ..., patrocinantes de la misma parte, en la suma de $4.900.-, a cada una; al Dr. ..., Fiscal de Estado, en la suma de $5.880.- y a su patrocinante, Dr. ..., en la suma de $14.700.- (cfr. arts. 6, 7, 10, 38 y cctes. 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

**"SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE SAN MARTIN DE LOS ANDES C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4934/2014) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 15/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Acción de inconstitucionalidad.

ASOCIACIONES SINDICALES. REPRESENTACION SINDICAL. PERSONERIA GREMIAL. DERECHOS SINDICALES. CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO. CONSTITUCIONALIDAD.

1.- Corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad intentado por el Sindicato de Trabajadores Municipales de San Martín de los Andes contra el art. 2 inc. b) de la Ley 1974 en en tanto dispone que “Negociarán y firmarán los Convenios de Trabajo… b) por los trabajadores, los representantes que designen las organizaciones sindicales con personería gremial y ámbito de representación en el territorio provincial. En caso de haber más de una (1), la representación será proporcional a la cantidad de afiliados.” por considerarlo contrario a los arts. 16, 18 y 42 de la Constitución Provincial. Ello es así, pues no se advierte que el derecho de las asociaciones obreras a ser reconocidos como partes contratantes en los convenios colectivos de trabajo, se vea frustrado por la elección de un sistema que concentre la participación en las negociaciones colectivas en cabeza de aquellas asociaciones, que como consecuencia de la elección de los propios trabajadores a afiliarse, cuentan con la personería gremial.

2.- En el sector público, para que se reconozca a un sindicato y se permita el ejercicio de los

verdaderos derechos sindicales, debe obtenerse, al igual que en el sector privado, una personería gremial. La particularidad es que en el ámbito estatal, el otorgamiento de una personería gremial no implica desplazamiento de la personería preexistente, mientras que en el privado, la nueva personería gremial conlleva el desplazamiento de la anterior, conforme al procedimiento establecido en los arts. 25 a 28 de la Ley 23.551. (el resaltado me pertenece). Por lo tanto, lo que existe en el sector público no es estrictamente un régimen de pluralidad sindical, sino un sistema de coexistencia o pluralidad de personerías gremiales.

**Texto completo:**

ACUERDO N°_3. 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 ELOSU 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: "SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE SAN MARTIN DE LOS ANDES C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD", EXPTE. Nº 4934/14, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, previa deliberación del Cuerpo, se acuerda ceder la palabra al Doctor OSCAR E. MASSEI quien dijo: I.- A fs. 171/186 se presenta el Sindicato de Trabajadores Municipales de San Martín de los Andes, representado por el Secretario General, con patrocinio letrado de la Dra. Fernanda Arjona de Sosa, y promueve acción autónoma de inconstitucionalidad en los términos de la Ley Provincial 2130, contra el artículo 2 inc. b) de la Ley Provincial 1974 en cuanto dispone que "negociarán y firmarán los Convenios de Trabajo: a) por la Administración Pública provincial, los representantes que designe el Poder Ejecutivo. B) Por los trabajadores, los representantes que designen las organizaciones sindicales con personería gremial y ámbito de representación en el territorio provincial.

En caso de haber más de una, la representación será proporcional a la cantidad de afiliados". Entiende que la norma, vulnera los arts. 10, 16, 18 y 42 de la Constitución Provincial en lo referido a la observancia del orden constitucional, la libertad sindical y el reconocimiento de las asociaciones sindicales como parte contratante en los contratos colectivos de trabajo.

Expone que se constituyeron como sindicato para representar los derechos colectivos de los trabajadores de la Municipalidad de San Martín de los Andes, a cuyo efecto solicitaron la inscripción como entidad sindical, condición que les fue otorgada mediante Resolución N° 190 del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social del 12/3/07.

Relata que ante la ausencia de normativa comunal que establezca el mecanismo para concretar la negociación de un convenio colectivo de trabajo, en fecha 7/7/11 el Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Martín de los Andes, sanciona la Ordenanza N° 9099/11 mediante la cual adhiere a la Ley Provincial N° 1974 de Convenciones Colectivas de Trabajo, con la finalidad de tener un marco normativo que permita un desarrollo armónico y ordenado de diálogo entre los representantes del Poder Ejecutivo y la representación sindical.

Afirma que en ese contexto, el Poder Ejecutivo Municipal mediante el Decreto N° 1785/11 solicita a la Subsecretaría de Trabajo el inicio formal de la apertura de las paritarias con el objeto de negociar un convenio colectivo que rija en el ámbito municipal. De esa manera, la Subsecretaría dicta la resolución N° 131/11 en el expediente 003466/2011 s/ convocatoria a negociación paritaria en el Municipio de San Martín de los Andes, en la que se dispone la apertura del procedimiento de negociación paritaria con ámbito de aplicación en el Municipio de San Martín de los Andes.

En esas condiciones, se presenta el Sindicato de Trabajadores Municipales de San Martín de los Andes, solicitando participación en las paritarias con el fin de representar a los afiliados a dicha organización sindical y fundamenta su petición.

La Subsecretaría de Trabajo, con basamento en el art. 2 de la Ley Provincial 1974 excluye de la convocatoria a paritaria a la actora, por carecer de personería gremial como lo exige la norma.

Continua relatando, que tras ello, el Sindicato impugna la actuación administrativa por ser lesiva a los derechos reconocidos por nuestra Constitución y Tratados Internacionales, de realizar las actividades de la asociación sindical sin obstáculos o limitaciones del Estado, que reduzca injustificadamente las funciones que le son propias: la promoción, el ejercicio, la defensa y la protección de los intereses legítimos de orden sindical.

Expone que la Subsecretaría desestima la impugnación y que actualmente la empleadora Municipalidad de San Martín de los Andes y los Sindicatos ATE y UPCN se encuentran negociando en paritarias en consideración a la personería gremial que

detentan ambos, sin posibilidad de que el Sindicato de Empleados Municipales de San Martín de los Andes pueda intervenir y representar a sus afiliados.

Relatados los hechos, se refiere a los fundamentos de la demanda. Hace referencia al art. 14 bis de la Constitución Nacional sobre el derecho a la organización sindical libre y democrática, y luego transcribe el art. 42 de la Constitución Provincial, resaltando la última parte que indica que "serán reconocidos jurídicamente como partes contratantes en los contratos colectivos de trabajo". Transcribe asimismo el art. 2 inc. b) de la Ley 1974, en la parte que dispone que negociarán y firmarán los Convenios de Trabajo "las organizaciones sindicales con personería gremial".

Sostiene que esta última norma altera el derecho reconocido por el art. 42 de la Constitución Provincial, en tanto que privilegia sólo a la asociación obrera mayoritaria como parte contratante en los convenios colectivos de trabajo.

Entiende que lo anterior, vulnera el art. 18 de la Constitución Provincial que consagra el principio de inalterabilidad de los derechos.

Afirma que el art. 2 inc. b) de la Ley 1974 se contrapone con las normas constitucionales mencionadas y que la actora fue víctima de la aplicación de esa norma, al quedar fuera de la negociación colectiva que se está llevando a cabo, dándose por tierra con el art. 42 de la Constitución Provincial que les reconoce el derecho "como partes contratantes en los contratos colectivos de trabajo".

Asimismo, argumenta que la norma atacada no sólo contradice la Constitución Provincial, sino también la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que la integran, cuya observancia se encuentra plasmada en el art. 10 de la Constitución Provincial.

Luego, hace referencia a que el derecho de asociación fue reconocido en la Constitución Nacional en el art. 14 y que existen numerosos Tratados Internacionales con jerarquía constitucional que también reconocen este derecho. Menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales (art. 8.1ª), la Convención Americana sobre Derechos humanos (art. 16), el Protocolo de San Salvador (art. 8) y el Convenio N° 87 de la OIT.

Sostiene que el derecho colectivo vigente permite la afiliación libre a un sindicato pero luego no le reconoce facultades a ciertas asociaciones para que puedan ejercer la representación de los intereses de sus afiliados, impidiendo en el caso concreto que la actora participe en las paritarias que diriman los intereses de los sindicados. Afirma que, en consecuencia, la libre asociación sindical cae en letra muerta.

Indica que la norma provincial atacada coarta el derecho de libre asociación, en tanto indirectamente constriñe al trabajador a afiliarse al sindicato que tenga personería gremial pues, de afiliarse a un sindicato simplemente inscripto a poco de andar advertiría que a éste no se le reconoce el derecho de representación sindical en las negociaciones paritarias.

Alega que prohibir a una asociación sindical simplemente inscripta participar en la negociación paritaria que afectará los derechos de sus sindicados no resulta democrático y que, siendo respetuosos del sistema democrático, nada impediría que se gradúe la representación considerando el número de paritarios en proporción con los porcentajes de representación; pero, dice, dejarlos afuera de la discusión por no ser la asociación que más trabajadores nuclea, no resulta un principio que garantice la libertad sindical, ni refleja el sistema democrático que pregona nuestra Constitución y nuestra organización de Estado.

Indica que poder representar colectivamente a sus afiliados en una negociación colectiva resulta medular para la vida de un sindicato y que, privada de aquella participación, se ve invalidada de ejercer uno de los principales derechos del que debe estar garantizada una asociación sindical.

Se detiene sobre los artículos 1, 2, 3, 7, 8 y 10 del Convenio 87 de la OIT, y afirma que la normativa no se ajusta a los principios que alberga la OIT, y que como estados partes debemos plasmar en nuestra legislación.

Menciona un ejemplo en la órbita de la ciudad de Junín de los Andes.

Cita dos fallos de la CSJN: "Rossi Adriana María vs. Estado Nacional y otro s/Sumarísimo" y "Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad".

Ofrece prueba, solicita una medida cautelar y peticiona.

II.- Corrido el traslado a la contraria y previa vista al fiscal, se rechaza la medida cautelar intentada a fs. 204/208. A fs. 220/222 se declara la admisibilidad de la acción (RI N° 24/15), corriéndose traslado de la demanda a la Provincia del Neuquén y al Fiscal de Estado (fs. 226).

III.- A fs. 231/234 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.

Expresamente niega que el art. 2 inc. b) de la Ley Provincial N° 1974 se halle en contra de la Constitución de la Provincia y menoscabe la garantía de libre asociación y protección de los derechos de los sindicados.

Alega que la norma parece razonable y está de acuerdo con el criterio de que los derechos establecidos no son absolutos, sino que están sometidos a limitaciones indispensables para el orden social, y esa relatividad alcanza al derecho invocado en la presente

acción, susceptible de ser acortado por razones determinadas por el bien público.

Resalta que es importante recalcar que el sindicato accionante es plenamente reconocido como entidad gremial, representante de los trabajadores Municipales de San Martín de los Andes.

Indica que la Ley Nacional N° 23.551 establece en su art. 31 que son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial el intervenir en las negociaciones colectivas, no reconociendo tal derecho a las asociaciones simplemente inscriptas y que en sentido coincidente, el art. 2 inc. b) de la Ley Provincial N° 1974 establece que negociarán y firmarán los Convenios de Trabajo por los trabajadores, los representantes que designen organizaciones sindicales con personería gremial y ámbito de representación en el territorio provincial.

Agrega que el personal de la Municipalidad de San Martín de los Andes se encuentra representado por las entidades gremiales ATE y UPCN, por lo que no se vulnera de modo alguno los derechos de los trabajadores.

Sostiene que la jurisprudencia citada por la accionante no tiene vinculación con la participación de las entidades sindicales con simple inscripción gremial en las negociaciones colectivas, no siendo aplicables a la presente acción de inconstitucionalidad.

Afirma que es ampliamente conocido, que la ley distingue entre las asociaciones sindicales con personería gremial y las asociaciones sindicales simplemente inscriptas. El núcleo de la distinción entre ambas reside en que las primeras están investidas de dicha calidad por ser considerada la más representativa en su ámbito territorial y personal de actuación, en virtud de contar con el mayor número promedio de afiliados cotizantes, lo que le permite obtener la “personería gremial” otorgada por la autoridad de aplicación.

Relata que la obtención de la “personería gremial” otorga a la respectiva asociación una serie de “derechos exclusivos” frente a la simplemente inscripta, entre ellos: intervenir en las negociaciones colectivas con los empleadores.

Cita doctrina y jurisprudencia que consideran razonable tal postura.

Concluye que no se encuentran configurados los extremos requeridos para la declaración de inconstitucionalidad, siendo que la misma es de carácter excepcional y debe considerarse como la “última ratio”, cuando la incompatibilidad con la Constitución sea de una entidad manifiesta.

Además, dice, que no se advierte que medie una justa proporcionalidad entre el planteo y la consecuencia que conlleva el mismo, y que no debe olvidarse que conforme al art. 13 de la Constitución Provincial, los habitantes de la Provincia gozan en su territorio de todos los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y en esta Constitución, pero con arreglo a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Solicita el rechazo de la acción, con costas.

IV.- A fs. 136/240 obra el dictamen del Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la acción intentada.

V.- A fs. 241 se dicta la providencia de autos, que a la fecha se encuentra firme y consentida.

VI.- Realizado el recuento de las actuaciones, resulta oportuno recordar lo dicho en la R.I. 24/2015 obrante a fs. 220/222. Allí, en atención a los hechos expuestos en el escrito de demanda, se remarcó que en este tipo de acción no se enjuician casos concretos de aplicación de la norma impugnada, sino la validez constitucional del precepto en sí mismo, despojado de toda referencia a los casos particulares.

Así, se aclaró que el análisis a realizar en el marco de la presente acción consistiría en examinar si la disposición impugnada -el art. 2 inc. b) de la Ley Provincial 1974- guarda la debida compatibilidad (abstracta) con la Constitución Provincial, sin ingresar en el tratamiento de todo lo relatado en el punto IV del escrito de inicio, que refiere a la situación particular del sindicato accionante.

En esta tarea, el punto de partida para el intérprete constitucional debe ser una visión armonizadora del ordenamiento jurídico, que entienda el Derecho como unidad, y que busque mediante una interpretación integradora de las normas su compatibilidad con la Norma Fundamental.

Como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de la norma es “la última ratio” y “Hasta arribar a ese extremo, 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).

No debe perderse de vista que la pretensión ha sido deducida 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), y que tiene como fin último el mantenimiento de la supremacía constitucional.

La consecuencia abrogatoria que se acuerda al pronunciamiento, exige 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 llegarse firmemente al convencimiento de que la norma que se impugna es violatoria de la Constitución Provincial. Para ello, 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.

Desde esta perspectiva, se analizará el planteo formulado por la parte actora.

VII.- Antes, es pertinente aclarar que las líneas que se desarrollarán a continuación tienen por objeto traer a colación el marco especial y dinámico que caracteriza las relaciones de derecho colectivo en el sector público (nacional, provincial y municipal) en que debe ser interpretada la Ley Provincial 1974 y su modificatoria, y el último pronunciamiento que ha dictado nuestro máximo Tribunal Nacional interpretando la Ley 23.551 en el llamado caso "ATE II" por la similitud de la cuestión jurídica planteada.

Se hace la salvedad que lo anterior –puntualmente, la normativa nacional que se citará y el comentario al precedente ATE II- en modo alguno tiene el objeto de incluir en esta especial acción planteos de control de constitucionalidad invocando el articulado de la Constitución Nacional o de Tratados Internacionales (control de convencionalidad) porque claramente exceden el marco de la Ley 2130, cuyo control abstracto y objetivo, se efectúa contraponiendo la legislación de la Provincia con la Constitución Provincial.

Lejos de enrolarnos en tal tesitura, la referencia a normativas nacionales o fallos de la CSJN en este caso concreto se efectúa porque nuestra Ley Provincial 1974 (t.o.3-11-92), posee su antecedente directo en la Ley 23.551 (t.o 22-04-1988), y además en las circunstancias históricas propias que dieron lugar al nacimiento de los sindicatos estatales a nivel nacional que luego fueron receptadas por la Ley 24.185 (t.o 16-12-1992), su modificatoria y demás normas reglamentarias.

VII.1.- Como quedara dicho, el sindicato accionante, pretende la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2 inc. b) de la Ley 1974, en tanto dispone que "Negociarán y firmarán los Convenios de Trabajo… b) por los trabajadores, los representantes que designen las organizaciones sindicales con personería gremial y ámbito de representación en el territorio provincial. En caso de haber más de una (1), la representación será proporcional a la cantidad de afiliados."

Entienden que el mentado artículo se encuentra en contradicción con los arts. 10, 16, 18 y 42 de la Constitución Provincial.

Los arts. 10, 16 y 18, se refieren a la observancia del orden constitucional, la supremacía de la Constitución y la inalterabilidad de los derechos y garantías consagrados por la Carta Magna.

Por su parte, el art. 42 sobre derechos gremiales, dispone que "Todo individuo puede defender sus derechos y sus intereses por la acción gremial y adherirse al sindicato de su rama, siendo esto optativo. Las asociaciones obreras gozarán del reconocimiento legal sobre la base de la libertad sindical, que asegure un régimen de democracia interna en los sindicatos y su total autonomía frente a los empleadores y al Estado. Serán reconocidos jurídicamente como partes contratantes en los contratos colectivos de trabajo".

Argumenta que el art. 2 inc. b) de la Ley 1974 altera el derecho reconocido por el art. 42 CP, en tanto que las asociaciones obreras como ella carecen de reconocimiento jurídico como parte contratante en los contratos colectivos de trabajo, reconociéndose este derecho solo como privilegio a la asociación obrera mayoritaria, tornando el derecho constitucional en letra muerta.

De lo que aquí se trata entonces, es de analizar si esta reglamentación dispuesta por el legislador que reserva la participación en la negociación colectiva a los sindicatos con personería gremial, se encuentra en contradicción con los mandatos expresos contenidos en el art. 42 de la Constitución Provincial que tutelan la libertad sindical, y por tanto, altera los derechos reconocidos por la Carta Magna y vulnera el orden y la supremacía constitucional.

Cabe resaltar, que el análisis se limita al control de legalidad y razonabilidad que le competen a este Poder del Estado, puesto que el Tribunal "no debe indagar si era imprescindible legislar al respecto o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, hubiesen provocado una menor restricción de los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa.

Cabe recordar que los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes de gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda)" (CJSN, Fallo 336:1774 cons. 50).

VII.2- Ahora bien, la redacción del actual art. 42 in fine pertenece al texto ordenado por la Convención Constituyente del año 1957, y fue mantenido íntegramente en la Convención del año 2006.

De la lectura integral del artículo, resulta claro que la Constitución pretende plasmar el derecho de los trabajadores a asociarse en

la defensa de sus intereses, asegurando el ejercicio de tal derecho mediante el establecimiento de pautas de organización de las asociaciones obreras. Ordena que estas deben garantizar un régimen de democracia interna y su autonomía frente a los empleadores y el Estado; y luego, se refiere a una de las herramientas centrales que tienen las agrupaciones de trabajadores para la defensa de sus intereses: los contratos colectivos de trabajo.

Sabido es que los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, se encuentran sujetos a la reglamentación que se dicte, a los fines no sólo de establecer la medida del derecho que permita reconocer el ámbito de ejercicio legítimo del mismo y su interrelación armónica con los restantes derechos, sino también a los fines de tornarlo efectivamente operativo.

La Ley 1974, reglamenta este artículo en lo que respecta a las negociaciones colectivas en el ámbito de la Administración Pública Provincial, y establece el marco de operatividad del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, siguiendo el modelo sindical adoptado a nivel nacional por la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales.

La ley nacional citada, establece un sistema que permite distinguir entre las asociaciones simplemente inscriptas y las asociaciones con personería gremial.

El sindicato que obtiene la personería gremial, es aquél que garantizando la democracia interna, y como consecuencia del libre ejercicio sindical y la elección de los trabajadores, cuenta con el mayor número promedio de afiliados cotizantes y cumple con los requisitos establecidos en el art. 25 de la Ley 23.551.

A estas asociaciones, se les otorga la exclusividad del ejercicio de ciertos derechos o prerrogativas, y entre estos derechos se encuentra el de participar de las negociaciones colectivas.

Debe resaltarse que en el análisis de razonabilidad de las distinciones dispuestas por el legislador a la hora de reglamentar derechos constitucionales “no hay dudas de que la pauta más importante para determinar si el criterio de distinción es razonable, consiste aquí también en el motivo y la finalidad de él, siempre que puedan ser individualizados” (Linares, Juan Francisco, “Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía consticional innominada”, p. 153, Ed. Astrea, 2015).

Sobre los motivos de la elección de este sistema, se ha dicho que “El mecanismo de la personería gremial constituye en realidad un sistema de preponderancia de la entidad más representativa, lo que indica una reglamentación posible de las directivas constitucionales. Su forma es fortalecerla mediante la habilitación de concentraciones de poder para evitar que una posible dispersión de sujetos debilite y fragmente el sector laboral. De admitirse una disgregación o fragmentación abierta del sistema se puede correr el riesgo de institucionalizar la negociación pluriindividual. Y no hay dudas de que el sindicato como expresión jurídica integrada del gremio, es el sujeto que representa de manera más adecuada la voluntad colectiva en la negociación de convenios” (ARESE, César, “Derecho de la Negociación Colectiva”, p. 113, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008, Buenos Aires).

Como puede entreverse, la finalidad del mecanismo es unificar la representación de los trabajadores en la participación del convenio, a los fines de evitar que la atomización sindical debilite a los trabajadores en la negociación colectiva, lo que cobra especial relevancia cuando la contraparte es el Estado, que lógicamente responderá a una postura única.

En consonancia con ello, el legislador provincial, a la hora de reglamentar las negociaciones colectivas en el ámbito de la Administración Pública Local, recurre a la solución plasmada en el artículo impugnado. El medio elegido, como puede observarse, responde a un criterio inteligible y objetivo: la representatividad por mayoría que detenta el sindicato que por tener mayor cantidad de afiliados obtiene la personería gremial.

Sin mayor esfuerzo expositivo se observa la proporcionalidad del medio empleado por el legislador para la consecución de la finalidad de la norma reglamentaria, en tanto que concentra la representación de los trabajadores en la negociación colectiva con el fin de evitar el debilitamiento de la fuerza obrera frente a la contraparte negocial.

Así las cosas, lo cierto es que la reglamentación impugnada responde a un criterio objetivo, adecuado al fin que se propone y que no se vislumbra -en abstracto- como incompatible con los derechos consagrados en el art. 42 de la Constitución Provincial.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia insiste en que la elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos: 322:842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos: 313:1333). Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionados a sus fines (Fallo 336:1774 cons. 50).

Finalmente, debe decirse que la norma constitucional se refiere indistintamente a sindicatos, asociaciones obreras y gremios sin que pueda advertirse una distinción específica en cuanto a la titularidad del ejercicio de los derechos, por lo que cabe inferir que en lo que respecta a la reglamentación de tales derechos, el legislador podía optar por la solución que finalmente plasmó en la Ley 1974.

Como ha quedado planteada la cuestión y en el análisis de adecuación que cabe realizar en la especial acción intentada, no se

advierte que el derecho de las asociaciones obreras a ser reconocidos como partes contratantes en los convenios colectivos de trabajo, se vea frustrado por la elección de un sistema que concentre la participación en las negociaciones colectivas en cabeza de aquellas asociaciones, que como consecuencia de la elección de los propios trabajadores a afiliarse, cuentan con la personería gremial.

Respondiendo la reglamentación a un parámetro objetivo e inteligible que no se encuentra en contradicción con un mandato expreso de la Constitución, el artículo impugnado supera el test de legalidad que cabe realizar en el marco del presente proceso.

VIII.- Retomando, en el caso que nos convoca, la acción autónoma la interpone el Sindicato de Trabajadores Municipales de San Martín de los Andes, que asegura se constituye como Sindicato para representar los derechos colectivos de los trabajadores del municipio aludido, para lo cual solicitaron la inscripción como entidad sindical que le fue otorgada mediante Resolución 190 del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social el 12-03-2007.

Se plantea la inconstitucionalidad del art. 2 inc. b de la Ley 1974, en cuanto es de aplicación en el municipio a través de la Ordenanza 9099/11 que la recepta, a fin de dar apertura a las paritarias en el ámbito municipal.

De esta manera la Subsecretaria de Trabajo efectúa la convocatoria correspondiente de apertura del procedimiento de negociación colectiva para su aplicación al Municipio de San Martín de los Andes. Ante ello, el Sindicato accionante se presenta a la mesa de negociación del futuro CCT, pero es excluido de la misma por la Subsecretaría de Trabajo, con basamento en el art. 2 de la Ley Provincial n° 1974, esto es, por carecer de personería gremial.

Tras ello, efectúa una serie de impugnaciones en sede administrativa, sin perjurio de lo cual, la negociación continúa con ATE Y UPCN, que son la dos entidades que poseen personería gremial.

Teniendo en cuenta que la decisión de sede administrativa los deja sin posibilidad de que su sindicato municipal pueda intervenir y representar a sus afiliados es que plantean la presente acción autónoma de inconstitucionalidad ante este Tribunal Superior de Justicia.

Y, como fuera señalado anteriormente, la norma que surge del art. 2 inc. b) de la Ley Provincial 1974 (en cuanto reserva la participación en la negociación colectiva a los sindicatos con personería gremial) no es incompatible objetivamente con los artículos 10, 16, 18, y 42 de la Constitución de la Provincia del Neuquén que tutelan la libertad sindical.

Formulo tal aseveración con total convencimiento teniendo en cuenta que se está en presencia de una acción no sólo enmarcada en nuestro derecho público provincial sino que, además, ha sido planteada por un sindicato del sector público, donde las particularidades en torno al modelo sindical son diferentes.

Tan es así que en ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia nacional se ha llegado a decir que constituye un modelo de pluralidad sindical, o en otras palabras “que la pluralidad y coexistencia de personerías gremiales en el sector público es una realidad indiscutible” por oposición al de unicidad sindical que es rector en el derecho privado (cfr. Cremonte Matías, “El nuevo Convenio Colectivo….” D.T. 2006- pág. 1019.14).

Luego, sin enrolarnos en una u otra postura extrema (unicidad sindical vs. pluralidad sindical) dado que los modelos puros no existen en la realidad, sí se está en condiciones de afirmar conforme lo ha explicitado acreditada doctrina que se comparte, que el denominado “Modelo sindical argentino” de unicidad promocionada, con algunas particularidades –no menores-, rige también en el sector público.

A diferencia de nuestro régimen de personerías gremiales, un sistema de pluralidad implicaría la posibilidad de conformar sindicatos sin restricción alguna, dependiendo sólo de la libre voluntad de trabajadores que así lo consideren. Según la clásica definición de la OIT, tanto trabajadores como empleadores deberían poder conformar las asociaciones que estimen convenientes, y los Estados deberían abstenerse de limitar este derecho y de interferir en sus actividades.

Nuestra Constitución Nacional también sigue este principio: incorpora el Convenio 87 de la OIT en su mismo rango, al tiempo que en su parte dogmática establece que debe asegurarse a los trabajadores el derecho a contar con organizaciones sindicales libres y democráticas, reconocidas por la simple inscripción en un registro especial (art. 14 bis).

Pero, como es sabido, el sistema legal vigente de unicidad promocionada restringe la actuación de los sindicatos a la obtención de una personería gremial, previa demostración de mayor representatividad en el ámbito en que se trate.

En el sector público, para que se reconozca a un sindicato y se permita el ejercicio de los verdaderos derechos sindicales, debe obtenerse, al igual que en el sector privado, una personería gremial.

La particularidad es que en el ámbito estatal, el otorgamiento de una personería gremial no implica desplazamiento de la personería preexistente, mientras que en el privado, la nueva personería gremial conlleva el desplazamiento de la anterior, conforme al procedimiento establecido en los arts. 25 a 28 de la Ley 23.551. (el resaltado me pertenece)

Por lo tanto, lo que existe en el sector público no es estrictamente un régimen de pluralidad sindical, sino un sistema de

coexistencia o pluralidad de personerías gremiales.

Y esto tiene que ver con la realidad histórica del proceso de conformación de los sindicatos estatales en nuestro país.

Es que se ha dicho con acierto que en el Derecho del Trabajo, y más aún en las relaciones colectivas del trabajo, son los hechos los que preceden al derecho.

Las organizaciones sindicales existen desde mucho antes de que el Estado las reconozca, y en todo caso su intervención se limita a eso, a reconocerlas.

Puede afirmarse entonces que la forma de organizarse de los trabajadores es anterior a que las leyes impongan lo que hoy se denomina un "modelo sindical".

Nótese que las primeras organizaciones de trabajadores se crearon casi un siglo antes de que se dicte la primer norma que intentó regularlas (1943), y de que se imponga el régimen de personerías gremiales (1946).

Recuérdese que en el caso del sector público, el primer sindicato fue la Asociación Trabajadores del Estado (ATE), fundado en 1925, y con personería gremial Nº 2, de 1946. Es cierto también que no era común en aquellos años que una vez conformado un sindicato, en el mismo ámbito se creara otro. Sin embargo, en el sector público, en 1948 se funda la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN), y se le otorga también personería gremial, la Nº 95 (cfr.autor cit. Ant.).

Es decir, en el ámbito estatal, prácticamente desde el nacimiento del sistema de personerías gremiales existieron dos sindicatos reconocidos, que compartían un mismo ámbito de actuación personal y territorial.

Muchos años después comenzaron a crearse otros sindicatos que recortaban formalmente el ámbito de ATE y UPCN (judiciales, docentes, empleados públicos provinciales y municipales, así como de algunos organismos públicos determinados).

Puede decirse entonces, que coexisten dos sindicatos de actividad –con ámbito en todo el Estado, en todas sus variantes, niveles y territorio-, con nuevos sindicatos de profesión, categoría, empresa o ámbitos territoriales menores.

Esos nuevos sindicatos no "recortaron" la personería gremial de los sindicatos preexistentes, sino que una vez cumplido el trámite previsto por la Ley 23.551 –es decir, demostrando que son los sindicatos más representativos en cada ámbito- se suman y coexisten en el sector que se trate.

Por lo tanto, la Ley 23.551 es plenamente aplicable a las asociaciones sindicales representativas de trabajadores del sector público, aún cuando no contiene un capítulo especial en lo que respecta a la existencia de un modelo de "pluralidad de personerías gremiales" en dicho ámbito. Por eso, en cierta medida, la realidad de los sindicatos del sector público transitó al margen de la ley Sindical.

Las organizaciones sindicales con personería gremial del sector público coexisten en el mismo ámbito: cada una elige sus delegados –es decir, por cada sector del Estado existen más de un órgano de representación directa, sean comisiones o juntas internas-, a todas las organizaciones el empleador les retiene la cuota sindical (art. 38 de la Ley 23.551), son titulares de conflictos colectivos –en ocasiones en forma conjunta, otras por separado-, ejercen la representación colectiva de los trabajadores del Estado (art. 31 inc. a de la Ley 23.551), y participan de la negociación colectiva, obviamente, de un mismo convenio colectivo.

Pero lo que es necesario resaltar que fue la voluntad de los propios trabajadores, como dato más relevante, e innumerables circunstancias políticas las que llevaron a esta situación.

Así lo destaca el autor que vengo citando al puntualizar: "Ya se comentó en otro trabajo que así como en el sector privado el movimiento obrero se dio para sí una forma de organización que fue luego receptada y conocida como el modelo sindical argentino de unicidad promocionada, no es menos cierto que en el sector público son los propios actores sociales los que adoptaron el modelo de pluralidad sindical. Ello no sólo no puede soslayarse, sino que debe ser el cristal con el que se observe este fenómeno. Sería absurdo plantear actualmente, con más de cincuenta años de una práctica de coexistencia, que por ser esta costumbre contraria a lo establecido por la Ley 23.551 resulte ilegal, o deba adecuarse a la misma. Fueron los propios trabajadores involucrados los que optaron por este sistema, y esa autonomía no podría alterarse por la eventual injerencia estatal" (cfr. Cremonte, Matías, "La pluralidad sindical en el sector público", publicado en "La Causa Laboral", Revista de la Asociación de Abogados Laboralistas, nº 36, de octubre de 2008).

Y si bien en el aspecto organizativo la legislación nunca receptó esta realidad, sí existieron resoluciones administrativas dictadas como consecuencia de ello.

Una de las primeras normas que intentó superar las alteraciones que surgían con la superposición de ámbitos de actuación fue la Resolución MTSS Nº127/75 (de fecha 24.03.75), seguida por la Resolución MTSS Nº 51/87 que fue uno de los antecedentes formales de la Resolución MTESS Nº 255/03, que es sin duda la más específica en este sentido, ya que establece concretamente que: "La personería gremial que se otorgue a asociaciones sindicales representativas del sector público no desplazará en el colectivo asignado, las personerías gremiales preexistentes" (art. 1º) y que "En los supuestos previstos en el artículo anterior las

asociaciones sindicales, mantendrán los derechos establecidos en los artículos 31, 38 y siguientes de la Ley N° 23.551" (art. 2º).
Resulta por demás interesante la lectura de sus considerandos, ya que dan cuenta de esta realidad que hizo necesario su dictado.
Al efecto, se transcribe la parte pertinente: "Que el Ministerio ha ratificado el criterio de garantizar la pluralidad sindical en el ámbito de la Administración Pública.- Que se han preservado los derechos a la libertad sindical de las entidades preexistentes, al garantizar a los sindicatos que actúan en el ámbito del Estado Nacional, Provincial o Municipal los derechos que le acuerda la legislación vigente, con relación a la retención de la cuota sindical y la representación del personal dentro de su ámbito de representación personal y territorial. Que no resultando en definitiva de aplicación en estos supuestos lo previsto en el cuarto párrafo del artículo 28 de la Ley N° 23.551, conforme a lo establecido por los artículos 4° y 6° de la Ley N° 24.185, es pertinente dictar una resolución que consolide el principio de no exclusión, cuando se otorgare la personería gremial a una asociación sindical de ámbito de actuación personal y territorial menor…".
Esta realidad fue también receptada, como dan cuenta los considerandos aquí transcriptos, por la normativa que regula la negociación colectiva en el sector público.
Desde 1992 en que se sancionó la Ley 24.185 de negociación colectiva para la Administración Pública Nacional, todas las normas que se dictaron posteriormente en distintos ámbitos públicos –como algunas provincias y municipios- receptaron el principio de representación plural de los trabajadores.
Es decir, en las comisiones negociadoras, la parte sindical está integrada por tantos sindicatos con personería gremial como existan en ese ámbito.
Entre varios ejemplos que se pueden citar, el CCT 305/98 "E" de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) es uno de ellos, pues fue suscripto por cinco sindicatos, y el CCT 697/05 "E" del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) fue firmado por cuatro entidades sindicales.
Relacionado con lo que se viene exponiendo, en el ámbito de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, también se receptó este principio, al sentenciar: "De los fundamentos de la resolución nº 255/03 se desprende que —en síntesis—: 1) Los convenios de la O.I.T. ratificados por nuestro país establecen los principios y derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva para todos los trabajadores. 2) De conformidad con lo establecido en los citados convenios, fue sancionada la Ley 23.551, que garantiza y reglamenta el libre ejercicio del derecho a la sindicalización que corresponde a todos los trabajadores, y que recepta el modelo sindical conocido como 'de unicidad promocionada'… 3) Posteriormente, en materia de negociación colectiva del sector público se sancionó la Ley 24.185, que en sus arts. 4 y 6 consagra el principio de la representatividad colectiva plural de los trabajadores del sector público. 4) El dictado de dicha norma importó reconocer que su representatividad corresponde de manera simultánea a más de una asociación sindical con personería gremial. 5) Los conflictos intersindicales de desplazamiento de personería y encuadramiento se producen fundamentalmente en el ámbito del sector público, y ello afecta el normal funcionamiento de las administraciones nacionales, provinciales y municipales. 6) El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, en su carácter de autoridad de aplicación de la ley de entidades sindicales, ha ratificado el criterio de garantizar la pluralidad sindical en el ámbito de la administración pública, preservando los derechos a la libertad sindical de las entidades preexistentes, al garantizar a los sindicatos que actúan en el ámbito del Estado Nacional, Provincial o Municipal, los derechos que les acuerda la legislación vigente con relación a la retención de la cuota sindical y la representación del personal dentro de su ámbito de actuación personal y territorial"(Sentencia Nº 70.318 del 13.12.07, autos "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación c/Asociación Trabajadores del Estado") .
En el caso de la Administración Pública Nacional, la cuestión fue tratada en el Convenio Colectivo de Trabajo (homologado por el Decreto 214/06).
En el art. 106 se establece que: "Las partes ratifican el principio de pluralidad sindical y coexistencia de entidades sindicales con personería gremial en el ámbito de la Administración Pública Nacional. En virtud de ello, las entidades sindicales signatarias del presente Convenio –y por ende signatarias de los correspondientes Convenios Sectoriales- podrán efectuar elecciones de delegados en todos los organismos incluidos en el ámbito de aplicación del presente".
Como se observa, las entidades sindicales y el Estado empleador (incluido el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación), han ratificado del principio de coexistencia y pluralidad, lo que conlleva además el reconocimiento de la disponibilidad colectiva en cuestiones que hacen a su organización en el lugar de trabajo.
Entonces, tal como ha quedado planteada la cuestión, no cabe duda que todo lo atinente a legislación de los convenios colectivos en el sector público, se encuentran dentro de las llamadas "facultades no delegadas por las provincias al gobierno federal", de modo tal, que en el caso resulta de aplicación la Ley 1974, en tanto ha sido receptada por el Municipio de San Martín de los Andes mediante Ordenanza 9099/11, como ley marco para propiciar las negociaciones que culminen con el dictado del Convenio

Colectivo de dicho sector.

Así también puede señalarse sin hesitación que el art. 2° inc. b) de la Ley 1974, cuando se refiere a que, "Negociarán y firmarán los Convenios de Trabajo ….inc b) Por los trabajadores los representantes que designen las organizaciones sindicales con personería gremial y ámbito de representación en el territorio provincial. En caso de haber más de una (1) la representación será proporcional a la cantidad de afiliados", en modo alguno cercena el derecho a que una pluralidad de asociaciones sindicales puedan ser tenidas como partes en los convenios colectivos de trabajo, máxime teniendo como antecedente toda la historia sindical estatal plasmada en las normas a las que se ha hecho mención en considerandos anteriores.

La inconstitucionalidad de la norma desde este punto de vista, debe por tanto, ser desechada de plano.

IX.- Despejado lo anterior, y reiterando que la Ley 1974 tiene su antecedente directo en la Ley 23.551, viene al caso traer a colación, la sentencia dictada por la CSJN en la causa "Recurso de Hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad" (18 de junio de 2013) por haberse expedido el máximo Tribunal Nacional sobre una norma que es homónima a la norma provincial aquí cuestionada.

En dicho pronunciamiento el Alto Tribunal revoca la sentencia apelada en las dos cuestiones que fueron sometidas a tratamiento y revisión.

En primer término declarando la inconstitucionalidad del art. 31. a de la Ley 23.551 en cuanto impidió que la A.T.E. representara los intereses colectivos invocados por considerar que tal facultad era un derecho exclusivo de la asociación sindical con personería gremial.

La norma dispone que: "Son derechos exclusivos de la Asociación Sindical con personería gremial: a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores".

En segundo lugar, el precedente, declara la inconstitucionalidad del Decreto 5/2003 de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, respecto de las quitas salariales que impuso.

Ajustándonos a la primera cuestión tratada por la Corte su alcance surge claramente. Lo que está diciendo es que ATE si bien no poseía la personería gremial en la zona requerida por el art 31 inc. a) de la LS, válidamente podía representar los intereses colectivos de los empleados de la Municipalidad de

Salta a los que se les había efectuado una rebaja de salarios (abarcados real o potencialmente por ese sindicato), legitimación amplia que le había sido denegada en todas las instancias.

Para ello, la Corte declara la inconstitucionalidad del mentado artículo y una vez legitimada la ATE, entra a evaluar la legalidad del Decreto de rebaja de salarios y también concluye en su inconstitucionalidad.

Ahora bien, a poco que se profundice en la lectura y estudio del llamado caso "ATE II" puede aseverarse, sin lugar a dudas que sigue los lineamientos de los casos "ATE I" –del 11 de noviembre de 2008 (cita Fallos 331:2499)- y "ROSSI" –del 9 de Diciembre de 2009-.

Recuérdese que en ambos casos, la Corte se pronuncia sobre el límite de los privilegios que pueden otorgarse a las entidades sindicales más representativas, a los fines de que sean compatibles con la Constitución Nacional y los principios de libertad sindical expedidos por la OIT.

En "ATE I", la Corte Suprema expone con cita al Comité de Libertad Sindical que "… si bien a la luz de la discusión del proyecto de Convenio N° 87 y de la Constitución de la OIT (art. 5.3), "el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en si criticable", es "necesario" que la distinción no tenga como consecuencia "conceder a las organizaciones más representativas (…) privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales". En otras palabras, la distinción no debería "privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio num. 87. (Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, OIT, 4° ed. Revisada, 1996, párr. 309)".

Por su parte, en el fallo "Rossi", la Corte menciona los criterios de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, y sostiene que resultan actos de discriminación antisindical aquellos que exceden de "los privilegios que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas, consistentes en una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales (Observación individual sobre el Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, núm. 87)".

Como puede advertirse, el Máximo Tribunal, en el tratamiento de cuestiones vinculadas con la libertad sindical, se ha encargado de reafirmar el ámbito de privilegios legítimos que se le otorga a las entidades sindicales con personería gremial, dentro del cual se contempla la participación en las negociaciones colectivas.

Señala Ramírez Bosco, en su comentario al fallo ATE II: "En efecto, en el nuevo pronunciamiento el Supremo Tribunal Nacional establece que los sindicatos sin personería gremial tienen derecho a defender los intereses colectivos.

Siguiendo con una serie de fallos sobre la relación de la Ley 23.551 con la libertad sindical —sobre todo la establecida en el convenio 87 de la OIT— que comenzó en 2008, ahora la CSJN, en lo que se puede identificar como un "segundo" caso ATE, declaró la inconstitucionalidad del art. 31, a) de la LAS, en cuanto reserva en exclusividad, para el sindicato con personería gremial, el derecho a "defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores".

"Pero sigue sin ser tratado lo esencial, que es la exclusividad que el art. 31, c) de la LAS establece a favor del sindicato que tenga personería gremial para "intervenir en negociaciones colectivas", que es en realidad la actividad que hace que un sindicato realmente lo sea. Y sobre el tema nada dijo" (cfr. Ramírez Bosco, Luis; en Trabajo y Seguridad Social 10/2013-744 [2013]).

Y tal afirmación aparece claramente cuando se profundiza en el análisis de los precedentes citados que interpretan la Ley 23.551.

Expresa la Corte en ATE II: "En efecto, en la sentencia recaída in re "Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo" esta Corte ha expresado que el aludido principio constitucional consagra la libertad para todos los sindicatos, con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial (cit., ps. 2510/2511).

Sobre tal base, la Corte declaró la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones de la Ley 23.551, en la medida en que concedían a los sindicatos reconocidos por el Estado como más representativos -mediante el otorgamiento de la personería gremial- privilegios que excedían de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta por las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales, lo cual iba en detrimento de 'la actividad de los sindicatos simplemente inscriptos que compartían con aquéllos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación (cit. Extraída del fallo de la Corte, especialmente pág. 2511/2514, considerandos 8" y 9"; "Rossi-, cit., pág. 2721/2727, considerandos 3" a 7"). –el resaltado me pertenece-).

De modo que la contundencia del considerando transcripto lleva a concluir en que se requeriría de un sindicato con personería gremial en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta por las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales. Y tan es así que acreditada doctrina laboralista, de distintas vertientes -alguna a favor de la pluralidad del modelo sindical y otra a favor del modelo de unicidad del derecho argentino- han coincidido en cuanto a que el pronunciamiento quedó a mitad de camino. ¿En qué sentido?. En que declaró la inconstitucionalidad del art. 31 inc. a) de la Ley 23.551 con un alcance limitado, cual es la representación de los intereses colectivos de trabajadores aun cuando no posea personería otorgada por la autoridad de aplicación, pero dejando vigentes una multiplicidad de normas relacionadas con la facultad de los sindicatos con personería gremial otorgada por el Ministerio de Trabajo de la Nación, como son la facultad para proponer el cuerpo de delegados, discutir y firmar los convenios colectivos y percibir las contribuciones solidarias, desplazando a todo otro sindicato (cfr. Navarra Enrique, en "Trabajo y Seguridad Social" 10/2013-748 [2013], Ramírez Bosco, Luis, "Trabajo y Seguridad Social 10/2013-744 [2013], Jorge Rodríguez Mancini Fallo comentado: C.S.J.N -2013-06-18- Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de Inconstitucionalidad. ATE II, por DT 2013 (agosto), 1829 Cita Online: AR/DOC/25).

En esta misma línea, Jorge Rodríguez Mancini sintetiza de esta manera la problemática en cuestión: "La segunda observación que cabe formular es que las descalificaciones a nivel de Corte Suprema afectan de manera puntual, pero no por eso menos trascendente, cuestiones particulares del sistema legal en materia de organización sindical, señalando y manteniendo un camino claro de cuestionamiento que si bien, como he dicho, sólo toca hasta ahora, tres aspectos particulares — derecho a convocar a elecciones de delegados, protección de acción gremial y exclusividad en representación — lo concreto es que se han desarticulado claves centrales del modelo…….y ……". No cabe duda que esta responsabilidad es claramente legislativa.".

Pero entretanto, se pregunta con acierto "…cuál es la validez de las restantes normas de la Ley 23.551 que justamente son las más representativas de este modelo sindical que propone la ley citada, y en este sentido argumenta… "¿Cuál es la validez de las normas restrictivas en punto a los procedimientos para obtención de personería gremial que se encuentran en los arts. 28, 29 y 30, o cuál es la validez de las normas relativas a las retenciones de aportes y contribuciones por parte de los empleadores, método autorizado exclusivamente para los que correspondan a favor de asociaciones con personería gremial (art. 38)".

Y agrega: "Ligado a este asunto seguramente que cabrá examinar hasta qué punto resulta compatible con el régimen constitucional al que se ha hecho referencia en materia de libertad e igualdad sindical, el sistema de obras sociales regulado por

las Leyes 23.660 y 23.661".

Por ello en definitiva sostiene, en opinión que comparto, que no era necesaria la declaración de inconstitucionalidad del mencionado artículo para legitimar al sindicato simplemente inscripto, ya que una asociación sindical, con o sin personería gremial, estaría legitimada en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional para ejercer el amparo a que se refiere esa norma en pos del reconocimiento de los derechos de sus representados colectivamente (cfr. Jorge Rodríguez Mancini, en artículo citado anteriormente).

X.- Las consideraciones expuestas, dada la influencia que tuvo la Ley 23.551 en nuestra Ley Provincial 1974, sumado al profundo análisis que aquí se ha llevado a cabo en torno a la cuestión constitucional postulada, me llevan a colegir que la acción de inconstitucionalidad intentada, debe ser rechazada.

Las costas, por aplicación del principio general contenido en el art. 68 del CPC y C –de aplicación supletoria- deben ser soportadas por la accionante vencida. 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.

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 ELOSU LARUMBE dijo: por adherir al criterio del Dr. MASSEI es que voto del mismo modo. 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.

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 el Sindicato de Trabajadores Municipales de San Martín de los Andes contra la Provincia del Neuquén; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 CPCyC, de aplicación supletoria); 3°) Regular los honorarios a la Dra. ..., apoderada de la demandada, en la suma de $15.680.-, al Dr. ..., Fiscal de Estado, en la suma de $39.200 y a la Dra. ..., patrocinante de la actora, en la suma de $27.440 (arts. 6, 7, 10, 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 ELOSU 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

**"ETCHEVERRY ALBERTO RUBEN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4362/2013) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 24/04/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de inconstitucionalidad.

ESTADO PROVINCIAL. EXPLOTACION HIDROCARBURIFERA. PRESENTACION DE INFORMES AMBIENTALES. AUDIENCIA PÚBLICA. PROMOCION DE INVERSIONES. PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE. ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA. FEDERALISMO DE CONCERTACION.

1.- El Poder Ejecutivo se encontraba habilitado para la emisión de una norma como el D.422, en tanto es la Administración quien tiene competencia para determinar si la actividad que va a realizarse requiere, o no, del estudio de impacto ambiental y la consecuente audiencia pública. Por lo demás, tal como lo postula el Señor Fiscal General Subrogante en su dictamen, es en este estrecho marco del control concentrado y abstracto de constitucionalidad que la pretensión esbozada no puede prosperar, lo que no implica que, dentro de otro marco de control constitucional, se advierta en un caso en concreto la necesidad de realizar otro recorrido de análisis en pos de la protección y resguardo de los postulados constitucionales (cfr. "Calful Lucía c/ Provincia de Neuquén y otro s/ Acción Procesal Administrativa" - Expte. 3861/2012- Acuerdo n° 92/2016).

2.- El Decreto 1162 que dispone la adhesión al régimen de promoción de inversión para la explotación de hidrocarburos, creado por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 929/2013, no resulta susceptible de ser cuestionado por esta vía abstracta de control constitucional, pues de la descripción de las citas del debate parlamentario permiten, más allá de la adhesión que el decreto impugnado efectúa al Decreto Nacional N° 929, su complemento con el Pacto Federal de Autoabastecimiento de Hidrocarburos y la Ley 27007, advertir el exceso en el cauce procesal que pretende el actor, puesto que se trata de una norma de corte federal, que crea un régimen de promoción de inversiones para la explotación de hidrocarburos en el País, y que aún cuando la Provincia adhirió a través del decreto impugnado, tal norma fue producto de un acuerdo arribado entre el Estado Nacional y la Provincia accionada, con base en el federalismo de concertación estatuido en el artículo 8 de la Constitución Provincial.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 4. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinticuatro días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular Doctor ALFREDO ELOSU 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: “ETCHEVERRY ALBERTO RUBEN C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”, Expte. Nº 4362/13, 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. 55/65 se presenta el Sr. Alberto Rubén Etcheverry, por derecho propio y con patrocinio letrado, y deduce formal acción de inconstitucionalidad en los términos de la Ley 2130, contra la Provincia de Neuquén.

Solicita se declare la inconstitucionalidad de las siguientes normas: a) Decreto del Poder Ejecutivo Provincial (D.) 422 (dictado con fecha 04-04-2013 y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP) el 19-04-2013; b) Decreto 1.162 (dictado 18-07-2013 y publicado en el BOP el 19-07-2013); c) Decreto 1.208, dictado en consecuencia de aquellas normas (de fecha 24-07-2013, publicado en el BOP 26-07-2013).

Asimismo, pretende en los términos del artículo 6 de la Ley 2130, la suspensión de los efectos de los Decretos citados.

En el capítulo II de su presentación fundamenta la legitimación activa que posee, en su carácter de residente de la Provincia del Neuquén, citando distintos precedentes de este Tribunal.

Luego, bajo el capítulo III, describe que el dictado del D. 422 remplaza los anexos IV y V del Decreto Reglamentario N° 2656/99 de la Ley Provincial General del Ambiente N° 1875 (T.O. Ley N° 2267).

Indica que el anexo IV mencionado contiene el listado no taxativo de actividades que requieren la presentación de un “informe ambiental” (I.A.), mientras que el Anexo V contiene el listado de aquellas actividades que requieren la presentación de un “estudio de impacto ambiental” (E.I.A.).

Señala que la marcada modificación provoca que la actividad hidrocarburífera, detallada sin limitación en el apartado 8 del nuevo Anexo IV de la reglamentación de la Ley 1875, quede sometida a un I.A., en lugar de a un E.I.A., tal como estaba reglamentado hasta el dictado del -cuestionado- D. 422, evitando de tal modo la celebración de la audiencia pública, como mecanismo participativo, con carácter previo a la aprobación del E.I.A.

Con relación al D. 1162, indica que adhiere mediante su artículo 1° al Régimen de Promoción de Inversiones para la Explotación de Hidrocarburos creado por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 929/2013.

En cuanto al D. 1208, señala que, en el marco del D. 1162, aprobó el acta acuerdo celebrada entre el Ministerio de Energía y Servicios Públicos de la Provincia e YPF S.A.

A su entender, todas las normas señaladas repugnan disposiciones de la Constitución Provincial y de las Leyes Provinciales dictadas en el marco de aquella.

Efectúa una síntesis acerca del contenido del D. 1162, mediante la cual describe el régimen que crea la norma y la regulación de las concesiones de explotación no convencionales.

Luego, plantea objeciones legales a cada una de las normas que ataca, las que pueden resumirse del siguiente modo:

Con relación al D. 422 sostiene que el mismo presenta vicios a la luz de los artículos 8, 16, 92, 93, 189 incs. 1) y 29), 214 inc. 3), 215 y ccs. de la Constitución Provincial; arts. 28, 31, 41, 42 y ccs. de la Constitución Nacional; arts. 24 y ccs. de la Ley General Ambiental de la Provincia; 42 y 66 inc. d) de la Ley 1284.

De acuerdo a su posición, tales vicios tornan al cuestionado Decreto manifiestamente nulo e inconstitucional, en cuanto suprime la exigencia de un E.I.A. a la actividad hidrocarburífera a ser aprobada por la autoridad de contralor, previa celebración de una audiencia pública.

Así, entiende que por la simple voluntad del PEP, se evade en forma ilegítima e irrazonable la aplicación del recaudo constitucional y legal de la celebración de audiencia pública, en forma previa a la aprobación del E.I.A.

A su entender, el Poder Ejecutivo, no tiene competencia y potestad legal para dictar normativa en materia de protección ambiental y, particularmente, sobre excepciones a la aplicación de principios esenciales para su tutela, que han sido receptados en normativas de mayor jerarquía. Enfatiza que, esta materia, resulta de exclusiva incumbencia del Poder Legislativo de la Provincia de Neuquén, quien tiene la competencia para legislar al respecto.

En cuanto al D. 1162, el régimen y el D. 1208, expresa que adolecen de vicios legales a la luz de los arts. 8, 16, 19, 21, 58, 90, 92, 93, 95, 189 inc. 1) y 29, 214 inc. 3), 215 y ccs. de la Constitución Provincial; 4, 5, 16, 17, 28, 31, 33, 75 inc. 1), 76 y 124 de la Constitución Nacional; 1, 2, 34, 44, 108 y ccs. de la Ley Provincial de Hidrocarburos y sus correlativos de la Ley Federal de Hidrocarburos, arts. 1, 2, 35, 46 y ccs.; 4, 66 inc. d) de la Ley N° 1284, todo lo que torna nulo e inconstitucional, entre otros, a los arts. 6, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y ccs. del régimen creado por el Decreto.

Afirma que el Poder Ejecutivo carece de competencia y potestad legal para dictar normativa en materia de Recursos Naturales, y en particular, en lo referido a crear nuevos tipos de concesiones de explotación no convencionales (arts. 12 y 13 del Régimen), incluyendo los plazos de ellas. Destaca que ese tipo de cuestiones son de exclusiva incumbencia del Poder Legislativo Provincial y/o del Congreso de la Nación, según el caso.

Advierte un exceso manifiesto en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo.

Asimismo, agrega que tanto el D. 1162, el régimen, y el D. 1208, modifican el procedimiento de reversión de áreas a la Provincia y de adjudicación de concesiones de explotación, en manifiesta inobservancia a las previsiones de la Ley Provincial de Hidrocarburos.

Señala que, para una reversión de un área a la Provincia, resulta necesario, una vez extinguida la concesión de explotación, y a los fines de una nueva adjudicación para la explotación, un proceso público competitivo (concurso o licitación pública).

Agrega que, con el dictado de tales decretos se alteró en forma ilegítima el plazo de duración de las concesiones de explotación, en evidente violación a las disposiciones de la Ley Provincial de Hidrocarburos.

Vuelve sobre la ausencia de potestad por parte del Poder Ejecutivo para aplicar una alícuota cero a los derechos de explotación a la producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos producidos en los proyectos, carencia que entiende reforzada al tratarse de una cuestión de naturaleza federal, de incumbencia del Congreso de la Nación, y señaló que se debió haber efectuado una salvedad expresa al respecto.

Añade que tanto el D. 1162 como el Régimen contenido, vulneran el principio de igualdad y razonabilidad, de acuerdo a los estándares de los arts. 16, 28, 33 y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional, toda vez que solo pueden adherir al Régimen, quienes estén inscriptos en el Registro.

Luego aborda el acta aprobada por el D. 1208, que fuera remitida a la Legislatura de la Provincia para su aprobación. Indica que la

misma le atribuye autoridad y competencia a la Comisión, cuestión que tilda de inadmisible e ilegítima, en tanto interfiere en las potestades de la Provincia concernientes al poder de policía y control sobre la actividad hidrocarburífera.

Además, señala que se genera una prórroga de una concesión de explotación por el término de 22 años, incompatible con las disposiciones del Régimen y, principalmente, de la Ley de Hidrocarburos Provincial.

Agrega que, aún en la hipótesis en la que se considerara que el D. 1162 fuere constitucional, ni el D. 1208 ni el acta se ajustan legalmente a las disposiciones del primero.

A su entender se está vulnerando, a través de un acto de alcance individual, uno de alcance general, en contra de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo local, en sus arts. 41 inc. g), 21 y 22 de la Constitución Provincial y, art. 16 de la Constitución Nacional.

En cuanto a los arts. 4 y 7 del Acta, dice que reflejan un trato tributario diferencial e injustificado para YPF, en relación a los impuestos de sellos, ingresos brutos, rentas y cánones extraordinarios, con un claro perjuicio a la recaudación del fisco de la Provincia de Neuquén.

En la misma presentación, bajo el capítulo VI, solicita se ordene la suspensión de los Decretos número 422, 1162, 1208, como así también del Acta.

Para finalizar, ofrece prueba, plantea la reserva de la cuestión federal por gravedad institucional y eventual arbitrariedad en el decisorio.

II.- A fs. 66 se confirió el traslado a la Provincia de Neuquén y al Fiscal de Estado del pedido de suspensión solicitado, el que fue contestado por la primera a fs. 75/84, conforme ya fuera abordado en la oportunidad de resolverse el pedido cautelar (cfr. fs. 112/121).

III.- A fs. 88/93 se presenta nuevamente el actor y denuncia como hecho nuevo la sanción de la Ley N° 2867, y solicita la inconstitucionalidad de la misma y la suspensión de sus efectos.

Para fundamentar su pedido, afirma que la misma se encuentra estrechamente vinculada con la acción aquí impetrada, en tanto la misma aprueba el acta acuerdo suscripta con fecha 24 de julio de 2013 entre el Ministro de Energía y Servicios Públicos de la Provincia del Neuquén e YPF S.A., que fuera aprobada mediante el Decreto N° 1208.

A continuación ratifica la totalidad de los términos y pretensiones derivadas de la acción de inconstitucionalidad y postula que, en línea con lo desarrollado en su demanda, los artículos 1, 2, 3 y 4 de la misma son manifiestamente inconstitucionales y nulos de nulidad absoluta de conformidad a lo que disponen los artículos 8, 12, 16, 93, 95, 142, 143, 189 incs. 1) y 29), 214 y 215 de la Constitución Provincial, y que los decretos impugnados no pueden ser subsanados por una ley.

Afirma que la ley carece de razonabilidad, contiene un trato diferencial injustificado a favor de YPF, en perjuicio de los intereses de la Provincia y en relación a otros concesionarios.

A fs. 95/98 vta., la Provincia accionada contesta el traslado conferido: rechaza en forma terminante los vicios y calificaciones endilgados a la ley, tanto por motivos de orden formal como sustancial; postula la excepcionalidad de la suspensión de la vigencia y no acreditación de los recaudos de la Ley 2130, que la supuesta inconstitucionalidad no surge del confronte de las normas atacadas con la constitución; que se pretende sustentar la acción en gran medida en la supuesta violación a la Constitución Nacional e incluso a Pactos Internacionales y en Leyes Provinciales y Nacionales; que no hay debida argumentación ni ataque a las normas legales y un más amplio debate.

Agrega que la Ley N° 2867 no es una norma de alcance general y cita antecedentes de este Tribunal Superior de Justicia: en forma puntual expone lo que se sostuvo en el Acuerdo N° 1321/07, en cuanto se reconoce la competencia provincial para el dictado de normas ambientales, incluso otorgando validez y rechazando planteos de inconstitucionalidad efectuados contra distintos decretos emitidos por el Poder Ejecutivo Provincial.

Para terminar, reitera los fundamentos que oportunamente expusiera al contestar el traslado del pedido de suspensión de la ejecución de los Decretos 422/13, 1162/13 y 1206/13, y afirma que la actora no alegó ni demostró adecuadamente en su escrito que los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley N° 2867, prima facie, hubiesen incurrido en una transgresión de la Constitución Provincial.

IV.- A fs. 112/121 se rechaza el pedido cautelar efectuado por el Señor Alberto Rubén Etcheverry (cfr. R.I. 18 del Tribunal en Pleno de fecha 10/12/13).

A fs. 131/133 vta. se declara la admisión parcial del proceso constitucional instado con relación a los Decretos 422/13 y 1162/13 (cfr. R.I. 11/14 del Tribunal en Pleno).

V.- A fs. 141/154, luego de conferido el pertinente traslado, la Provincia accionada, a través de su apoderado y con el patrocinio letrado del Sr. Fiscal de Estado, contesta la acción interpuesta.

En primer orden, y por imperativo procesal, niega y rechaza todos y cada uno de los hechos esgrimidos por el accionante; rechaza

la acreditación de los vicios y calificaciones que, entiende, han sido meramente endilgados y que ninguno de los decretos cuestionados acreditan violación o apartamiento alguno del texto de la Constitución Provincial.

Agrega que la supuesta inconstitucionalidad no surge del confronte de las normas atacadas con la Constitución, entendiendo que existe una abstracción en el análisis comparativo a realizarse entre la Constitución Provincial y los Decretos 422/13 y 1162/13, y se pretende fundar la acción, en gran medida, en una supuesta violación a la Constitución Nacional, lo que no resulta compatible con el sistema provincial.

Entiende, además, que se intenta sostener la acción en leyes nacionales y provinciales, lo que va en contra de las previsiones dispuestas por los artículos 16 y 241 inc. a) de la Constitución Provincial, y los artículos 1 y concordantes de la Ley N° 2130, que justamente tiene por función resguardar la constitucionalidad prevista por la Carta Magna local.

Expone que también se pretende el ataque al régimen de promoción de inversión para la explotación de hidrocarburos creado por el Decreto Nacional 929/13, lo que a su modo de ver resulta imposible a través de este especial proceso constitucional, máxime cuando gran parte de los argumentos utilizados y normativa invocada, ya no tendrían aplicación en función de la sanción de la Ley N° 27007, que fuera promulgada por el Decreto Nacional 2009/2014.

Luego hace referencia de manera particular a cada uno de los decretos que fueran atacados: En cuanto al D. 422, cita precedentes de este Tribunal, en cuanto reconocen la competencia de la provincia para el dictado de normas ambientales, incluso reconociéndole validez y rechazando planteos de inconstitucionalidad que se habrían efectuado a diferentes decretos emitidos por el Poder Ejecutivo Provincial.

De acuerdo a la postura que asume, el Poder Ejecutivo Provincial, por imperio de lo dispuesto en los artículos 92 y 189 inc. 29) de la Carta Magna Local, es competente para reglamentar las leyes ambientales dictadas por la Honorable Legislatura que incluso tiene competencia para dictar aquellos actos administrativos que considere necesarios tendientes a la protección de dicho bien jurídico colectivo, y cita el artículo 90 de la Constitución Provincial y la Ley N°1875.

Entiende que en la actualidad es indiscutido el reconocimiento y ejercicio por parte del Poder Ejecutivo Provincial de tal prerrogativa reglamentaria por estar enderezada a reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de las leyes.

Sostiene que a nivel nacional la CSJN ha señalado que dentro de las facultades emergentes del actual artículo 99 inc. 2) de la Constitución Nacional (similar al artículo 241 inc. 3) de la Constitución Provincial), se encuentra la de dictar reglamentos de ejecución adjetivos y sustantivos: los primeros son los que establecen normas de procedimiento para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración Pública; entre los segundos se encuentran aquellos susceptibles de ser emitidos cuando el legislador encomienda al ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el administrador, supuesto en el que a su entender se subsume el D.422.

Luego hace referencia a la cuestión constitucional y entiende que se basa en errores de conceptos: entiende que ésta debe considerarse dentro del contexto histórico de la Provincia y, necesariamente, vinculado a la industria hidrocarburífera que, en forma casi excluyente, compone la matriz productiva y ha posibilitado su desarrollo económico y social.

Aduce que la participación ciudadana no ha sido impedida en tanto la planificación del desarrollo de la industria hidrocarburífera, como principal motor económico de la Provincia, ha formado parte de las plataformas electorales de los sucesivos gobiernos mediante elección popular.

Así, parte de la premisa de que, tanto el Estudio de Impacto Ambiental como el Informe Ambiental, son instrumentos de identificación de diversos aspectos ambientales, cuyos requerimientos se encuentran detallados en el Anexo III del decreto reglamentario de la LGPA 1875, sujetos a la evaluación y aprobación de la autoridad de aplicación, puesto que, la presentación de cualquiera de ellos da inicio al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a la emisión de la Licencia Ambiental para toda la actividad o proyecto que por su envergadura o características pueda alterar el medio ambiente, y cita el artículo 24 de la Ley N° 1875.

Entiende como errónea la afirmación de que, a partir de la modificación impulsada por el D. 422, la totalidad de la actividad hidrocarburífera queda detallada sin limitación y sometida a la presentación de informes ambientales en lugar de estudios de impacto ambiental.

Postula que las modificaciones efectuadas por el D.422 no son representativas de la actividad hidrocarburífera. Asevera que en ningún momento la perforación de pozos mediante la técnica extractiva convencional, requirió de la presentación de estudios de impacto ambiental, ni estuvo sometida al mecanismo participativo de audiencia pública.

Cita las normativas específicas vigentes en la Provincia del Neuquén sobre la materia en análisis de constitucionalidad en el presente proceso y explica pormenorizadamente el régimen de protección ambiental en explotaciones de yacimientos no

convencionales.

En función del análisis integral de la normativa provincial descarta el argumento de que la actividad hidrocarburífera es detallada sin limitación en el apartado 8 del nuevo Anexo IV de la Reglamentación General de la Ley Provincial.

Endilga incoherencia al planteo de la falta de competencia del Poder Ejecutivo Provincial para modificar los anexos IV y V del Decreto Reglamentario 2656/99 de la Ley 1875 a través del cuestionado D. 422, toda vez que, desde su posición jurídica, la declaración de inconstitucionalidad de la cuestionada norma, implicaría retrotraer la situación a la vigencia del Decreto 2656/99, dictado por el mismo Poder Ejecutivo Provincial al que se le endilga la carencia de competencia y el exceso manifiesto del ejercicio de la potestad reglamentaria para modificar lo que el mismo ha dictado.

En otro capítulo se pronuncia sobre el D. 1162, y entiende que el mismo no puede ser cuestionado por la vía que se intenta: así no comparte la posición que postula que, al adherir la norma cuestionada al Decreto 929/13, queda incorporada al derecho público provincial, lo que habilita sin más para cuestionar su constitucionalidad.

A su entender, el D. 1162 trasluce una manifestación de voluntad política del Sr. Gobernador, en su carácter de Jefe de Gobierno Provincial, que evidenciando un federalismo de concertación plasmó por ese medio instrumental su intención de acompañar al Gobierno Nacional en la política hidrocarburífera.

Hace mención del precedente “Etcheverry” con relación a las facultades de Provincia y Nación en la materia objeto de análisis, para concluir que tal decreto es ajeno al control que se estatuye a través del artículo 2 de la Ley N° 2130.

Postula que, en orden a la distribución de competencias constitucionalmente impuestas mal podría considerarse que la adhesión realizada por el Jefe de Gobierno Provincial a la norma dictada en uso de facultades delegadas al Estado Nacional produce efectos jurídicos en el ámbito provincial, más allá de un simple acompañamiento a la política nacional en la materia.

Luego, califica al acto de político institucional, y lo diferencia de la función administrativa, a cuyo fin cita autorizada doctrina en orden a fortalecer su postura, y entiende que no resulta procedente el control judicial del D. 1162 por el carácter político institucional del mismo.

Para concluir, con cita de doctrina y jurisprudencia, plantea la improcedencia del planteo, e insiste en el carácter restrictivo, como también que frente a un supuesto de duda, debe prevalecer la validez de los actos por aplicación del principio de presunción de validez y constitucionalidad que poseen los actos emanados de los poderes públicos. Formula petitorio.

VI.- A fs. 159/175 vta. obra el dictamen del Sr. Fiscal General Subrogante, quien propicia el rechazo de la acción de inconstitucionalidad peticionada.

VII.- A fs. 176 se dicta la providencia de autos, que a la fecha se encuentra firme y consentida.

VIII.- Conforme se ha expedido este Tribunal en reiteradas oportunidades, cada vez que debe 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, citado en Ac. 1/16, entre otros).

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 (cfr. Ac. 1/16, entre otros).

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 los actores.

IX.- De la lectura del escrito inicial se desprende que el accionante pretende la declaración de inconstitucionalidad del (i) Decreto del Poder Ejecutivo Provincial 422 (D.422), dictado con fecha 04-04-2013 y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP) el 19-04-2013, (ii) y del Decreto 1162 (D.1162), dictado 18-07-2013 y publicado en el BOP el 19-07-2013.

El primero (D.422), remplaza los anexos IV y V del Decreto Reglamentario N° 2656/99 de la Ley Provincial General del Ambiente N° 1875 (T.O. Ley N° 2267): el mencionado anexo IV contiene el listado no taxativo de actividades que requieren la presentación de un "informe ambiental" (I.A.), mientras que el Anexo V contiene el listado de aquellas actividades que requieren la presentación de un "estudio de impacto ambiental" (E.I.A).

Así, señala que la marcada modificación provoca que la actividad hidrocarburífera, detallada sin limitación en el apartado 8 del nuevo Anexo IV de la reglamentación de la Ley N° 1875, quede sometida a un I.A., en lugar de a un E.I.A., tal como estaba reglamentado hasta el dictado –del cuestionado- D. 422, evitando de tal modo la celebración de la audiencia pública, como mecanismo participativo, con carácter previo a la aprobación del E.I.A.

Con relación a la afectación constitucional que advierte, sostiene que el mismo presenta vicios a la luz de los artículos 8, 16, 92, 93, 189 incs. 1 y 29, 214 inc. 3), 215 y ccs. de la Constitución Provincial; arts. 28, 31, 41, 42 y ccs. de la Constitución Nacional; arts. 24 y ccs. de la Ley General Ambiental de la Provincia; 42 y 66 inc. d) de la Ley N° 1284.

Según su posición, tales vicios tornan al cuestionado decreto manifiestamente nulo e inconstitucional, en cuanto suprime la exigencia de un E.I.A. a la actividad hidrocarburífera a ser aprobada por la autoridad de contralor, previa celebración de una audiencia pública.

En su postura, ello provoca que, por la simple voluntad del PEP, se evada en forma ilegítima e irrazonable la aplicación del recaudo constitucional y legal de la celebración de audiencia pública, en forma previa a la aprobación del E.I.A.

A su entender, el Poder Ejecutivo, no tiene competencia y potestad legal para dictar normativa en materia de protección ambiental y, particularmente, sobre excepciones a la aplicación de principios esenciales para su tutela, que han sido receptados en normativas de mayor jerarquía. Enfatiza que, esta materia, resulta de exclusiva incumbencia del Poder Legislativo de la Provincia de Neuquén, quien tiene la competencia para legislar al respecto.

Con relación a la segunda norma que impugna, (D.1162), la misma adhiere mediante su artículo 1° al Régimen de Promoción de Inversiones para la Explotación de Hidrocarburos creado por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 929/2013.

Expresa que el D.1162, adolece de vicios legales a la luz de los arts. 8, 16, 19, 21, 58, 90, 92, 93, 95, 189 inc. 1) y 29, 214 inc. 3), 215 y ccs. de la Constitución Provincial; 4, 5, 16, 17, 28, 31, 33, 75 inc. 1), 76 y 124 de la Constitución Nacional; 1, 2, 34, 44, 108 y ccs. de la Ley Provincial de Hidrocarburos y sus correlativos de la Ley Federal de Hidrocarburos, arts. 1, 2, 35, 46 y ccs.; 4, 66 inc. d) de la Ley N° 1284, todo lo que lo torna nulo e inconstitucional.

Afirma que el Poder Ejecutivo carece de competencia y potestad legal para dictar normativa en materia de Recursos Naturales, y en particular, en lo referido a crear nuevos tipos de concesiones de explotación no convencionales (arts. 12 y 13 del Régimen), incluyendo los plazos de ellas. Destaca que ese tipo de cuestiones son de exclusiva incumbencia del Poder Legislativo Provincial y/o del Congreso de la Nación, según el caso.

Advierte un exceso manifiesto en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo.

Por su parte, la demandada defiende la constitucionalidad de la normativa atacada: así, en relación con el D. 422, aborda en primer lugar la potestad que entiende posee el Poder Ejecutivo Provincial para el dictado de la norma atacada. A tal fin trae a consideración distintos párrafos extraídos de los Acuerdos Nros. 5/14 ("Y.P.F.") y 1321/07 ("Y.P.F"), que cree de gran importancia por cuanto reconocen la competencia de la Provincia para el dictado de normas ambientales, incluso reconociendo validez y rechazando los planteos de inconstitucionalidad efectuados a distintos decretos emitidos por el Poder Ejecutivo.

Para reforzar su postura afirma que el Poder Ejecutivo Provincial es titular de la potestad reglamentaria, conforme lo dispone el art.

214 inc. 3) de la Constitución Provincial y, en su virtud, puede dictar normas en materia de protección ambiental.

Luego aborda lo referente a la sustancia contenida en la norma atacada:

a) En relación al supuesto impedimento de la participación ciudadana, la misma entiende que se encuentra cumplida, en tanto la planificación del desarrollo de la industria hidrocarburífera ha formado parte de las plataformas electorales de los sucesivos gobiernos elegidos mediante elección popular;

b) En cuanto al incorrecto planteo de la eliminación de la audiencia pública fundado en el requerimiento de un "informe ambiental" para actividades que antes requerían un "estudio de impacto ambiental", manifiesta que es facultativo de la autoridad solicitar en aquellos casos que lo considera pertinente la realización de una audiencia pública, como también una mayor cantidad de información, para los supuestos de proyectos u actividades que, conforme al listado no taxativo incluido en el anexo IV del Decreto Reglamentario de la LPGA, deban presentar un "informe ambiental".

Agrega que, lo que reviste mayor importancia es que el art. 24 de la Ley 1875 (T.O. 2264) y de su decreto reglamentario, implica que las obras o proyectos que por su envergadura puedan alterar el medio ambiente, deben cumplir con el procedimiento para obtener la Licencia Ambiental. La emisión de la misma implica la evaluación de impactos ambientales por parte de la autoridad de aplicación, siendo el procedimiento para tal examen la presentación de "informes", "estudios de impacto" o "auditorías ambientales", sin que la autoridad de aplicación autorice la emisión de ninguna licencia ambiental, sin cumplir en forma previa con la evaluación de los impactos, y contando con la potestad de solicitar, cuando lo considere necesario, toda información adicional que estime corresponder;

c) La equivocada afirmación de que a partir de la modificación dispuesta por el D.422, toda la actividad hidrocarburífera queda detallada sin limitación y sometida a la presentación de informes ambientales en lugar de "estudios de impacto ambiental": sobre el particular expone que lejos de ser ello real, la actividad hidrocarburífera se encuentra regulada en todos sus aspectos por la normativa específica, haciendo referencia la modificación introducida por el D.422, solo a cuatro ítems.

Entre ellos la actividad de perforación de pozos exploratorios fuera del área de desarrollo, que constituyen el 7% de la totalidad de las perforaciones, que nunca tuvieron como exigencia la presentación previa de un Estudio de Impacto Ambiental.

Agrega que, en definitiva, las modificaciones efectuadas por el D. 422 no son representativas de la totalidad de la actividad hidrocarburífera, y resalta que, en ningún momento la perforación de pozos explotados mediante la técnica extractiva convencional, que constituyen el 93% de los existentes en la provincia, requirió de presentación de estudios de impacto ambiental, ni estuvo sometido al mecanismo participativo de audiencia pública;

d) Luego, la errónea afirmación de que la actividad hidrocarburífera se encuentra detallada sin limitación en el apartado 8 del nuevo anexo IV del Reglamento de la Ley General Provincial de Ambiente, cuya modificación se operó a través del D. 422, a cuyo fin la accionada brinda un detalle, al cual por razones de economía procesal se remite, de las normas existentes dentro del marco provincial vinculadas a la actividad en cuestión.

En relación con la restante norma impugnada por el actor, esto es el D. 1162, entiende que el mismo no es susceptible de ser impugnado por la presente vía, en tanto se trata sólo de una manifestación de la voluntad política del Sr. Gobernador de acompañamiento al Gobierno Nacional en su política hidrocarburífera.

Afirma que no solo no procede el pretendido control judicial por el propio carácter político o institucional de la norma, sino que tampoco puede cuestionarse, forzando la letra y la intención del mismo, el texto de la normativa nacional adherida por la vía de la presente acción de inconstitucionalidad.

Para terminar menciona que debe tenerse en consideración que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene carácter restrictivo y ante el mínimo caso de duda, debe sostenerse la validez de los actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, máxime en el caso de la acción contenida en la Ley N° 2130 que, de ser procedente, produce la derogación de la norma con efectos erga ommnes.

X.- Delimitadas así las posturas de ambas partes, se advierte que el conflicto constitucional traído a resolución se encuentra circunscripto a determinar si las normas denunciadas –D.422 y D.1162-, vulneran el espíritu de la ley y si resulta en su casoposible, dentro del marco del control de constitucionalidad concentrado y en abstracto, una interpretación conciliadora entre los cuestionados Decretos y la Constitución.

Para dar una respuesta a tal interrogante, cabe comenzar por contextualizar la cuestión planteada dentro de la esfera de una materia tan sensible como lo es el derecho ambiental, que ha sido invocado por ambas partes, y cuya consideración no puede ser obviada en esta instancia.

Así, el debate se produce dentro del espectro de alta sensibilidad social y especial tutela constitucional y convencional que poseen los bienes jurídicos involucrados en la normativa cuestionada.

En forma puntual, el actor cuestiona la falta de competencia por parte del Poder Ejecutivo Provincial para el dictado de una norma como el D.422, en cuanto se trata de una normativa en materia de protección del medio ambiente y que, además, según postula, excepcionaría la aplicación de principios esenciales para su tutela receptados en normas de mayor jerarquía, como lo es la realización del Estudio de Impacto Ambiental previo.

Ahora bien, cabe en primer término abordar algunos conceptos generales acerca de la distribución de competencias en materia ambiental.

En este sentido, corresponde realizar un repaso acerca de la forma federal de Estado que nuestra Constitución Nacional adoptara, que ha sido tomada del modelo Norteamericano, pero con perfiles propios.

Del texto constitucional se desprende que las Provincias, como unidades de gobierno preexistentes, conservan todo el poder no delegado al Gobierno Nacional a través de la Constitución.

Sin embargo, en lo atinente a la materia ambiental, ésta no se encontraba contemplada en el texto constitucional, y se entendía reservada su regulación a la esfera federal, ello así hasta la reforma del año 1994.

Luego, a través del artículo 41 de la C.N., se legisló la materia: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambiental.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.”

Como se aprecia, la reforma Constitucional no sólo introdujo la cláusula del desarrollo sostenible, sino que estructuró además una nueva forma de como producirse la normación de un bien jurídico colectivo como el ambiente (cfr. Esain, José Alberto “LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NACIÓN-PROVINCIAS EN MATERIA AMBIENTAL”, publicado en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 2, Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manili Pablo A. (coordinación), Editorial: Hammurabi, Buenos Aires, 2010.).

Esta nueva distribución de competencias en materia ambiental ha provocado una mutación en la estructura federal argentina, que alcanza a las tres funciones clásicas del Estado “…desde el tercer párrafo del artículo, se puede verificar a) una nueva manera de legislar en la estructura federal, ya que la misma hoy incluye una concurrencia complementaria de los tres órdenes que no tiene antecedentes en nuestro sistema; b) una descentralización de importantes proporciones en cuanto a la gestión administrativa del ambiente, acompañada por c) una trascendente descentralización en cuanto a la intervención de los poderes judiciales locales…” (Esaín, José Alberto, Ob. Citada).Siguiendo al citado autor, explica con relación a la concurrencia complementaria legislativa, que dicha función, en el artículo 41 de la CN, aparece desdoblada en dos subfunciones: al Estado Federal le corresponde “dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección” y a las provincias dictar normas “necesarias para complementarlas”.

En la misma línea la destacada constitucionalista Gelli explica que: “la competencia ambiental fue delegada a la órbita federal sólo en lo referido a los presupuestos mínimos de protección. En todo lo demás, las provincias conservan atribuciones para complementar y extender el resguardo ambiental. Y ello así pues, aunque existen necesidades y problemas comunes a todo el país, cada región requiere de protección y soluciones específicas y propias. Por ello, dentro de cada jurisdicción local, las responsabilidades de las provincias son primarias y fundamentales para ampliar la protección y aplicar la normativa legal” (cfr. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, segunda edición ampliada y actualizada, La Ley, 1997-E, 805).

En cumplimiento del mandato constitucional, y con la finalidad de armonizar políticas entre la Nación y las Provincias, pero además en la búsqueda de adoptar una técnica legislativa, que dote de determinada rigidez formal al resto del sistema normativo, es que el legislador dictó la Ley 25675, como una norma de presupuestos mínimos, a la que se denominó Ley General del Ambiente (LGA).

Como ley de presupuestos mínimos, la LGA establece en su artículo 1° que: “…los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente”, y en tal finalidad ordena, centraliza y sistematiza los contenidos de las restantes leyes de presupuestos mínimos sectoriales.

En el contexto normativo local, aún antes de la reforma de 1994 fue dictada la Ley 1875, modificada luego a través de la Ley 2267 (publicada el 23-12-1998), que a su vez fue reglamentada mediante el Decreto 2656/99, cuyos anexos IV y V fueron modificados por el cuestionado D.422.

La materia ambiental fue incluida en el texto Constitucional de la Provincia con la reforma del año 2006, en cuyo artículo 8 se advierte la presencia del federalismo de concertación como un esquema de relación con el Estado Federal.

El citado artículo dispone: "La Provincia conserva y ejerce en plenitud todo el poder no delegado en la Constitución Nacional al Estado Federal y todos los que le reconocen los artículos 124 y 125 de la Constitución Nacional. En función de lo establecido en el párrafo anterior, la Provincia, entre otras acciones: 1. Promueve un federalismo de concertación con el Gobierno Federal y entre las provincias, con la finalidad de satisfacer intereses comunes, participa en organismos de consulta y decisión de nivel federal y establece relaciones intergubernamentales o interjurisdiccionales, mediante tratados y convenios…".

XI.- Conforme el repaso normativo efectuado, tanto a nivel nacional como local, corresponde estudiar sí, tal como lo postula la actora, el D.422 dictado por el Poder Ejecutivo Provincial contiene los vicios de inconstitucionalidad que se denuncian.

En otras palabras, debe determinarse si el Poder Ejecutivo Provincial se encontraba habilitado para ejercer su potestad reglamentaria en materia ambiental, y así establecer el listado de actividades no taxativas que requieren de la presentación de un informe de impacto ambiental.

En ese contexto, debe insoslayablemente analizarse la denominada potestad reglamentaria que el artículo 214 inc. 3) de la Constitución Provincial otorga al Poder Ejecutivo, pues es justamente allí donde la actora advierte el vicio que de algún modo provoca a su entender la inconstitucionalidad de la norma atacada.

El artículo 214 inciso 3) dispone: "Artículo 214 El gobernador es el jefe de la Administración de la Provincia y tiene las siguientes atribuciones y deberes: …

3. Expedir las instrucciones, decretos y reglamentos necesarios para poner en ejercicio las leyes de la Provincia, no pudiendo alterar su espíritu por medio de excepciones reglamentarias.".

Estos reglamentos, que la doctrina ha llamado de "ejecución" se encuentran directamente relacionados con la norma que reglamentan, como así también con el resto del ordenamiento jurídico de jerarquía superior.

Ahora bien, para determinar si efectivamente la reglamentación dictada tiene entidad suficiente para alterar el espíritu de la norma que pretendió poner en ejercicio, se impone el estudio de esta última, que si bien ya ha sido mencionada, no ha sido abordada aún en el sentido sustancial que aquí se pretende.

La Ley N° 1875, en su texto ordenado propuesto por la Ley N° 2267, tiene por objeto establecer dentro de la política de desarrollo integral de la Provincia, los principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente en todo el territorio de la Provincia del Neuquén, para lograr y mantener una óptima calidad de vida de sus habitantes (cfr. artículo 1 de la Ley N° 1875 – T.O. Ley N° 2267).

La citada ley contempla en su artículo 3 sus finalidades, a saber: "ARTÍCULO 3°: Son finalidades concretas de esta Ley, las siguientes: a) El ordenamiento territorial y la planificación de los procesos de urbanización, poblamiento, industrialización, explotación minera y expansión de fronteras productivas en general, en función de los valores del ambiente. b) La utilización racional del suelo, agua, flora, fauna, paisaje, fuentes energéticas y demás recursos naturales en función de los valores del ambiente. c) La coordinación de acciones y de obras de la administración pública y de los particulares en cuanto tengan vinculación con el medio ambiente. d) La orientación, fomento, desarrollo y coordinación de programas educativos y culturales a fin de promover la concientización y participación de la población en todo cuanto se refiere a la protección del hábitat y del medio ambiente. e) El estudio de las políticas de desarrollo y actividades dentro y fuera del país, respecto de acciones que puedan impactar sobre el ambiente provincial, y la formulación de oposiciones y reservas que crea conveniente. f) La protección, defensa y mantenimiento de áreas y monumentos naturales, refugios de la vida silvestre, reservas forestales, faunísticas y de uso múltiple, cuencas hídricas protegidas, áreas verdes de asentamiento humano, y cualquier otro espacio físico que conteniendo flora y fauna nativas o exóticas, requieren un régimen de gestión especial. g) La prevención y control de factores, procesos, actividades o componentes del medio que ocasionan o puedan ocasionar degradación al ambiente, a la vida del hombre y a los demás seres vivos."

A su vez, el citado Decreto N° 2656 (Publicado B.O. el 17/09/99), como reglamentario de la ley provincial, dispone al reglamentar el artículo 3 que:

"La Autoridad de Aplicación velará por la puesta en práctica de las finalidades expresadas en el art. 3° de la Ley, y estará facultada a tal efecto para promover y/o ejecutar todas las medidas que se correspondan con dichas finalidades, pudiendo a tal fin …Imponer requisitos adicionales o especiales a los requerimientos formulados en el presente o sus anexos…" (cfr. Artículo 3 del Decreto N° 2656. El resaltado no se encuentra en su original).

Tal como se expusiera al inicio, el Decreto 2656, que reglamenta a la Ley Ambiental Provincial, fue parcialmente modificado por el cuestionado D.422: el mismo, con cita de los artículos 20 y 24 de la Ley 1875, adecua la reglamentación contenida en el Decreto

2656 a las nuevas normas de la ciencia y técnica y las actividades desde allí surgen (cfr. se expone en sus considerandos).

A su vez, los citados artículos de la Ley Provincial 1875 expresan que:

"ARTÍCULO 20°: Cualquier actividad que sea capaz -real o potencialmente- de modificar el ambiente ya sea por la incorporación de agentes químicos, físicos, biológicos o la combinación de ellos, o realizar manejos incorrectos, que puedan traducirse en un cambio de aptitud del recurso o daño a la salud, o alteraciones en el bienestar de la población o afecten a la flora y fauna, deberán cumplir con las normas que establezca la autoridad de aplicación, en coordinación con los organismos de competencia, los que tendrán en cuenta el objeto de la presente Ley.

"ARTÍCULO 24°: (Texto según Ley 2267) Todo proyecto y obra que por su envergadura o característica pueda alterar el medio ambiente deberá contar como requisito previo y necesario para su ejecución, con la Declaración de Impacto Ambiental y su correspondiente Plan de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad de aplicación. El procedimiento para la aprobación contemplará un régimen de audiencias públicas y de licencias ambientales. Ninguna obra, proyecto o emprendimiento podrá proseguir en caso de haberse iniciado sin contar con la licencia ambiental emitida por la autoridad de aplicación. En el caso de obras, proyectos o emprendimientos que por sus características impliquen riesgo ambiental, se deberá incorporar el respectivo estudio de impacto ambiental conforme lo determine la reglamentación de un anexo de análisis de riesgo."

Puntualmente, el D.422 dispone en su artículo 1° la aprobación de las "modificaciones introducidas a los Anexos IV (Listado no taxativo de actividades que requieren de la presentación de un Informe Ambiental –I.A.) y V (Listado no taxativo de las actividades que requieren de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental –E.I.A.-) del Decreto Reglamentario N° 2656/99 de la Ley 1875 (TO Ley 2267)…"

Luego a través de su Anexo I dispone, en los sucesivos artículos, el modo en el que quedan redactados los listados no taxativos pertenecientes al anexo IV (artículo 1°) y al anexo V (artículo 3°), y reserva el artículo 2° para un nuevo elemento de evaluación, a lo que denomina "Análisis de Riesgo Ambiental".

De tal modo, la nueva disposición es la siguiente:

El artículo 1 del anexo I lista de manera no taxativa las actividades que requieren de la presentación de un Informe Ambiental: en lo que interesa al análisis de la presente acción, en el punto 8 se consigna la "Actividad Hidrocarburífera", con el siguiente listado; "Pozos de desarrollo convencionales y no convencionales; pozos exploratorios convencionales y no convencionales que se encuentren dentro de un área de desarrollo; todo tipo de instalaciones (baterías, oleoductos y gasoductos de interconexión, pozos de inyección, pozos de extracción, etc.); sísmicas que se realicen dentro de áreas de desarrollo que cuenten con E.I.A. aprobado por la Autoridad de Aplicación; Infraestructura caminera que no esté asociada directamente con los proyectos arriba mencionados; Acueducto, piletas de almacenamiento de agua dulce y su infraestructura. Plantas de tratamiento de agua de formación y su infraestructura; Almacenamiento, comercialización y transporte de combustibles fósiles; Almacenamiento de petróleo, productos petroquímicos y químicos; comprende las instalaciones complementarias de otras industrias; Industrias asociadas a la actividad hidrocarburífera."

Por su parte, el artículo 2° del Anexo I, dispone que: "La autoridad de Aplicación podrá requerir, si lo considera conveniente, la incorporación de un Análisis de Riesgo Ambiental. Las actividades que se describen a continuación deben contar, obligatoriamente, con un Análisis de Riesgo Ambiental…": "Depósito y tratamiento de lodos provenientes de la actividad minera o hidrocarburífera; Pozos exploratorios fuera de las áreas de desarrollo; Prospección sísmica fuera de las área de desarrollo; Plantas compresoras de gas y toda infraestructura asociada a las mismas; Plantas de tratamiento de distintos tipos; Almacenamiento de gas tanto en instalaciones aéreas como subterráneas; Antenas de transmisión de todo tipo.".

Finalmente, en el artículo 3 del Anexo, se dispone el anexo V, que lista de manera no taxativa las actividades que requieren de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental.

XII.- Ahora bien, conforme ha sido descripto, el sistema normativo vigente se conforma de una serie de disposiciones y normas vigentes, y que si bien algunas han sido cuestionadas, lo fue a través del particular carril dispuesto por la Ley 2130, esto es a través de un proceso constitucional mediante el cual se permite el juzgamiento de las normas atacadas "en abstracto".

Sobre tales bases, y partiendo de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2656, que como se anticipara, habilita a la autoridad de aplicación para promover o ejecutar todas las medidas que se correspondan con las finalidades contenidas en la Ley 1875, inclusive la de imponer, según lo crea conveniente, aquellos requisitos adicionales o especiales a los requerimientos formulados en el mismo Decreto y sus anexos, puede afirmarse como una primera conclusión que, en efecto, el Poder Ejecutivo se encontraba habilitado para su dictado.

Luego, si como se dijo, resulta afirmativa la competencia para la emisión de una norma como el D.422, cabe determinar sí el contenido del mismo, logra de algún modo desvirtuar la finalidad y espíritu de la norma que pretende reglamentar: y aquí, la

respuesta que se adelanta es por su negativa.

La modificación de los anexos del Decreto 2656, impulsada por el D.422 debe ser interpretada de manera integral y conjunta con todo el ordenamiento: Así, será la autoridad de aplicación la competente para determinar si la actividad que se va a realizar requiere o no de la realización de un Estudio de Impacto Ambiental, y la correspondiente Audiencia Pública.

Pero, si por caso, se decidiese que determinada actividad no requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, como el instrumento adecuado para su gestión, el propio juego armónico de la normativa establecida (facultades otorgadas a la Administración a través del art. 3 del D.2656/99 y el art. 2 del Anexo I del D.422) permite a través de la aplicación de distintas técnicas de evaluación complementar el sistema, con medidas como la potestad que otorga el cuestionado D. 422, en cuanto incorpora en su artículo segundo la posibilidad para la autoridad de aplicación de requerir un “Análisis de Riesgo Ambiental”, siendo el mismo obligatorio para ciertas actividades listadas en la propia norma.

En definitiva la interrelación que puede construirse entre la Ley y su reglamentación, en especial entre las facultades brindadas a través del art. 3 del Decreto Reglamentario 2656/99 y el artículo 2 del Anexo I del D.422, que permite a la Autoridad de Aplicación, de considerarlo oportuno y conveniente, incorporar un “análisis de riesgo ambiental” para la evaluación de la actividad que se tratase, permite descartar la tacha de inconstitucionalidad alegada.

No debe dejar de señalarse que es la Administración quien tiene competencia para determinar si la actividad que va a realizarse requiere, o no, del estudio de impacto ambiental y la consecuente audiencia pública, no pudiéndose advertir en el caso traído a juzgamiento que la potestad reglamentaria ejercida a través del D.422 resulte nula e inconstitucional.

Por lo demás, tal como lo postula el Señor Fiscal General Subrogante en su dictamen, es en este estrecho marco del control concentrado y abstracto de constitucionalidad que la pretensión esbozada no puede prosperar, lo que no implica que, dentro de otro marco de control constitucional, se advierta en un caso en concreto la necesidad de realizar otro recorrido de análisis en pos de la protección y resguardo de los postulados constitucionales (cfr. "Calful Lucía c/Provincia de Neuquén y otro s/Acción Procesal Administrativa" -Expte. 3861/2012- Acuerdo n° 92/2016).

XIII.- Por último, corresponde abordar el análisis del planteo formulado por la actora con relación al D.1162.

Dicha norma dispone la adhesión al régimen de promoción de inversión para la explotación de hidrocarburos, creado por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 929/2013.

La citada norma, dictada en el contexto de las Leyes Nro. 17319, 26197 y 26741, y con el objeto de fortalecer la promoción de inversiones destinadas a la explotación de hidrocarburos crea, con fecha 11-07-2013, el “Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos”.

El decreto nacional estatuye un régimen que se ajustará a los siguientes principios y objetivos dentro del marco de las atribuciones federales para fijar la política Hidrocarburífera Nacional: a) El desarrollo armonioso y coordinado de las competencias del Estado Nacional y de las respectivas autoridades de aplicación en materia hidrocarburífera. b) El objetivo prioritario de la República Argentina de lograr el autoabastecimiento de hidrocarburos a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones. c) El incremento de las inversiones y de los recursos empleados para el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos en el corto, mediano y largo plazo. d) La promoción de la inversión nacional y extranjera directa para obtener el autoabastecimiento en materia de hidrocarburos. e) La integración del capital nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos. f) La incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, y la promoción del desarrollo tecnológico en la República Argentina con ese objeto. Luego se establecen las particulares condiciones para acceder al régimen.

Oportunamente, la accionada postuló como cuestión previa, que el decreto atacado no resultaba susceptible de ser analizado a través de la vía contenida en la Ley N° 2130, en tanto se trata de una norma nacional, ajena a ese proceso, a la que la Provincia adhirió en el marco del ya mencionado Federalismo de Concertación.

Ahora bien, para avanzar en el análisis, resulta necesario traer a colación algunas pautas y datos relevantes relacionados con la historia y el desarrollo del régimen jurídico de los hidrocarburos en el país.

El punto ya ha sido ampliamente desarrollado por este Tribunal, aunque con distinta composición, en el voto rector de quien suscribe, emitido en el Ac. 1532/08: se estructuró entonces, bajo el punto XVII, una breve reseña sobre la regulación de la materia que ayudará a comprender la solución que se propicia, y que coincide con la también citada por el Fiscal General Subrogante en su dictamen de fs. 159/175.

En prieta síntesis, la actividad hidrocarburífera se inicia en la ciudad de Comodoro Rivadavia, en diciembre del año 1907, y estuvo

regulada por normas de categoría infra legal, hasta la entrada en vigencia de las Leyes 11688 (organización legal de Yacimientos Petrolíferos Fiscales) y 12161 (Código de Minería).

Luego, la temática fue regulada a través de la Ley 14773 de Nacionalización del Petróleo, hasta la sanción de la Ley Federal de Hidrocarburos N° 17319.

En el año 1992 se dictó la Ley N° 24145 de Federalización de Hidrocarburos.

Con posterioridad, trascurrida la Reforma de la Constitución Nacional del año 1994, se sancionó la Ley N° 26197, conocida como "Ley Corta", por la cual se concretó el traspaso de las competencias a las Provincias titulares de los recursos, conforme los preceptos constitucionales.

Luego fue dictada la Ley N° 26741 de "Soberanía Hidrocarburífera", y en el año 2014 se dictó la Ley N° 27007, que introdujo modificaciones a la Ley Federal de Hidrocarburos.

Ahora bien, en este contexto, aún cuando la relación entre la Nación y las Provincias no ha transcurrido en terrenos dóciles, la cuestión logró un equilibrio con la adopción del denominado "federalismo de concertación", incorporado a la Constitución Provincial.

Como también se dijera en el citado Acuerdo N° 1532/08, "… el federalismo de concertación (receptado expresamente por la Convención Constituyente de 2006 …) supone una fórmula superadora del clásico reparto de competencias propio del sistema federal; implica acentuar que el estado debe funcionar como un sistema articulado en diferentes niveles, pero que debe actuar mediante un proceso político concertado, flexible, abierto y democrático, posibilitando que se alcance un mismo fin, el bien común.

Desde esta visión, en el esquema de la Constitución Nacional, el dictado de la Ley de Hidrocarburos -en tanto fije la política para la explotación, exploración y transporte de aquellos- no puede ser resorte exclusivo ni del Congreso de la Nación, ni de las Provincias.

Y, nótese que esta visión que se propicia, se encuentra reflejada con nitidez en la política de concertación que han llevado a cabo la Nación y las Provincias a fin de acordar la regulación del régimen de exploración y explotación de hidrocarburos.

En efecto, las leyes más trascendentes en relación con la federalización de hidrocarburos fueron consecuencia de pactos federales celebrados entre las provincias productoras y la Nación Argentina…" (cfr. Ac. 1532/08).

Y, justamente, fruto de los acuerdos y pactos federales mencionados, es que la Nación y las diez Provincias productoras de petróleo han acordado regular el régimen de explotación y exploración de hidrocarburos, lo que ha sido materializado a través de los Decretos 929/13 y 1162/11, y la Ley N° 27007, que viene en parte a reformar a aquellos.

En este sentido, es preciso traer a colación la referencia que efectúa el Fiscal General Subrogante en torno a algunas de las intervenciones dadas en el seno del debate donde se abordó el Régimen de Promoción de Inversiones para la Explotación de Hidrocarburos, lo que luego sería la Ley N° 27007 modificatoria de la Ley N° 17319 y del Decreto 929/13. (cfr. Versión taquigráfica provisional de la Cámara de Senadores de la Nación, período 132, 5ta. Reunión, 7ma. Sesión Especial, de fecha 8 de octubre, citada en el dictamen Fiscal de fs. 159/175).

Dice que el Senador Fuentes al exponer que el proyecto de reforma se daba fundamentalmente en el marco del Acuerdo Federal de Autoabastecimiento de Hidrocarburos, que es complemento normativo de las Leyes 17319 y 26197 y del Decreto 929/13, sostuvo: "…esta es la conclusión de un proceso de negociación donde gobernadores de provincias productoras defendieron lo que entienden son sus intereses en el marco del plexo normativo de la Constitución del 94, donde el dominio de los recursos son de las provincias pero la facultad de dictar la política energética constituye una potestad irrenunciable de la Nación… Hablo de… garantizar la uniformidad en el tratamiento de la cuestión que haga a la seguridad jurídica, a una política unidireccional, pero que contemple los intereses en juego…".

Por su parte, el Senador Sanz postuló que: "… Nación federal significa encastrar en una sola idea los beneficios de tener una Nación, que es tener un plan nacional con el beneficio de que las provincias sean los titulares del dominio e ir juntas de la mano para poder producir, exportar, buscar inversiones, crecer desarrollarse y hacer de todas las cosas que suponen el federalismo de concertación y de desarrollo…".

Hasta aquí la descripción de las citas del debate parlamentario que permiten, más allá de la adhesión que el decreto impugnado efectúa al Decreto Nacional N° 929, su complemento con el Pacto Federal de Autoabastecimiento de Hidrocarburos y la Ley 27007, advertir el exceso en el cauce procesal que pretende el actor, puesto que se trata de una norma de corte federal, que crea un régimen de promoción de inversiones para la explotación de hidrocarburos en el País, y que aún cuando la Provincia adhirió a través del decreto impugnado, tal norma fue producto de un acuerdo arribado entre el Estado Nacional y la Provincia accionada, con base en el federalismo de concertación estatuido en el artículo 8 de la Constitución Provincial.

Por todo ello, el Decreto 1162/13 no resulta en este contexto susceptible de ser cuestionado por esta vía abstracta de control

constitucional.

XIV.- En definitiva, por todo lo expuesto, propicio el rechazo de la demanda en todas sus partes. Las costas, en tanto no se encuentran motivos para apartarse del principio general contenido en el art. 68 del CPC y C (de aplicación supletoria) deberán ser soportadas por la parte actora vencida (art. 68 del CPC y C). MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor Oscar E. Massei, 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.

La señora Vocal Doctora María 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 Vocal Doctor Alfredo Elosú Larumbe dijo: por adherir al criterio del Dr. Kohon es que voto del mismo modo. MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor Evaldo Darío Moya dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General Subrogante, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada por el Señor Alberto Rubén Etcheverry contra la Provincia del Neuquén; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 CPCyC, de aplicación supletoria); 3°) Regular los honorarios del Dr. ..., apoderado de la demandada, en la suma de $12.280.- y los del Dr. ..., Fiscal de Estado, en la suma de $30.700.- (arts. 6, 10, 36 y cctes. 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. ALFREDO ELOSU 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

**“FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN C/ MUNICIPALIDAD DE VISTA ALEGRE S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6840/2017) – Interlocutoria: 07/17 – Fecha: 12/05/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de inconstitucionalidad.

ORDENANZA MUNICIPAL. EXPLOTACION HIDROCARBURIFERA. FRACKING. SUSPENSION DE LA EJECUCION. VEROSIMILITUD DEL DERECHO. COMPETENCIA DEL TSJ.

1.- Frente a las alegaciones efectuadas por la accionante tendientes a acreditar el exceso en la competencia del Municipio demandado para reglamentar una actividad que involucra la gestión ambiental hidrocarburífera en el ámbito comunal; la ausencia de argumentos contrarios por parte de la demandada que apunten a la legalidad de la Ordenanza impugnada; la patentización de que en la especie la concertación, convergencia y coordinación de políticas de gestión ambiental ha estado ausente; y la “prima facie” aparente contradicción existente entre la prohibición que exhibe la Ordenanza 783/16 –respecto al uso de la técnica de la fractura hidráulica o “fracking” en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales- frente a la regulación del Anexo XVI del Decreto Provincial 2656/99 que

específicamente admite la posibilidad de utilización de tal técnica extractiva bajo los procedimientos y condiciones allí reguladas, llevan a considerar acreditada –con la provisoriedad del caso- la verosimilitud del derecho invocado en el grado suficiente como para hacer lugar a la suspensión de la vigencia de la Ordenanza impugnada. Es fundamental reparar en que la fuerte verosimilitud del derecho que invoca la parte actora repercute sobre la necesidad de evitar el desgaste y el escándalo que produciría la vigencia de una normativa que, "prima facie", aparece como inconstitucional por haber excedido la competencia con relación a la regulación de la materia ambiental hidrocarburífera, preservando la seguridad del orden jurídico establecido.

2.- Resulta competente este Cuerpo para conocer y resolver en las acciones de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por nuestra Carta Magna Provincial (art. 241 inc. a) de la Constitución Provincial y 1° de la Ley 2130).

**Texto completo:**

ESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nº 7.

NEUQUEN, 12 de mayo de 2017.

V I S T O:

Los autos caratulados: "FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN C/ MUNICIPALIDAD DE VISTA ALEGRE S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. N° 6840/2017, en trámite ante la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia, venidos a conocimiento del Cuerpo para resolver, y

CONSIDERANDO:

I.- Vienen a estudio estos actuados a efectos de que este Tribunal se expida sobre la procedencia de la suspensión cautelar de la vigencia de la Ordenanza Nro. 783/16 dictada por el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Vista Alegre, en los términos del artículo 6 de la ley 2130.

A efectos de acreditar los extremos de procedencia de la medida cautelar requerida, se remite a los mismos fundamentos que sirven de base para la acción principal, con los que estima se encuentra cumplido el recaudo atinente a la verosimilitud del derecho invocado.

Así, fundamenta su petición en la existencia de una transgresión constitucional flagrante que surge de la confrontación del texto de la Ordenanza con los artículos 8, 16, 24, 90/93, 95/99, 189 inc. 29 y 271 de la Cimera local.

En este sentido, interpreta que la Ordenanza atacada es prima facie inconstitucional en tanto fue dictada excediendo las competencias comunales asignadas en la Constitución Provincial (arts. 271 y 273 C.P.) y la Ley 53; vulnera la atribución de competencias que la C.P. prevé en materia de hidrocarburos (arts. 95/99 C.P.), regula aspectos de la materia ambiental que están reservados a la legislación provincial (arts. 90 y 92 de la C.P.); desconoce todo el plexo normativo tutelar ambiental existente a nivel provincial que regula la exploración y explotación de los hidrocarburos convencionales y no convencionales (arts. 90, 92, 93 y 189 inc. 29 C.P.); desconoce a la Secretaría de Ambiente como única autoridad de aplicación con competencia para regular la materia ambiental-hidrocarburífera (Ley 1875); impide el ejercicio de las competencias que la Constitución Provincial le asigna a la Provincia respecto de la reinversión de las utilidades provenientes de la explotación de los recursos naturales (art. 99 C.P.); afecta el patrimonio provincial general y la normal percepción de las regalías en particular; condiciona el normal funcionamiento de la administración del Estado Provincial.

Al respecto, explica que en base a los términos expresos de los artículos citados (arts. 90/93 y 95/99 de la C.P.), lo concerniente al dominio, jurisdicción y regulación de todos los aspectos relacionados con los recursos naturales que se encuentren en el territorio provincial, entre los cuales se encuentran los hidrocarburos, son competencia exclusiva de la Provincia del Neuquén.

Señala que constitucionalmente no se autorizó a ninguna Municipalidad a entrometerse bajo ningún aspecto ni de ninguna forma, en la regulación de los recursos naturales, legislando, prohibiendo la exploración y/o explotación en los yacimientos de gas y/o petróleo, sea de los denominados convencionales o no convencionales, mediante la técnica del fracking o cualquier otra, aunque

tales actividades se desarrollen dentro del ejido municipal.

Indica que aun cuando el artículo 273 inc. a) de la C.P. reconoce a los Municipios la atribución de “uso de calles y del subsuelo”, ello se limita al “uso” y no conlleva el dominio o la jurisdicción sobre los recursos naturales, que en el texto constitucional pertenece a la Provincia del Neuquén.

Expone que de aplicarse la prohibición contenida en la normativa, se impediría el cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 99 de la C.P. en cuanto determina que el destino de las utilidades provenientes de la explotación de hidrocarburos, es la realización de obras productivas de beneficio permanente para la Provincia del Neuquén en general y que favorezcan especialmente, a la región de la extracción.

Argumenta sobre la inconstitucionalidad del artículo 4º de la Ordenanza 783/16, en tanto designa como autoridad de control y aplicación a la Dirección de Producción, Turismo y Medio Ambiente de la Municipalidad de Vista Alegre, desconociendo a la autoridad de aplicación Provincial en materia de hidrocarburos, esto es, la Subsecretaría de Energía, Minería e Hidrocarburos (Ex Subsecretaría de Energía), conforme los términos del artículo 120 de la Ley 2453 y demás normativa pertinente.

Asimismo, asegura que del mero confronte abstracto surge evidente que la Ordenanza 783/16 vulnera los artículos 95 a 99 de la Constitución Provincial, en tanto intenta inmiscuirse en la competencia provincial constitucional, pretendiendo impedirle que ejerza plenamente su dominio y jurisdicción, respecto a la decisión e implementación de la manera de ejercer tareas de exploración y explotación de gas y petróleo de yacimientos no convencionales bajo la técnica de fractura hidráulica o fracking en el ejido Municipal de la demandada.

Continúa su razonamiento constitucional desde el punto de vista ambiental, donde advierte que el Municipio intenta arraigar la validez de la normativa en la autonomía municipal, pero desconoce abiertamente la competencia constitucional dada en la materia a la Provincia del Neuquén.

Refiere que la Constitución Provincial regula el régimen municipal en los artículos 270 a 299, definiendo el mayor o menor ámbito de autonomía que cada municipio tiene, conforme su categoría.

Expone que la Municipalidad de Vista Alegre es un Municipio de segunda categoría, lo que significa que no cuenta con Carta Orgánica propia, sino que sus instituciones y régimen comunal se rigen por la Ley 53, que conforman el límite de sus atribuciones.

En base a ello interpreta que si bien el artículo 271 de la C.P. estipula que los municipios son autónomos en el ejercicio de sus atribuciones y sus resoluciones no pueden ser revocadas por otra autoridad, todo ello es “dentro de la esfera de sus facultades” que, en el caso, son precisamente las reconocidas por la Constitución Provincial y la Ley 53, normativas supremas a las cuales debe ajustarse la legislación comunal.

Manifiesta que la Constitución Provincial encomienda a la Provincia del Neuquén el dictado de normas tendientes a la protección del ambiente, de aplicación en todo su territorio, reconociendo a los Municipios el dictado normativas de acuerdo a sus competencias.

Razona que si la Municipalidad no tiene competencia constitucional en materia de hidrocarburos, al habérsele asignado tal atribución a la Provincia del Neuquén, tampoco tiene competencia en lo referente a la cuestión ambiental hidrocarburífera, que está a cargo primordialmente de la Provincia del Neuquén, por mandato del constituyente.

Luego –prosigue- no es sostenible que la Municipalidad demandada, alegando supuestos impactos ambientales negativos en el ámbito de su ejido municipal, desconozca las expresas competencias constitucionalmente asignadas a la Provincia del Neuquén, que rigen en todo su territorio.

Al efecto, realiza un repaso de la normativa provincial que regula los aspectos ambientales de la actividad hidrocarburífera en general –Ley 1875- y de la específica para las exploraciones y explotaciones de reservorios no convencionales –Decreto 1483/12, anexo XVI del Decreto reglamentario de la Ley 1875-.

A más de ello, menciona otras leyes específicas que regulan la materia ambiental en el ámbito de la exploración y explotación hidrocarburífera, a saber, Ley 2175 –relacionada con las emisiones gaseosas procedentes de la actividad e industria hidrocarburífera- Ley 2183 –obligatoriedad de los permisionarios y/o concesionarios de indemnizar a los propietarios superficiarios y de abonar las servidumbres que se constituyan en sus predios-, Ley 2600 -de Resguardo y Protección ambiental en el ámbito de las actividades hidrocarburíferas (y su Decreto reglamentario 1905/09), Ley 2615 –de Renegociación de las concesiones hidrocarburíferas, que incluye cláusulas sobre la identificación de pasivos ambientales, la asunción de responsabilidad y el compromiso de su remediación en un plazo determinado-, Ley 2666 –implementa el sistema de locación seca, control de sólidos y el tratamiento de lodos y cutting en plantas adecuadas para ello, por las empresas que realicen perforaciones vinculadas con la actividad hidrocarburífera y minera- y la Ley 2735- modificatoria de la Ley 2600.

Finalmente, refiere a las resoluciones y disposiciones dictadas por la Autoridad de aplicación –actualmente, Secretaría de

Ambiente-.

En cuanto al daño grave o irreparable invoca que la falta de otorgamiento de la cautela implicaría un disvalioso precedente que podría alentar a otros Municipios a dictar ordenanzas similares, y conllevaría al desconocimiento de los actos del Estado Provincial, la afectación y postergación de la regular percepción de la renta pública que corresponde a la Provincia en virtud de las regalías hidrocarburíferas, la promoción de eventuales reclamos económicos que podrían iniciar las empresas que pudieran verse afectadas por la prohibición, en tanto se encuentran desarrollando tareas en el área, y, en última instancia, repercutiría negativamente en la economía y el normal desenvolvimiento de la administración del Estado provincial.

Respecto a la contracautela, solicita se la exima de prestar la misma en virtud de lo dispuesto por el artículo 200 inc. 1 del CPCYC, de aplicación supletoria.

II.- Corrido el pertinente traslado de la cautelar peticionada, la accionada guarda silencio.

III.- A fs. 102/110 se expide el Sr. Fiscal del Tribunal quien propicia el acogimiento de la cautelar solicitada, dado que entiende que la Provincia del Neuquén ha logrado acreditar –con el grado requerido en esta instancia preliminar- la alegada vulneración constitucional.

Asimismo, aconseja declarar la admisión formal del proceso en tanto se encuentran reunidos los recaudos para ello.

IV.- Pasada a resolución la causa, a fs. 112/120, se presenta el Dr. Mariano Mansilla, Diputado Provincial; el Sr. Mario Daniel Parra, invocando su calidad de miembro de la "Asamblea Vista Alegre Libre de Fracking y en Defensa de la Vida" y; vecinos de Vista Alegre, con patrocinio letrado y solicitan intervención en carácter de amicus curiae.

Afirman que la finalidad de la presentación es brindar elementos de derecho útiles para su consideración y relevantes para la decisión del caso en el que se debaten asuntos que resultan de trascendencia institucional y de interés público.

En estos términos, la presentación se integra a la resolución del Tribunal.

V.- Al analizar la procedencia de la medida cautelar requerida es preciso recordar que conforme reiterada jurisprudencia del Cuerpo en materia de suspensión de la vigencia de una norma tachada de inconstitucional, el único requisito exigido en el trámite de la Ley 2130, es la acreditación “prima facie” de la inconstitucionalidad que se invoca.

Tal es la postura adoptada a partir de la causa: “Maidana Silvia y otros c/Provincia del Neuquén” (R.I. 1328/06) reiterada en numerosas resoluciones posteriores, en la que se resolviera que el legislador provincial omitió como recaudo de procedencia de este tipo de medidas, la acreditación de la ocurrencia de un daño grave o irreparable para el peticionante.

El fundamento de tal omisión, encuentra su razón de ser en que “si quien tacha de inconstitucional una norma, y logra acreditar “prima facie” dicho extremo, atento la gravedad que posee la falencia demostrada, no deberá probar la producción de daño alguno a sus derechos o garantías constitucionales” aseveración que se encuentra ligada al criterio de legitimación amplia receptado en la Ley 2130 (cfr. R.I. 3393/02).

VI.- Delineado entonces, el presupuesto de procedencia de la medida intentada, corresponde ponderar si dicho recaudo se encuentra reunido en el sub lite.

Y, al respecto, debemos adelantar que la Provincia del Neuquén ha dado cumplimiento al mismo, por cuanto de sus alegaciones se vislumbra, con el grado de certeza requerido para este estadio procesal, la verosimilitud del derecho que invoca.

Esto así puesto que la clara y contundente exposición del accionante lleva a colegir, con la provisoriedad propia del caso, en la existencia “prima facie” de la vulneración constitucional que se alega.

En efecto, de las normas constitucionales y legales citadas, puede colegirse que el Municipio de Vista Alegre habría excedido su competencia al legislar en forma exclusiva sobre cuestiones cuya regulación le competería en principio, a la Provincia del Neuquén o, a lo sumo, deberían ser ejercidas en el marco de la concertación de políticas públicas entre los diversos centros de poder, conforme el sistema federal de gobierno diseñado constitucionalmente.

La cuestión constitucional que subyace en el planteo, enfrenta al juzgador con la difícil tarea de interpretar cláusulas constitucionales que definen un complejo entramado de competencias para la regulación de la materia ambiental en su interrelación con la actividad de exploración y/o explotación de los recursos naturales, en especial, de los hidrocarburos.

Con las limitaciones propias de esta instancia y la provisoriedad del caso, puede afirmarse que la materia ambiental, por sus características propias, admite el ejercicio de facultades concurrentes por los diversos centros de poder que conforman el Estado Federal (Nación, Provincias y Municipios).

En efecto, de la Constitución Nacional surge con claridad el principio rector en la materia: las provincias han delegado en el Gobierno Nacional la fijación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente, reservándose el resto de las competencias para el dictado de normas que complementen dicha legislación base (art. 41 C.N.).

En ejercicio de estas facultades delegadas, el Congreso de la Nación dictó la Ley General del Ambiente (Ley 25.675) fijando los

presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente en todo el territorio de la Nación.

Por su parte, la Provincia del Neuquén, en uso de las facultades expresamente reservadas (art. 41 y 124 de la C.N. y arts. 90 y sgtes. dictó la Ley Provincial 1875 (t.o. 2267) que fija la política de desarrollo integral de la Provincia del Neuquén, estableciendo los principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del Medio Ambiente en todo el territorio de la Provincia del Neuquén, normativa que fue reglamentada por el Decreto 2656/99 –y sus modificatorios- y sus Anexos.

Entre dichos Anexos, se encuentra en especial, el XVI –incorporado por el Decreto 1483/12- que regula las normas y procedimientos para la exploración y explotación de los reservorios no convencionales, que persigue como objetivo fundamental, la preservación, cuidado y protección de los recursos hídricos provinciales, de aplicación en todo su territorio.

En función de ello, puede advertirse que la Provincia, ha cumplimentado los mandatos constituyentes receptados en los artículos 90 a 94 de la Constitución local –y del art. 41 de la Cimera Nacional-, diseñando un entramado legislativo estructurado en torno a un ley marco (Ley 1875), que define y regula los aspectos generales comunes y el dictado de aquella normativa complementaria que regula actividades específicas y aspectos determinados en materia de protección general del ambiente. El plano comunal con el que cabe integrar dicho complejo normativo debe encolumnarse fundamentalmente, mediante la concertación de políticas públicas sobre aspectos comunes a ambos centros de poder –Provincia y Municipios- que no se encuentre en contradicción con sus disposiciones y facilite la cogestión y la coordinación en la ejecución.

Es en la gestión de las políticas medioambientales es donde más se patentiza esta armonización de intereses entre los diversos entes de descentralización política. En materia ambiental, las acciones deben coordinarse, necesariamente (cfr. Gelli, María Angélica, Competencia Nacional, Provincial y Municipal en materia de poder de policía, en “Servicio Público, Policía y Fomento” Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As. Ed. Rap. 2003, pág. 652) (cfr. Ac. 2/14, "YPF c/Mun. de Rincón de los Sauces).

Luego, frente a las alegaciones efectuadas por la accionante tendientes a acreditar el exceso en la competencia del Municipio demandado para reglamentar una actividad que involucra la gestión ambiental hidrocarburífera en el ámbito comunal; la ausencia de argumentos contrarios por parte de la demandada que apunten a la legalidad de la Ordenanza impugnada; la patentización de que en la especie la concertación, convergencia y coordinación de políticas de gestión ambiental ha estado ausente; y la “prima facie” aparente contradicción existente entre la prohibición que exhibe la Ordenanza 783/16 –respecto al uso de la técnica de la fractura hidráulica o “fracking” en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales- frente a la regulación del Anexo XVI del Decreto Provincial 2656/99 que específicamente admite la posibilidad de utilización de tal técnica extractiva bajo los procedimientos y condiciones allí reguladas, llevan a considerar acreditada –con la provisoriedad del caso- la verosimilitud del derecho invocado en el grado suficiente como para hacer lugar a la suspensión de la vigencia de la Ordenanza impugnada.

Es fundamental reparar en que la fuerte verosimilitud del derecho que invoca la parte actora repercute sobre la necesidad de evitar el desgaste y el escándalo que produciría la vigencia de una normativa que, “prima facie”, aparece como inconstitucional por haber excedido la competencia con relación a la regulación de la materia ambiental hidrocarburífera, preservando la seguridad del orden jurídico establecido.

VII.- En función de lo expuesto por el artículo 200 inc. 1 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia (art. 11 Ley 2130), el accionante se encuentra eximido de prestar contracautela.

VIII.- En atención a las particularidades y complejidad de las cuestiones involucradas y la falta de contradicción de la accionada, las costas serán impuestas en el orden causado (art. 69 del CPCyC y 11 de la Ley 2130).

IX.- Para finalizar, en cuanto a la pretensión de los peticionantes de fs. 112/120 de ser admitidos como “amigos del Tribunal”, previo a su consideración, deberán acreditarse suficientemente los extremos exigidos por la R.I. 7052/09 del registro de esta Secretaría.

Es que, conforme lo tiene dicho este Tribunal, “…debe recordarse que el “amici” debe no sólo invocar, sino acreditar, la especialización o competencia en la materia o tema de que se trate (cfr. en este sentido, Jiménez María Eugenia, “El “amicus curiae”. Vía y órgano de implementación. Libertad probatoria. Medidas para mejor proveer medios idóneos”, LLC, 2005 (septiembre) 839; Verbic, Francisco “Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires”, LLBA 2009 (febrero), 14-Supl. Act. 17/03/2009,1; Darcy, Norberto Carlos “Nuevas instituciones procesales. El amicus curiae en la ciudad de Buenos Aires”, LL 2004-D, 1277)(cfr. R.I. 7121/09).

Ello sin perjuicio de observar que en el escrito postulatorio se invoca en calidad de “amicus” a “vecinos de Vista Alegre”, quienes no se encuentran identificados ni suscriben la petición, lo que deberá ser aclarado por los presentantes.

X.- Resta aun expedirse sobre la admisión formal del proceso entablado.

Resultando competente este Cuerpo para conocer y resolver en las acciones de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por nuestra Carta Magna Provincial (art. 241 inc. a) de la Constitución Provincial y 1° de la Ley 2130), corresponde analizar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de la acción, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.3 de la Ley 2130.

X.1.- A dicho efecto, se advierte que la acción ha sido interpuesta en término (art. 4° de la Ley 2130), por quien se encuentra legitimado para ello (cfr. criterio "Aromando").

Asimismo, la parte actora manifiesta que la entidad de la afectación y de los agravios constitucionales trasciende la mera cuestión patrimonial, convirtiéndose en una cuestión institucional que escapa del plazo de caducidad previsto.

X.2.- Los requisitos previstos en el art. 5.1 del citado cuerpo normativo, a saber, indicación de la norma legal cuya inconstitucionalidad se impugna (Ordenanza 783/16 de la Municipalidad de Vista Alegre), la mención expresa de los preceptos constitucionales que se consideran infringidos (artículos 8, 16, 24, 90/93, 95/99, 189 inc. 29 y 271 de la Constitución Provincial) y la fundamentación, se encuentran satisfechos en autos.

En función de ello, se impone declarar la admisión formal del proceso.

Por las razones expuestas, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General,

SE RESUELVE:

1º) Suspender la vigencia de la Ordenanza Municipal 783/16 sancionada por el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Vista Alegre, hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión planteada.

2º) Imponer las costas en el orden causado en atención a lo dispuesto en el considerando VIII (art. 69 del C.P.C. y C. y art. 11 de la Ley 2130).

3º) Declarar la ADMISION FORMAL de la acción de inconstitucionalidad deducida en autos.

4º) Regístrese, notifíquese con adjunción de copia de las presentes y sigan los autos según su estado.

Dr. ALFREDO ELOSU 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

**“NÚÑEZ URRA WALDEMAR ENRIQUE C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 412143/2010) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 13/02/2017

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

LEY APLICABLE. PAGO DE LA INDEMNIZACION. REAJUSTE DE PRESTACIONES DINERARIAS. REGIMEN ESPECIAL. NO VIGENTE AL TIEMPO DEL INFORTUNIO. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. INFRACCION A LA LEY.

DISIDENCIA.

1.- Corresponde declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo y en consecuencia casar parcialmente el decisorio de Alzada, con fundamento en la causal de infracción legal invocada, y remitir los autos al Juzgado de origen, a fin de que, en la etapa de ejecución de sentencia, proceda a determinar el monto de la condena que deberá liquidarse teniendo en consideración los lineamientos

brindados al efecto por la C.S.J.N. en el precente "Espósito" respecto a la norma vigente a la fecha de la primera manifestación invalidante -Ley 24.557 con las modificaciones introducidas por Decreto N°1.278/00 dado que se trata de un accidente de trabajo sucedido en 2008-, la correcta aplicación del índice R.I.P.T.E., y las demás cuestiones firmes, pues, de conformidad al citado precedente de la Corte Suprema, "[…] 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" (Considerando N°8). (del voto del Dr.Kohon, en mayoría).

2.- La simple lectura de los textos normativos reseñados en el considerando 5° [del fallo "Espósito] 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 invalidante 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 1694/09 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" (Considerando N°8). (del voto del Dr.Kohon, en mayoría).

3.- La autoridad institucional que es inherente a la jurisprudencia de la Corte constituye un importante factor de seguridad y certeza que contribuye a alcanzar un estándar de previsibilidad para las personas, razón por la cual este Cuerpo no la puede desconocer. (del voto del Dr.Kohon, en mayoría).

4.- Deviene razonable lo decidido por la Cámara de Apelaciones que resuelve confirmar la sentencia de primera instancia, en el entendimiento que el régimen de reparación aplicable al caso se encuentra integrado por la Ley de Riesgos del Trabajo y sus modificatorias, la Ley 26.773, el Decreto 1694/09 y sus normas complementarias y reglamentarias, toda vez que si bien, como principio general, existe una traba para la aplicación de normas en forma retroactiva atento lo previsto en el art. 7º del Código Civil y Comercial, la liquidación de contingencias en trámite y sin resolución definitiva en materia de prestaciones, tiende a disponerse conforme la legislación posterior más benigna y favorable para la víctima. Hasta que no se satisface el crédito, se determine el quantum de capital y se concluyan o consuman las consecuencias, la relación jurídica se encuentra subsistente en su elemento esencial. Por lo tanto, acceder a la

prestación reclamada en autos bajo los mejores derechos que implican el cambio normativo cuya aplicación discute la recurrente, importa en los hechos asegurar al trabajador la tutela judicial efectiva a través de un régimen indemnizatorio más justo, rápido y suficiente para resarcir la hernia discal sufrida como consecuencia de su trabajo, que respete los principios de progresividad, pro homine y el protectorio. (del voto del Dr. Massei, en minoría).

5.- Efectuar un corte temporal –como pretende la ley y convalida "Espósito"- que excluya de los mejores beneficios y condiciones de la legislación sobre protección frente a riesgos de trabajo a, como en el caso, la reparación de una enfermedad contraída en el trabajo, por el solo hecho de haber ocurrido con antelación a la publicación de la nueva normativa, implica en mi opinión, ni más ni menos que discriminar al trabajador por el simple transcurso del tiempo. Porque sin duda, mantener las prestaciones de la Ley 24.557 sin las adiciones efectuadas por la Ley 26.773, significará tratar desigualmente al trabajador, frente al sistema actual de reparar siniestros laborales asumido por la sociedad. (del voto del Dr. Massei, en minoría).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 5.: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los trece (13) días de febrero dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, y, por existir disidencia, con el Sr. Presidente, doctor EVALDO. D. MOYA, con la intervención de la subsecretaria de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "NÚÑEZ URRA WALDEMAR ENRIQUE C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" (Expte. N° 412143 - año 2010), en trámite ante la mencionada Secretaría de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 405/422 la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A. plantea recursos de Nulidad Extraordinario y de Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia de fs. 398/402 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala I de la ciudad de Neuquén, que confirma la condena impuesta en la instancia anterior.

A fs. 426/437 vta. responde la parte actora. Peticiona que se desestimen los recursos impetrados con costas.

A fs. 448/451, por Resolución Interlocutoria N° 135/16, esta Sala declara admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley e inadmisible el recurso de Nulidad Extraordinario.

A fs. 444/447 vta. dictamina el Sr. Fiscal General expidiéndose por la inadmisibilidad de los recursos impetrados por carecer de autonomía y suficiencia. Asimismo evalúa el fondo de la cuestión sostiene la improcedencia del recurso.

A fs. 453 obra el llamado de autos para sentencia.

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

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado? b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. OSCAR E. MASSEI dijo:

1.- El caso: La demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A. deduce recurso de casación por inaplicabilidad de ley y de nulidad extraordinario contra la sentencia emanada de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de la ciudad de Neuquén.

El fallo en crisis resuelve confirmar la sentencia de primera instancia, en el entendimiento que el régimen de reparación aplicable al caso se encuentra integrado por la Ley de Riesgos del Trabajo y sus modificatorias, la Ley 26.773, el Decreto 1694/09 y sus normas complementarias y reglamentarias.

En atención a la forma en que resuelve dicha Sala, se agravia PREVENCIÓN A.R.T. S. A. alegando la existencia de una "desinterpretación material de la prueba producida", que condujo a los jueces a aplicar un baremo que no correspondía en franca violación a lo dispuesto por la ley y la doctrina imperantes. También se queja por la aplicación del Decreto 1694/09 y de la Ley 26.773 a un infortunio acaecido con anterioridad a su entrada en vigencia.

Plantea también la nulidad de la sentencia por entender que omitió el tratamiento de cuestiones esenciales oportunamente

planteadas por su parte, efectuando reserva del caso federal.

Conferido el traslado de ley, la actora lo contesta a fs. 426/437 vta. solicitando se declare su inadmisibilidad por no cumplimentar el recurso los requisitos de autonomía y suficiencia establecidos por la Ley 1406 a tal fin.

A fs. 444/446 vta. se expide el Sr. Fiscal General, entendiendo que el escrito recursivo carece de autonomía, suficiencia y debida fundamentación respecto de ambos carriles casatorios, motivo por el cual considera que en principio, correspondería declarar su inadmisibilidad. Sin perjuicio de tal acotación, ingresa en el tratamiento de la cuestión de fondo relativa a la aplicación de la Ley 26.773, remitiéndose a tal fin a anteriores dictamenes en los que, con cita de acreditada doctrina postula, postula la aplicación de la Ley 26.773 a aquéllos infortunios acaecidos con anterioridad a la sanción de la ley. Ello, en el entendimiento de que tal solución no conculca el principio de irretroactividad consagrado en el art. 3 del Código de Vélez, en el supuesto –como el de autos- que al momento de la consolidación del daño la nueva norma se encontraba vigente. Culmina su dictamen sosteniendo que en el caso concreto el sentenciante de Cámara no incurrió en violación al principio de irretroactividad de la ley, debiendo rechazarse sin más, los recursos extraordinarios planteados.

A fs. 448/451 obra R.I. n° 135 del 10 de agosto de 2016 emanada de la Sala Civil de este T.S.J. por medio de la cual se declara la admisibilidad del recurso por inaplicabilidad de ley y no así del recurso de Nulidad Extraordinario, interpuestos por la demandada.

Habiendo adquirido firmeza dicha decisión, llegan estos autos, para el dictado del pronunciamiento de fondo de esta Sala.

2.- Los agravios: En este orden, cabe traer a colación el motivo de agravio que viene a conocimiento, según el estudio efectuado al tiempo de declarar la apertura de la instancia extraordinaria.

Como se desprende de la R.I. 135/16, ha quedado circunscripto a la revisión por parte de este Tribunal, sólo de los aspectos atinentes a la aplicación o no de la Ley 26.773 al caso de autos, por las causales previstas en los incs. a) y b) del art. 15 de la Ley 1406.

Ahora bien: a fin de ceñirnos al tema a considerar, seguidamente se sintetizarán los agravios específicos del quejoso.

Denuncia que el fallo es violatorio de la ley y de la doctrina legal imperante, al aplicar retroactivamente para un accidente acaecido en el 2008, el Decreto 1694/09 y la Ley 26.773, que expresamente dispone que serán de aplicación para los accidentes acaecidos (o primera manifestación invalidante, si de enfermedades se trata) a partir de sus respectivas sanciones.

Que para ello, la sentencia cuestionada califica la obligación reparatoria como deuda de valor y entiende que resulta de aplicación la legislación del derecho común relativa al derecho transitorio, tratando el caso como una consecuencia no consumada de un hecho pasado, sorteando con ello la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 26.773.

Considera que lo anterior torna necesaria la intervención de este Tribunal Superior por estimar que del articulado de la propia Ley 26.773 surge la imposibilidad de aplicarla retroactivamente.

Aduce que el art. 17 inc. 5 de la ley citada dispone que será de aplicación para los accidentes acaecidos (o primera manifestación invalidante, si de enfermedades se trata) a partir de su sanción.

Que en virtud de lo expuesto, la solución del caso no la otorgan los arts. 3 del Código Civil de Vélez o el 7 de la nueva codificación.

Afirma que la importancia de su agravio no es menor, ya que el fallo atacado termina violando no solamente el principio de irretroactividad de la ley, sino que va más allá, rompiendo la ecuación económico-financiera del contrato entre su mandante y la empleadora asegurada.

Cita doctrina emanada del Superior Tribunal de Río Negro y de otros prestigiosos tribunales del país que dan sustento a su postura.

Dice que hace reserva del caso federal.

Por su parte la actora manifiesta su postura sobre el tema a fs. 426/437, apelando al principio de eventualidad, y en tal sentido, entiende que no ha mediado infracción a la ley o a la doctrina legal por parte de la Cámara de Apelaciones. Que por el contrario, ha interpretado la normativa en crisis teniendo en cuenta los principios de progresividad, “pro homine” y de reparación integral de conformidad con la doctrina sentada por este TSJ en los casos “Salinas”, “Reyes” y “Mansur”, entre otros. Por último efectúa la reserva del caso federal.

3.- El precedente de la Corte Nacional: Como puede observarse, el caso planteado por PREVENCION A.R.T. S.A. por vía del recurso de casación por inaplicabilidad de ley guarda relación con el precedente “Espósito” dictado en forma reciente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por tal motivo, previo a ingresar en el tratamiento de la queja me referiré al fallo citado.

En efecto, el Máximo Tribunal Nacional el 7 de junio de 2016 se ha expidió en forma acotada sobre la Ley 26.773 en el expediente “Recurso de hecho deducido por la demanda en la causa Espósito Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial”.

Lo medular de la decisión, a mi modo de ver, se encuentra plasmado en los considerandos 8° y 9°, que creo oportuno transcribir para una mejor comprensión de la temática cuya decisión debo abordar:

Dijo la Corte:

"[…] 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".

"[…] 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 1694/09 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".

Como se ha dicho, el pronunciamiento transcripto parcialmente era esperado tanto por trabajadores, como por el sector de las A.R.T. y empresarios, en atención a la poca precisión de la Ley 24.557 (sancionada el 13 de septiembre de 1995) sus decretos reglamentarios y su modificatoria Ley 26.773 (sancionada el 24 de octubre de 2012) que dio lugar a innumerables declaraciones de inconstitucionalidad.

Pero sin perjuicio de lo anterior, el fallo "Espósito" en mi opinión lejos de poner fin a la inseguridad jurídica que resaltaban todas las partes implicadas en los diferentes procesos, abrió un nuevo, que tiene que ver con los alcances jurídicos que no aparecen nítidos de su simple lectura, a pesar del tono categórico del lenguaje empleado.

Mucho se ha escrito desde la doctrina autoral calificada, antes y después de "Espósito".

De todos ellos, respecto de la interpretación y alcances del reciente fallo de la Corte, hago propia la opinión de Juan J. Formaro en su artículo "Comentarios en torno a los alcances de la sentencia dictada por la CSJN en la causa Espósito c/ Provincia A.R.T." – publicado en D.T. Julio de 2016, 1688; cita on line: AR/DOC/ 1999/2016), por compartirla.

Sostiene el autor citado, que el pronunciamiento se ha limitado al tema de la aplicación del RIPTE en forma retroactiva, pero que no se ha expedido respecto a la indemnización de pago único prevista en el art. 3 de la Ley 26.773 y que guarda directa relación con art. 17.5 de la misma norma.

Dice Formaro:

"el fallo del Máximo Tribunal refiere únicamente a la imposibilidad de ajustar en función de los arts. 8 y 17 de la ley 26773, los créditos derivados de contingencias anteriores a la entrada en vigencia de esta última norma";

Y sigue acotando:

"….Siendo que en el segundo párrafo del considerando 5° de la sentencia dictada en Espósito, la Corte vierte una afirmación al pasar, algunos intérpretes, desapegados de la técnica de análisis constitucional de los fallos del Superior Tribunal, pretenden extraer de allí efectos pseudo-casatorios con relación a las sentencias que efectivamente ha tratado, jurídicamente, el tópico en cuestión".

Pero a renglón seguido, explica que ello no es así dado que:

"[…] todos los tribunales tienen vedado expedirse cuando no existe un caso sometido a decisión, y ello conecta con la congruencia procesal. En el caso puntual de la causa 'Espósito', ni el Juez de primera instancia, ni la Cámara había tratado el tema del adicional del art. 3 de la Ley 26.773. La sentencia de la Alzada, solo había dispuesto el ajuste por RIPTE, modificando únicamente en esa parcela la de la instancia anterior. Por ende, jamás puede concluirse en que la Corte se expidiera sobre un tema que no fue tratado en la causa, pues, reiteramos, el más básico conocimiento del derecho, enseña que no son admisibles los pronunciamientos en abstracto."

Lo anterior, nos permite arribar a la siguiente conclusión, cual es, que la Corte en "Espósito" interpretó los artículos 8 y 17 incs. 5 y 6 de la Ley 26.773, expresando que el ajuste por RIPTE alcanza a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjera luego de su publicación en el B.O., y que los siniestros anteriores a octubre de 2012, quedarían excluidos del ajuste.

Pero también queda claro que no se expidió sobre el art. 3 de la Ley 26.773.

En este estado, es necesario señalar en el sublite que nos convoca, que la Sra. Jueza de Primera Instancia aplica el adicional del art. 3 y la Cámara confirma la sentencia, pero este adicional no es materia de agravio ante esta Sala, con lo cual la cuestión ha quedado firme y es irrevisable en la instancia casatoria.

Habiendo señalado las cuestiones consentidas, y retomando los fundamentos brindados por la Corte al caso que nos toca resolver, esto es la enfermedad (hernia discal) que padece el Sr. Nuñez Urra, de aplicar dicho criterio, la situación de autos no sería alcanzada por las Disposiciones de la Ley 26.773, ni por el Decreto 1694/09, dado que la primera manifestación invalidante fue en diciembre de 2008 (cuestión que ha quedado firme y consentida en instancias anteriores), con lo cual, en una primera aproximación a la decisión de esta causa, llevaría razón la ART que interpuso el recurso casatorio.

Sin perjuicio de ello, adelanto opinión en el sentido que el pedido de revocación del fallo de Cámara no será procedente, por entender que existen –y así se expondrán seguidamente- argumentos y razones suficientes que en mi criterio no fueron ahondados o tenidos en cuenta por el Máximo Tribunal Nacional y que ameritan exponerlos para apartarnos de ellos, con el convencimiento de que, de llegar a ser examinado el caso por la Corte Nacional, serán tenidos en cuenta y desarrollados con la enjundia que la caracteriza (cfr. criterio de este TSJ en "Valenzuela, Roberto c/ Compañía Naviera Perez Companc s/ accidente ley 9688", Acuerdo N°125/95, del 17/03/1995 (public. en La Ley 1997-D-532) y Acuerdo n° 49 /13 "Cebrero Ana Olga c/ Provincia del Neuquén" Sala Procesal-Administrativa", entre otros tantos).

Con esta aclaración preliminar, se expondrán las razones que, en una renovada línea de análisis sustentan la decisión que aquí se propiciará.

4.- Cuestión de derecho común.- En este cometido, principiaré la exposición manifestando que pese a los esfuerzos argumentativos de nuestra Corte, las cuestiones que se debaten en el caso "Espósito" son propias del derecho común y por lo tanto ajenas, en principio, a la competencia de la Corte, fundado ello en nuestro diseño constitucional federal histórico y actual.

En esta línea de pensamiento es la propia Corte, quien lo hace saber in re "Espósito", cuando señala que las consideraciones que contienen los pronunciamientos emitidos por el Alto Cuerpo no pueden extenderse de manera generalizada, sino que debe examinarse la cuestión desde lo fáctico hacia lo jurídico. Así lo ha entendido también la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, 16-9- 2016, Expte. N° 10276/13-1-L, "Arce Norma Beatriz c/ Asociart S.A. s/ medida autosatisfactiva", Sentencia Nº 237).

Esta es por otra parte la doctrina pacífica que la Corte viene sosteniendo desde antaño. Recuérdese que desde tiempos inmemoriales se ha erigido en intérprete de las normas constitucionales argentinas, estableciendo que esa materia era exclusiva y excluyente de su competencia, respetando, por contraria interpretación, las opiniones jurídicas de los tribunales inferiores en materia de derecho común.

Dicho lo anterior, también creo oportuno advertir que los Tribunales provinciales como el nuestro, si bien debemos reconocer –y así lo hacemos a diario- la autoridad jurídica e institucional que surgen de sus sentencias, también poseemos la facultad de apartarnos de ellas, cuando, en el caso concreto, no exista obligación de acatar sus disposiciones.

La propia Corte ha señalado con estrictez que si bien es cierto que el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad de sentencia autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia del mentado derecho común, no lo es menos que la intervención de la Corte en esos casos no tiene como objeto sustituir a aquéllos en temas que, como el indicado, le son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales.

Pues si así no fuera:

"[…] podría encontrase en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo un jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional……. De ahí, que la aludida intervención se circunscribe a descalificar los pronunciamientos que, por la extrema gravedad de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional" (cfr. "Benítez, Horacio Osvaldo C/ Plataforma Cero S.A. y Otro", 23-12-2009 con voto de los ministros Fayt, Petracchi, Zaffaroni, Maqueda y Highton por la mayoría).

Y agrego que con claridad inusitada lo resume DIANA CAÑAL, en su reciente artículo ¿Cuál es la obligatoriedad de los fallos de la C.S.J.N.? al señalar:

"Nuestra CN dice en su artículo primero que "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución". Este tipo de modelo, implica la división de poderes, lo que conocemos como un sistema de contrapesos entre los poderes que integran el Estado.

En el mismo, el poder judicial cumple un rol fundamental, en cabeza de todos y cada uno de sus jueces: el de garantizar que las cosas se hagan del modo que la Constitución Nacional lo tiene previsto. De allí, que se jure por la CN, y que precisamente el juzgador tenga la obligación de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de una norma, si advierte que es violatoria de la misma.

De modo que nuestro control de constitucionalidad es difuso.

He aquí develado uno de los misterios, que va absolutamente de la mano con la idea de que los precedentes de la Corte no

puedan tener efecto erga omnes. Si el control de constitucionalidad es difuso, resulta indiferente que la CS haya o no tachado una norma como inconstitucional, el juez en ejercicio de su independencia, si considera que lo es, deberá así disponerlo. Luego, si en un punto tan relevante como el control de constitucionalidad, los jueces no están obligados por criterios utilizados por la CS para resolver otro caso, nada nos habilita a pensar que lo sea en otros.

Pero por sobre todas las cosas, no lo prevé la propia Constitución, que desde su estructura ha permitido considerar al sistema jurídico argentino como continental. (SC). La característica de un SC es, precisamente, que ningún órgano superior disciplina a las instancias previas, cuya independencia, con el solo sometimiento a la CN, y a las leyes en consonancia con ella, lo garantiza.

Dado que por lo contrario, nuestra estructura legal, la continental, es la que convierte a todos los jueces en guardianes del sistema con el control difuso de constitucionalidad, en ejercicio de la independencia judicial. Donde, es mucho más difícil someter desde la política a todos, que a unos pocos" (textual publicado en

https://es-la.facebook.com/groups/revistacientificaeft/permalink/580906752110104/).

Ahora bien, teniendo en cuenta que en este caso particular venido a conocimiento de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, tiene que ver con la aplicación de la Ley 26.773 y concordantes, no cabe duda que nos encontramos ante una materia, en principio, excluida de la competencia del Máximo Tribunal, y propia del que integro.

Lo desarrollado hasta aquí constituye sin duda un argumento de peso a ser tenido en cuenta, en el marco de nuestro diseño constitucional federal, para apartarnos de la doctrina del caso sub-análisis.

5.- Ausencia de claridad del texto de la ley a aplicar. Otro argumento que respetuosamente considero debe ser tenido en cuenta, en aras a apartarse del criterio sustentado en "Espósito", es que en modo alguno puede compartirse la aseveración efectuada en dicho precedente, en cuanto a que las disposiciones analizadas de la Ley 26.773, sean claras, y que como tales, el intérprete-juzgador esté obligado a apegarse a su texto.

Por el contrario, la realidad da cuenta de que la normativa citada ha dado lugar a diversidad de opiniones autorales, tanto anteriores como posteriores al fallo "Espósito", del mismo modo que sucedió con la mayoría de los Tribunales Superiores, Cámaras y Juzgados de primera instancia de nuestro país.

Idéntico fenómeno ha tenido lugar en nuestros prolíficos tribunales provinciales de todas las instancias y circunscripciones judiciales, que han suscripto -con sólidos fundamentos y convicciones- un universo de disímiles posiciones jurídicas que han llegado a estos estrados, siendo una obligación ineludible de este Cuerpo en el marco del control nomofiláctico de la casación -cuya misión fundamental es tender a uniformar la jurisprudencia provincial en materia de derecho común- dar una respuesta tendiente a hacer efectivo el valor seguridad jurídica para todos los habitantes de la provincia.

Y tan ello es así, que en nuestros Tribunales, sobre el mismo tema de la aplicación temporal de la ley 26.773 y con anterioridad al precedente de la Corte, se han adoptado posturas amplias, restrictivas y mixtas, todas ellas fundadas en derecho; lo que da cuenta de la falta de claridad y contradicción ínsita en el texto legal, que excluye su aplicación literal.

Un acertado cuadro de situación respecto de la polémica desatada en los judicantes en torno a las disposiciones de derecho transitorio contenidas en la Ley 26.773, las explica con maestría Machado, y las traeré a colación con el objeto de demostrar justamente, la falta de claridad del texto de la ley.

Advierte José Daniel Machado al referirse a las distintas posturas sobre la aplicación de la Ley 26.773 a los daños anteriores a su vigencia (cfr. "Tres versiones sobre la aplicación de la ley 26.773 a los daños anteriores a su vigencia" en Revista de Derecho Laboral- 2014 -1- Actualidad, pág. 125 y siguientes), que existe una postura intermedia, otra restrictiva y una amplia.

Explica que la posición intermedia supone la aplicación del RIPTE a las consecuencias económicas de los accidentes anteriores, toda vez que, el deber de resarcir a cargo de la ART –o el empleador no asegurado- no se hubiere extinguido por el hecho del pago. Que para así decidir, esta corriente entiende que ello es un mandato específico que emerge del artículo 17.6 de la Ley 26.773, formando excepción a la regla del artículo 17.5, ya que este último sólo refiere a las prestaciones en dinero previstas en esta ley. Es decir al incremento del 20% dispuesto en el artículo 3, que sería entonces el único concepto aplicable a los siniestros cuya primera manifestación incapacitante ocurriera luego de la publicación de la nueva ley en el Boletín Oficial. A tal fin se argumenta que en cambio el art. 17 inc. 6 refiere a los importes previstos por incapacidad permanente contemplados en las normas que integran el sistema de reparación, lo que indica un conjunto más amplio que el concernido en el apartado anterior, puesto que el sistema de reparación no puede ser otro que el definido por el propio artículo 1° de la Ley 26.773 en su párrafo segundo. (ob cit., pág, 127).

En adelante, el autor alude a la postura amplia (para la cual la aplicación del RIPTE se efectúa a los siniestros anteriores, pero a la vez entiende que el artículo 17.5 resulta inconstitucional al excluir a los siniestros anteriores del mayor beneficio resultante de la legislación social progresiva. Y el efecto práctico que se alcanza con ello es que también corresponde aplicar el artículo 3° de la

nueva ley a los siniestros de fecha anterior a su vigencia, o sea, el 20% imputado a otros daños.

Y por último menciona la postura restrictiva, la cual niega la posibilidad de que la ley sea aplicada a contingencias anteriores. Entiende que el art. 17.5 es el que verdaderamente define el ámbito de aplicación temporal de la reforma y que el 17.6 sólo regula la medida o importe de las prestaciones a cargo del responsable, en una suerte de actualización automática de su contenido, pero que se aplicará únicamente a los siniestros futuros en tanto así lo dispone el apartado que le precede.

Por su parte, Mario Ackerman considera que pareciera que el ajuste solamente debería corresponder respecto de los pagos adicionales y las demás sumas fijas o montos mínimos (cfr. Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada, 2° ed. amp. y act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 98, cita al pie, -10-).

En esta opinión, la relación entre los apartados en conflicto del artículo 17 no es del tipo regla y excepción, sino de ámbito de aplicación temporal el primero, y ajuste económico de los importes del DNU 1694/09, el segundo. En síntesis, opina que el propósito es ajustar los valores fijos de ese decreto entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia, para luego proceder al ajuste semestral del art. 8 de la ley.

En definitiva, sea que se establezca una relación de regla y excepción (postura intermedia) o, como refiere Ackerman, al ámbito temporal de la reforma y luego al contenido económico de las prestaciones contenidas por dicho ámbito y sólo a ellas, lo cierto es que la ley en el art. 17 inc. 6 aplicable al caso vino a adecuar la cuantía de las prestaciones allí contempladas a las exigencias sobrevenidas de una reparación constitucionalmente satisfactoria.

La posición amplia -de las tres narradas- que defiende el trabajo ensayado por José Daniel Machado a la cual adhiero, cuenta con sólidos fundamentos en el derecho internacional de los Derechos Humanos, y agrego, en la interpretación contextual de la propia Ley 26.773.

Para concluir: la doctrina antes citada demuestra la ausencia de claridad de las normas de derecho transitorio contenidas en la ley laboral aplicables a este caso, y la imperiosa necesidad de excluir toda interpretación exegética de ella.

En este orden se ha señalado: la jurisprudencia sobre la Ley 26.773 ha estado muy lejos de ser pacífica, aunque mayoritariamente parece haberse inclinado hasta ahora por las soluciones opuestas a las que elige la Corte. Por eso resultan descalificantes para esos magistrados algunas afirmaciones categóricas que hace el fallo, tales como: “del juego armónico de los arts. 8º y 17.6 de la Ley 26.773 claramente se desprende…”, o que “del art. 17.5 también se desprende claramente…”, o que el texto del art. 17.5 “no deja margen alguno para otra interpretación”, ya que de él emana una “precisa regla”, frases con las que incurre en el mismo dogmatismo que le reprocha al tribunal a-quo” (cfr. Luis Enrique Ramírez “El sistema de Riesgos del Trabajo después de la sentencia de la CSJN en el caso “Espósito”).

6.- Interpretación de la Ley.- Ante la ausencia de claridad del texto legal, justamente debemos tener presente que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir en modo alguno de la finalidad ni del espíritu de la norma.

Espíritu que se encuentra plasmado en el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó al proyecto de la ley 26.773, en cuanto indicó:

“La clave de bóveda de la iniciativa se resume en facilitar el acceso del trabajador a la reparación, para que la cobertura sea justa, rápida y plena, brindando un ámbito de seguridad jurídica que garantice al damnificado y a su familia un mecanismo eficaz de tutela en el desarrollo de su vida laboral”.

Idea ésta que fue receptada por el art. 1° de la misma norma.

En efecto, el art. 17.5 de la ley 26.773 debe ser interpretado a la luz de la letra contenida en el art 1°. Nótese que el art. 17.5, establece que:

“Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha”.

Y el art. 1, en su parte pertinente, dispone:

"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 las contingencias……”

Entonces, es evidente el claro propósito de remarcar los conceptos de cobertura justa, rápida, suficiente, accesible y automática.

Así lo ha resaltado conspicua doctrina y jurisprudencia publicada con posterioridad a “Espósito”, al decir:

“En ese orden es central considerar asimismo los objetivos que se expresan en el mensaje de elevación del proyecto, que alude al imperativo de alcanzar -mediante la nueva ley- un ‘estándar equitativo’, instalando ‘un régimen reparatorio que brinde prestaciones

plenas'. Ello es ratificado por el propio art. 1º de la Ley 26.773, que impone cubrir los daños 'con criterios de suficiencia' (Cfr. Formaro, artículo citado; ver también fallo "Arce" mencionado, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco).

Ahora bien, esta cobertura justa, rápida, suficiente, accesible y automática que predica la ley, en modo alguno podrá cumplirse en este caso concreto, si como indica el fallo "Espósito", sólo se aplica a los infortunios acaecidos desde el 26-10-12 (fecha de publicación en el B.O. de la Ley 26.773), porque la enfermedad padecida por el actor en esta causa, como ya se ha dicho, data de diciembre de 2008. Máxime cuando, con una sencilla operación aritmética podemos verificar que las prestaciones dinerarias que dispuso la Ley 24.557 fueron insuficientes y que las mejoras introducidas por los decretos n° 1278/00 y n° 1694/09 tampoco alcanzan para arribar a una solución de justicia.

Sentado lo que antecede, y habiéndose demostrado en los considerandos anteriores la falta de claridad de la ley, tenemos que decir que las disposiciones de la nueva normativa (Ley 26.773) integradora de su anterior (Ley 24.557) y el Decreto 1694/09, que conforman el régimen normativo cuyos objetivos son la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo (art. 1, Ley 26.773), no pueden interpretarse aisladamente, sino en función de una visión integradora, esto es, teniendo como norte el criterio de suficiencia plasmado en el primer artículo de la Ley 26.773.

Entonces, el juego armónico interpretativo de ambos artículos conjugado con la finalidad con que fue dictada la ley (art. 1° -criterio de suficiencia-), nos lleva a concluir en que esa suficiencia no puede regir sólo para el futuro, debiendo entenderse que la ley la considera satisfecha recién cuando se efectivizan las prestaciones dinerarias que establece. Deducir lo contrario, implicaría caer en un razonamiento absurdo, dado que de no quererlo, la ley directamente no hubiese dispuesto su mejora.

Lo anterior constituye otro argumento gravitante que impone apartarnos del precedente "Espósito", ya que ha quedado demostrado que el art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 debe ser interpretado y aplicado teniendo en cuenta el principio de suficiencia de la reparación, contenido expresamente en el art. 1° del citado cuerpo normativo.

7.- Aplicación temporal de la Ley 26.773: Ahora bien, en considerandos anteriores se hizo hincapié en la ausencia de claridad del texto legal a que hace mención el Considerando 8° de "Espósito", esto es, en materia de derecho transitorio; así como también en la necesidad de efectuar una interpretación contextual de la Ley 26.773, teniendo en cuenta la razón de su dictado y las consecuencias de su aplicación.

Luego, retomando el considerando 8 de "Espósito", a la luz del desarrollo ya expuesto por autores de la talla de Machado y Ackerman, viene al caso traer a colación, la especial vinculación de las normas de derecho transitorio contenidas en el Código Civil y Comercial con el Derecho Laboral.

Ello, toda vez que si bien considero acertado el criterio adoptado por los jueces de la Sala I de la Cámara Civil en materia de derecho transitorio, creo oportuno resaltar algunos matices que deben tenerse en cuenta en el marco del recurso por Inaplicabilidad de Ley, como doctrina legal a tener en cuenta en casos análogos.

Es habitual que cuando se habla de derecho transitorio los fallos hacen mención en forma directa a las normas contenidas en la ley civil. De hecho, nuestra Corte, en "Espósito" también se refiere directamente a su aplicación.

Pero debe advertirse que una adecuada interpretación de las disposiciones de derecho transitorio aplicables al Derecho Laboral, impone hacer la importante salvedad -por sus consecuencias jurídicas- relativa a que el derecho común (civil) es supletorio del derecho del trabajo (art. 11 LCT), lo que equivale a decir que es aplicable en cuanto a las normas de aquél no contraríen sus principios específicos. Esto significa que el art. 7° del Código Civil y Comercial, es una norma que se aplica en materia laboral ante la ausencia de una disposición específica, y sujeta en su aplicación al valladar impuesto por los principios propios de la materia.

Así, posee una incidencia acotada en el ámbito de las relaciones laborales, donde la aplicación inmediata de la nueva ley articula además con los principios generales en la materia y el de progresividad que rige los derechos sociales. Ello, obviamente, sin perjuicio de la implicancia de los cambios en el derecho común que también operan.

En lo que respecta al caso que nos ocupa, el art.7° del C.C.y C., constituye una vía para aplicar la nueva legislación a las relaciones jurídicas existentes con anterioridad a ella, pero cuyas consecuencias no se encuentran consumadas.

Con justeza se ha expresado:

"La solución adoptada actualmente en materia de infortunios por la doctrina mayoritaria, puede abrevar asimismo en otra razón que no ha sido siempre considerada, aunque fue objeto de oportuno debate: las derivaciones ('consecuencias') de los hechos pasados se proyectan en el tiempo y siguen verificándose bajo el imperio de la norma nueva (…)".

"Y esta cuestión no se ciñe al derecho común solamente, sino que opera en el terreno de las indemnizaciones sistémicas por infortunios, máxime cuando en el ámbito de estas últimas la propia mecánica legal lleva a la indeterminación de los montos resarcitorios hasta tanto se cuente con fijación cabal de la minusvalía. Por ende, no podría argumentarse que se trata de una circunstancia atrapada por la ley anterior." (cfr. Juan J. Formaro "Incidencias del Código Civil y Comercial" Derecho del Trabajo,

Capítulo III Derecho Transitorio, Editorial Hammurabi, 2015, páginas 51 y sgtes).

Pero justamente la aplicación al derecho laboral de la norma contenida en el art. 7 del derecho común, corresponde efectuarla teniendo en cuenta los límites antes señalados, que deben servir al juzgador a modo de test de ponderación para cada caso concreto y que pueden sintetizarse en los siguientes:

a) Como regla, las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir todos sus efectos de inmediato, pues toda ley nueva se supone mejor y más justa que la anterior (cfr. Borda, Ponencia en el "III Congreso Nacional de Derecho Civil", Córdoba 1961, T°1, pag. 72).

b) La aplicación de las nuevas leyes debe verificarse aún a las consecuencias y situaciones jurídicas a fin de brindar el máximo efecto útil al nuevo ordenamiento legal.

c) Incide la jerarquía constitucional de las normas que aseguran la satisfacción integral de las prestaciones originadas en nexos laborales, pues en esta problemática no debe perderse de vista la especificidad del derecho del trabajo y su finalidad proteccionista (Goldemberg, "El conflicto temporal de las normas en el régimen del Contrato de Trabajo" DT 1976-377).

d) La interpretación en los conflictos de las leyes en el tiempo no podrá dejar de considerar las indicaciones que recibe de la orientación general del ordenamiento jurídico hacia fines sociales (Krotoschin, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo" 4° edición 1987 T° 1 pág. 95).

e) Tampoco puede prescindirse de la urgencia de la reforma o gravedad de la injusticia que se quiere corregir.

f) Todo ello en el marco del principio de progresividad, instrumentador del garantismo social. Esto significa que las reglas de derecho común son factibles de ser desactivadas por violatorias de la regla que impide la regresividad en los beneficios y la protección alcanzados. (cfr. "Medina Orlando R y otro c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A." CSJN-Fallos 331:250, 26/2/08, entre muchos otros).

7.1.- Debemos adicionar a lo expuesto, que el nuevo CC y C innova profundamente y se acerca en su concepción al derecho del trabajo, al receptar la constitucionalización del derecho privado y al establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (ver art. 1° del C.C. y C.), ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina:

"Esto ha significado que los principios derivados del Código Civil, dejaron de tener un significado meramente privado sin connotaciones constitucionales –dice Carlucci- para erigirse con trascendencia constitucional en la medida que de no contemplarse viole el principio interpretativo y axiológico: 'Pro Homine', y en la disciplina que me ocupa, cual es el derecho laboral, el 'Principio Protectorio', reiteradamente señalado, y consagrado en el art. 14 bis de la Carta Magna Nacional. (Cfr. Burgio, Gustavo Alberto, "El caso Espósito: "Progresividad o involución", DT 2016 (julio), 1701 Cita Online: AR/DOC/1883/2016; en idéntico sentido, Formaro, Juan J. Publicado en: DT 2016 (julio), 1688 "Comentarios en torno a los alcances de la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa "Espósito c. Provincia ART" Cita Online: AR/DOC/1999/2016).

Ha significado también (a raíz de la reforma de la Constitución de 1994) un cambio en el orden de prioridades legales y axiológicas de suma trascendencia para los jueces, dado que aun cuando se encuentren ante un caso de derecho común, el orden de prelación para ser examinado va a ser el siguiente: la Constitución, después las leyes aunque el contenido del pleito parezca pertenecer exclusivamente a la esfera del derecho privado (Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho de daños en el marco del derecho constitucional", XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. En Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Año XXVI. 309. ps. 171/184. Ediciones Rap SA).

7.2.- Ello nos conduce inexorablemente a sostener que, en el caso, no puede procederse mecánicamente a la aplicación de lo disciplinado en el art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 hacia el futuro, porque aplicando el referido "test" de compatibilidad de las normas de derecho transitorio del C.C. y C. en conjunción con los límites establecidos por los principios laborales, podemos observar que no cumple con la primera regla enunciada (efecto inmediato de la ley, pues toda ley nueva se supone mejor y más justa que la anterior, y de hecho, sabido es que la Ley 26.773 vino a paliar defectos e inequidades del sistema anterior).

Sin duda, la regla marcada con la letra b) tampoco se encuentra satisfecha en autos, en la hipótesis de aplicar el mentado art. 17 inc. 5 a los accidentes que ocurrieron o enfermedades que se manifestaron con posterioridad a su entrada en vigencia, porque la primera manifestación invalidante de la enfermedad padecida por el Sr. Urra data de diciembre de 2008, con lo cual tuvo lugar antes de la entrada en vigencia del Decreto 1694/09 y de la Ley 26.773 (26/10/2012), sin que la demandada haya dado cumplimiento a la cobertura de las prestaciones con anterioridada la entrada en vigencia del nuevo régimen legal.

La situación fáctica descripta me lleva a concluir que no se trata de la aplicación retroactiva de las normas, sino de la extensión de los efectos de esas disposiciones a una relación jurídica existente cuyas consecuencias estaban activas, motivo por el cual debe brindársele "el máximo efecto útil al nuevo ordenamiento legal" (test regla b).

Por último, el caso sometido a juzgamiento, tampoco supera las reglas contenidas en los incisos c), d), e) y f), porque al estar en presencia de "relaciones y situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la fecha de sanción de la Ley 26.773, pero cuyas consecuencias jurídicas no se han agotado a dicha fecha, al no ser alcanzadas por los mayores beneficios otorgados por esa norma, se viola el principio protectorio (art. 14 bis de la CN y arts. 9 y cctes de la LCT), el principio de progresividad, y el principio "pro persona".

7.3.- Lo anterior posee a su vez una grave consecuencia, cual es que este Tribunal Superior de Justicia, al hacerlo, se pondría en franca contradicción con su propia doctrina dictada en sucesivos fallos –algunos de los cuales con acierto destaca la parte actora en su memorial de contestación de los agravios- tales comola causa "Salinas" (Acuerdo nro. 14/2012, Sala Civil del TSJ) en la que se desarrollan los principios de "progresividad" y "pro homine" o la causa "Porta" en la que la Sala Civil se expide sobre el "principio protectorio".

8.- Luego del desarrollo efectuado en el considerando que antecede podemos extraer dos connotaciones jurídicas relevantes.

La primera tiene que ver con los agravios vertidos en casación por la ART en cuanto a la aplicación retroactiva de la Ley 26.773 (se desarrollará como punto 8.1) y la segunda, con la obligatoriedad de efectuar el control de constitucionalidad y convencionalidad, más allá de las consideraciones efectuadas en el caso "Espósito" por parte de nuestra Corte Nacional (8.2).

8.1.- Sobre el punto PREVENCION A.R.T. S.A. denuncia que el fallo es violatorio de la ley y de la doctrina legal imperantes, al aplicar retroactivamente para un accidente acaecido en el 2008, el Decreto 1694/09 y la Ley 26.773, que expresamente disponen que serán de aplicación para los accidentes acaecidos (o primera manifestación invalidante, si de enfermedades se trata) a partir de sus respectivas sanciones. Cuestiona la aplicación de la norma del art. 3 del C.C. de Vélez (hoy art. 7) y en ese orden entiende que se ha violado la ley por entender que para aplicarla retroactivamente debió declarar "de oficio" la inconstitucionalidad de la misma".

De más está decir que con respecto a la aplicación del art. 7 del CC y C, el interrogante ha sido respondido en el considerando anterior, a cuyas consideraciones me remito.

Luego, y con relación a la infracción legal traducida en la falta de declaración de oficio de la inconstitucionalidad de la Ley 26.773, sobre todo del art. 17 inc. 5, por parte de la Cámara local, entiendo que en modo alguno se configura.

La Cámara sentenciante no violó el "principio de irretroactividad" al aplicar la normativa mencionada a un accidente ocurrido antes de su entrada en vigencia. Ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º del Cód. Civil y Comercial (Ley 26.994) donde –como se explicitara- la aplicación inmediata de la ley rige las consecuencias en curso de un accidente. Por ello, consideró aplicable tanto el Decreto 1694/09 como la Ley nº 26.773, sin necesidad de expedirse sobre la constitucionalidad de la preceptiva en estudio. Sostuvo que la aplicación de esas normas a un accidente ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia, no constituye una violación al principio de "irretroactividad" de la ley, sino su aplicación inmediata a las relaciones o situaciones jurídicas ya existentes, al momento de su entrada en vigencia. Y lo argumenta desde el punto de vista fáctico, en el dato cierto relativo a que la Aseguradora no había dado cumplimiento de cobertura de las prestaciones de la Ley 24.557 con anterioridada la entrada en vigencia del nuevo régimen legal (Ley 26.773); y desde el punto de vista jurídico, en el precedente de la CSJN "Camusso".

Precedente que la Corte Nacional declara inaplicable en la causa "Espósito".

En ese contexto, considero que deviene razonable lo decidido por la Cámara de Apelaciones, toda vez que si bien existe una traba para la aplicación de normas en forma retroactiva, atento lo previsto en el art. 7º del Código Civil y Comercial, como principio general, la liquidación de contingencias en trámite y sin resolución definitiva en materia de prestaciones, tiende a disponerse conforme la legislación posterior y más benigna y favorable para la víctima.

Hasta que no se satisface el crédito, se determine el quantum de capital y se concluyan o consuman las consecuencias, la relación jurídica se encuentra subsistente en su elemento esencial.

Además debemos recordar que el principio de irretroactividad no es igual en todas las ramas del derecho.

Repárese que la irretroactividad de las leyes en el derecho laboral y en derecho civil no es un principio estrictamente constitucional, sino de índole legal (principio legislativo normado en el art. 7 del C.C. y CN), a diferencia de lo que acontece en materia penal en la que la irretroactividad está consagrada en la Constitución (art. 18) y a salvo el beneficio de la ley más benigna (art. 2°del Código Penal).

De ello se deriva la diferente óptica con que tal principio debe ser analizado.

Por lo tanto, acceder a la prestación reclamada en autos bajo los mejores derechos que implican el cambio normativo cuya aplicación discute la recurrente, importa en los hechos asegurar al Sr. Nuñez Urra la tutela judicial efectiva a través de un régimen indemnizatorio más justo, rápido y suficiente para resarcir la hernia discal sufrida como consecuencia de su trabajo.

Lo expuesto y considerado me lleva a concluir que, negar en el caso el reconocimiento de la indemnización prevista en los arts. 8 y

17.6 de la Ley 26.773 con fundamento en el inciso 5 del art. 17, apegándonos a la literalidad del texto legal, y a una desinterpretación del principio de irretroactividad que campea en el derecho laboral, tal como ha sido explicado, implicaría en mi opinión, ni más ni menos que discriminar al trabajador por el simple transcurso del tiempo.

Porque sin duda, mantener las prestaciones de la Ley 24.557 sin las adiciones efectuadas por la Ley 26.773, significará tratar desigualmente al Sr. Núnez Urra Waldemar Enrique, frente al sistema actual para reparar siniestros laborales asumido por la sociedad.

Y debe recordarse que al tratarse de la reparación de una minusvalía, necesariamente requiere de una reparación adecuada e integral.

Y ratifico lo antedicho, sin dejar de señalar que soy partidario de la declaración de inconstitucionalidad de oficio cuando las circunstancias lo ameritan.

En este orden de ideas, el Registro de este Tribunal Superior de Justicia da cuenta de que en los autos caratulados "Valenzuela, Roberto c/ Compañía Naviera Pérez Companc", que fueran materia de la sentencia dictada mediante Acuerdo N° 125/95, del 17/03/1995 (publ. en La Ley 1997-D-532, con nota de Germán Bidart Campos), sostuve que, sin desconocer la vigencia centenaria de la teoría de la no declaración de oficio de inconstitucionalidad de las leyes receptada por la Corte Nacional (resquebrajada a partir del año 1984 a raíz de la disidencia de los doctores Fayt y Belluscio en la causa "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario", que si bien los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta, de esa premisa no puede deducirse que deba exigirse petición de parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho y por tanto, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente –trasuntando en el antiguo adagio iuria novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución Nacional, conforme impone el art. 31.

Asimismo expresé en dicha oportunidad, siguiendo las aludidas disidencias de los miembros del Máximo Tribunal Nacional, que de la citada norma constitucional deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquías, nacionales o provinciales, de examinar en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para indagar si guardan conformidad a ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición, facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes.

"Luego, un juez que resuelva contra la Constitución, porque la parte no denunció la inconstitucionalidad, está consagrando, a sabiendas, una solución injusta. No permitir el control de constitucionalidad de oficio de las leyes lleva a resolver los casos en contra del valor seguridad, porque, como es sabido la adecuación de las normas a la Constitución es siempre prenda de paz social…" (fallo citado).

Relacionado con lo anterior se encuentra el agravio de PREVENCION A.R.T. S.A., sosteniendo que el fallo de Cámara además de violar el principio de irretroactividad de la ley "termina rompiendo la ecuación económico financiera del contrato entre su mandante y la empleadora asegurada. Entiendo que el argumento no es válido.

Por el contrario, como lo expresa Formaro,

"[…] La aplicación dogmática o del artículo 17 inciso 5 que efectúa la Corte produce un "enriquecimiento sin causa" de las aseguradoras".

"En efecto, ellas han venido percibiendo alícuotas de los empleadores sobre salarios actualizados por los aumentos establecidos en los convenios colectivos de trabajo, mientras simultáneamente venían, desde hace muchos años, abonando prestaciones absolutamente atrasadas y desactualizadas". "…De tal modo, seguir aplicando ese criterio reparatorio a siniestros no cancelados a la entrada en vigencia de la nueva norma, enriquece sin causa a las aseguradoras"…." Extender esta situación configura un caso típico de enriquecimiento del deudor causalmente relacionado y correspondido con el empobrecimiento del acreedor"

Y agrega,

"Precisamente, el importe de las prestaciones dinerarias no ha tenido la misma movilidad que las cuotas o alícuotas que se fijan en función de ellas, agregando que las prestaciones dinerarias por IPD habían quedado congeladas desde el año 2009 mediante el decreto reglamentario 1694/09".

Para terminar expresando en criterio que suscribo y resalto:

"….Con respecto a una cuestión tan sensible como a una indemnización de carácter alimentario no puede existir un derecho adquirido a una determinada modalidad desactualizada…." (Cfr. Formaro, Juan J. "Comentarios en torno a los alcances de la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa "Espósito c. Provincia ART", citado).

Con los argumentos expuestos, el agravio será rechazado.

8.2.- Sobre la obligatoriedad de efectuar el control de constitucionalidad y convencionalidad. Sabido es que en el caso "Videla"

(2010) nuestra Corte Nacional haciendo suyas las expresiones vertidas por el Tribunal Interamericano, reafirmó no sólo el deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y las de la Convención Americana sino que, incluso, señaló que ese control debía llevarse a cabo "ex officio". (cfr. Pisacco, Marina "La obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" Publicado en: LA LEY 26/10/2010, 1; en idéntico sentido ver Palacio de Caeiro, Silvia B. "El control de convencionalidad y los convenios de la OIT", Publicado en: LA LEY 2009-D, 1082).

Ese discernimiento fue reiterado por la Corte Interamericana en el caso "Trabajadores Cesanteados del Congreso vs. Perú", sentencia del 24 de noviembre de 2006, donde consideró:

"…los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana" (Opinión del juez Cançado Trindade).

Así lo asevera con agudeza Néstor Sagüés, al considerar que cualquier regla doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) puede ser sometida al control de convencionalidad" (cfr. "El 'control de convencionalidad' en particular sobre las constituciones nacionales", LA LEY, 19/2/09, p. 1).

Entonces, la operación que requiere el control de convencionalidad para el juez argentino viene a completar el proceso de control de constitucionalidad, cuando el caso en juzgamiento remita a un contenido normativo internacional.

Y justamente el supuesto anterior se da en el caso que nos convoca.

Todas las consideraciones que expuestas y las que nos convocan en especial en este considerando, nos lleva a evaluar si 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, sortea el test de constitucionalidad y de convencionalidad al que debe ser sometido.

Uno de los principios que mayor tutela constitucional posee es el de progresividad. Se encuentra incluido en el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y a su vez normativizado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Constituye a su vez, uno de los postulados principales de los Convenios de la OIT receptados por la legislación argentina, en cuanto imponen bregar por una mejora en las condiciones de trabajo a fin de superar las circunstancias de la vida y la existencia de los trabajadores (cfr. Acuerdo nro. 2/2010 en autos "Martínez c/ Liberty s/ accidente de Trabajo con ART" -ampliación de fundamento del Dr. Massei- y Palacio de Caeiro, Silvia B. "El control de convencionalidad y los convenios de la OIT", Publicado en LA LEY 2009-D, 1082).

El mentado principio establece la necesidad de lograr el progreso económico con justicia social, lo que imposibilita por vía de hipótesis toda regresión normativa.

En tal sentido se ha dicho que el principio de progresividad acompaña el Derecho del Trabajo desde su nacimiento, que ha adquirido alcance constitucional en la República Argentina con la reforma de 1994, y que la aplicación inmediata de la norma más favorable al trabajador es una consecuencia lógica de este principio.

"[…] Por ello no es extraño que por aplicación de ese principio se defienda la tesis que sostiene la aplicación de las disposiciones de la Ley 26773 (sancionada el 24 de Octubre de 2012) a un evento dañoso ocurrido con anterioridad" (cfr. Amanda Lucía Pawlowski de Pose, "Defensa del Principio de Progresividad en materia de accidentes de trabajo", publicado en DT. 2016 (Julio), 1728, Cita on line AR/ DOC/ 1907/2016).

Así lo establece también nuestra Constitución Nacional.

"El art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, al establecer como atribuciones del Congreso de la Nación las de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos"…(…)

Por tal razón, una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias sub examine, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales (cfr. Formaro, Juan J., "Comentarios en torno a los alcances de la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa "Espósito c. Provincia ART", citado).

De la manda constitucional antes transcripta se deriva "el deber –positivo– del Estado de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna" (Corte IDH, "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", 17-06-2005).

Y el compromiso –negativo– de respetar los mentados derechos, absteniéndose de adoptar medidas que interfieran en el disfrute

del derecho al trabajo alcanzado por un empleado (Obs. Gral. 18 PIDESyC).

Y como ya lo adelantara, la Sala Civil de este TSJ que integro, ha receptado el principio de "progresividad" en la causa "Salinas" (entre otras), entendiendo en tal oportunidad, que la interpretación a efectuar en dicho caso: "debía guardar correlación con el principio de progresividad en la plena eficacia de los derechos sociales -en los que se encuentran inmersos los derechos laborales- (Arts. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), en tanto confiere mayor plenitud al derecho del trabajador al resarcimiento de las consecuencias disvaliosas provocadas por el trabajo, en relación con la consagrada en los anteriores sistemas legales especiales".(cfr. Acuerdo nro. 14/2012 de esta Sala Civil, causa "Salinas", citado).

En simultáneo con el principio de "progresividad" consideró la Sala que:

"[…] se encolumna con el principio pro hominis (Arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), toda vez que se resguarda la integridad del trabajo humano, como derecho fundamental, al imponer el deber de reparar las consecuencias de los actos que lo lesionan injustificadamente" (cfr. "Salinas" cita anterior).

Y relacionado con los dos principios mencionados, entendió que:

"[…] se encuentra el principio protectorio, desde que se opta por la interpretación más tuitiva y favorable al dependiente que, además, es víctima de un daño injusto (cfr. autos "Porta Víctor E. c/ Prevención A.R.T. S.A. s/accidente de trabajo con A.R.T", ACUERDO n°9, 7-6-2016, Expte. N° 79, año 2011, Sala Civil del TSJ de Neuquén).

Expresa Luis Raffaghelli, y viene al caso traer la opinión de Luis Raffaghelli en el sentido que nuestro Máximo Tribunal Nacional en la causa "Espósito", ha omitido la aplicación del principio pro homine o "pro persona" con sus dos manifestaciones hermenéuticas: la exigencia de adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías y en sentido inverso –restrictivo– si de lo que se trata es de limitar tales derechos, libertades y garantías (Corte IDH, "Condición jurídica y Derechos Humanos del niño", Opinión consultiva –OC- 17/2002 PIDESC y OC 06786, cfr. autor citado, "Consideraciones sobre la Ley 26773 en materia de riesgos del trabajo y un pronunciamiento de la Corte Suprema", 6 de julio de 2016).

Principio éste, que como es sabido, impone a los jueces escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten.

Además, no debemos olvidar que el principio "pro persona" tiene su correlato con el de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia sociales, y que en "Madorrán c/ Aduana" (Mayo 3, 2007) se recuerda que "tiene categoría constitucional" y que por lo tanto "Las leyes, pues, 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" (en extenso, ver Raffaghelli, artículo citado anteriormente).

Así, la aceptación del principio de progresividad, orienta y alienta la tendencia y hasta la obligatoriedad de optar por el régimen más favorable sucesivo que ha implicado un claro avance y progreso en la dirección de proteger derechos fundamentales laborales.

Y ello –agrego- sin perjuicio de lo dicho por el Cimero Tribunal del país en el citado caso "Espósito", en el sentido que no cabe aplicar los precedentes de "Arcuri Rojas c/ ANSES" y "Camusso", porque lo cierto es que todos los principios fundamentales antes desarrollados, trascienden lo expresado en "Espósito", dado que los jueces tenemos el deber constitucional de aplicarlos –aún de oficio- en el marco del control de constitucionalidad y convencionalidad, y derespetoa la observancia de los Tratados Internacionales antes citados.

En ese contexto, considero que deviene razonable lo decidido por la Cámara de Apelaciones, toda vez que si bien, como principio general, existe una traba para la aplicación de normas en forma retroactiva atento lo previsto en el art. 7º del Código Civil y Comercial, la liquidación de contingencias en trámite y sin resolución definitiva en materia de prestaciones, tiende a disponerse conforme la legislación posterior más benigna y favorable para la víctima.

Hasta que no se satisface el crédito, se determine el quantum de capital y se concluyan o consuman las consecuencias, la relación jurídica se encuentra subsistente en su elemento esencial.

Por lo tanto, acceder a la prestación reclamada en autos bajo los mejores derechos que implican el cambio normativo cuya aplicación discute la recurrente, importa en los hechos asegurar al Sr. Nuñez Urra la tutela judicial efectiva a través de un régimen indemnizatorio más justo, rápido y suficiente para resarcir la hernia discal sufrida como consecuencia de su trabajo, que respete los principios de progresividad, pro homine y el protectorio.

Es que efectuar un corte temporal –como pretende la ley y convalida "Espósito"- que excluya de los mejores beneficios y condiciones de la legislación sobre protección frente a riesgos de trabajo a, como en el caso, la reparación de una enfermedad contraída en el trabajo, por el solo hecho de haber ocurrido con antelación a la publicación de la nueva normativa, implica en mi

opinión, ni más ni menos que discriminar al trabajador por el simple transcurso del tiempo.

Porque sin duda, mantener las prestaciones de la Ley 24.557 sin las adiciones efectuadas por la Ley 26.773, significará tratar desigualmente al Sr. Núnez Urra Waldemar Enrique, frente al sistema actual de reparar siniestros laborales asumido por la sociedad.

Como se viene expresando en esta materia, consagrar y garantizar la igualdad mejorativa de derechos es tarea común del derecho, conforme los arts. 14, 16 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Este último precepto incorpora a nivel constitucional y supralegal normas supranacionales que, abundantemente, obligan a garantizar la igualdad de trato, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°), los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Nro. 100 y 111 y la Declaración Socio Laboral del Mercosur (art. 1°).

Luego, la violación al principio de igualdad ante la ley, torna inaplicable el art. 17 inc. 5 al caso sub-análisis.

9.- Pronunciamiento que corresponde dictar. En consecuencia, y de compartirse los argumentos vertidos, propongo a mi colega de Sala, dictar el siguiente pronunciamiento: a) se declare la improcedencia del recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A. a fs. 405/422. b) En consecuencia, se confirme la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, que obra a fs. 398/402, en cuanto al confirmar la sentencia de primera instancia dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los importes a que aluden los artículos 1°, 3° y 4° del Decreto 1694/09 a una enfermedad laboral que tuvo su primera manifestación invalidante con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto n° 1694/09 y de la Ley 26.773 respectivamente, y cuyas consecuencias jurídicas (cumplimiento de la obligación) cayeron bajo la vigencia de las normas antes citadas. c) Declarar la inconstitucionalidad de oficio del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 y del 16 del Decreto n° 1.694/09 al caso concreto en tanto su aplicación importa contrariar las normas tuitivas emanadas de nuestra C. N. y de los Pactos Internacionales por ella incorporados.

10.- Pronunciamiento sobre costas: En cuanto a las costas de esta instancia, atento el resultado que se propicia y las singulares características que presenta el caso frente a las posibles interpretaciones que genera la materia sometida a debate, propongo sean en el orden causado, por darse las especiales circunstancias que autorizan la dispensa, conforme lo normado por el art. 68 segunda parte del C.P.C. y C. de aplicación supletoria (Ley 1406). MI VOTO.

El señor vocal doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: I. Disiento con los fundamentos y la solución propuesta por mi distinguido colega en el voto que antecede. Y ello así, a modo de adelanto, en el entendimiento que se configura en los presentes la causal de infracción alegada, en orden a la aplicación temporal de la Ley 26.773 y el Decreto N°1.694/09 toda vez que el decisorio impugnado no se ajusta a la interpretación de las normas que regulan dicho tópico.

II. Para alcanzar tal conclusión, cabe explicitar el marco conceptual en la cual se inserta.

1. Con tal propósito y como lo pone de resalto el voto precedente, el concreto tema traído a resolver refiere a la vigencia temporal de la Ley 26.773 y del Decreto n° 1.694/09, puntos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación examinó y se pronunció en autos: “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente – ley especial” (FALLOS: 339:781).

Por consiguiente es necesario dar cuenta de algunos de los fundamentos vertidos, a los que en mayor extensión corresponde remitir en honor a la brevedad.

Así dijo:

“El art. 19 del decreto 1278/00 dispuso que las modificaciones introducidas a la Ley 24.557 entrarían en vigencia ‘a partir del primer día del mes subsiguiente a su publicación en el Boletín Oficial’, que ocurrió el 3 de enero de 2001. Y el decreto reglamentario 410/01 procuró precisar tal disposición indicando que dichas modificaciones serían aplicables a todas las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir del l° de marzo de 2001 […] el Decreto 1694 […] En el art. 16 […] dejó en claro que sus disposiciones entrarían en vigencia a partir de la publicación en el Boletín Oficial (6 de noviembre de 2009) y se aplicarían a las contingencias previstas en la ley 24.557 cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir de esa fecha” (Considerando N° 4).

“[…] el art. 17.5 de la Ley 26.773 dejó en claro que ‘las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero’ entrarían en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarían únicamente ‘a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha’” (Considerando N°5).

Y añadió:

"[…] 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" (Considerando N°8).

Más adelante señaló, concretamente respecto del Decreto N°1.694/09:

"[…] huelga decir que a la luz de las consideraciones precedentemente efectuadas la pretensión de aplicarlo también comportaría un indebido apartamiento de la clara norma del art. 16 de dicho decreto." (Considerando N°12).

A partir de estas premisas, resulta claro que si el legislador soluciona el problema inter-temporal de normas fijando una regla específica de derecho transitorio, ella deberá ser aplicada. Por tanto, no tendrá suficiente fundamento la sentencia que aplique la regla general prescripta en el Art. 3 del viejo Cód. Civ. (actual Art. 7 del Cód. Civ. y Com.).

Resulta propicio acotar que en decisiones posteriores el Máximo Tribunal se mantuvo en esta línea interpretativa al sostener:

"Son atendibles los cuestionamientos de la apelante vinculados con la aplicación al caso de la ley 26.773 pues la declaración de inconstitucionalidad del art. 17.5 de esa norma se apoya en una interpretación que no se ajusta a los criterios establecidos en el pronunciamiento dictado por esta Corte en la causa 'Espósito' (Fallos: 339:781), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir" (entre otros, "Gatti, Daniel Arístides c/ Provincia de Santa Fe s/ accidente laboral" -CSJ/2015/RH1-, sentencia del 25/10/2016; y "Medina Bello, Félix Antonio c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otro s/ recurso de inaplicabilidad de ley", -CSJ 3733/2015/RH1-, sentencia del 22/11/2016").

2. Al propio tiempo, el Máximo Tribunal descalificó el resolutorio que se basa en otras razones y soslaya la precisa regla que soluciona el conflicto de normas en el tiempo.

Así, referenció que no son sustento válido las apreciaciones vertidas en los precedentes "Calderón" (Considerando N° 8), "Arcuri Rojas" (Considerando N° 10), y "Camusso" (Considerando N° 11). Y agregó que tampoco lo es la invocación de razones de justicia y equidad (Considerando N° 9).

Además se encargó de recordar lo dicho acerca de los conflictos inter-temporales de las sucesivas reformas en otros antecedentes propios:

"[…]'el fallo judicial que impone el pago de una indemnización por un infortunio laboral solo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico (Fallos:314:481;315:885); sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada (Fallos:314:481; 321:45)'"(Considerando N°6).

3. Por otro lado, en el caso "Espósito" la Corte Nacional también se expidió acerca de otras cuestiones involucradas en la aplicación del régimen de reparación de los riesgos del trabajo.

3.1. En tal sentido, respecto del Art. 3° de la Ley 26.773 destacó que la indemnización adicional se dispuso cuando se trata de un verdadero infortunio o enfermedad laboral y no un accidente in itinere (Considerando N°5).

3.2. A su vez, relativo al Art. 8 de esa norma, puntualizó que:

"[…] el decreto reglamentario 472/14 explicitó que el ajuste previsto en los arts. 8° y 17.6 se refería a los importes de las prestaciones adicionales de suma fija que habían sido incorporadas al régimen por el decreto 1278/00, y de los pisos mínimos establecidos por el decreto 1694/09 y por el art. 3° de la propia ley reglamentada" (Considerando 5).

Dicho en otros términos, entendió que el índice R.I.P.T.E. se aplica a las prestaciones adicionales consagradas en el Art. 11.4; a los pisos mínimos indemnizatorios previstos en los Arts. 14.2, incisos a) y b) y 15.2 –todos de la Ley 24.557-; y 3 de la Ley 26.773. O sea que no se aplica al importe resultante de la fórmula de cálculo indemnizatorio de los Arts. 14 y 15 de la ley mencionada en primer lugar.

En párrafos más abajo puntualizó:

"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 invalidante 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 1694/09 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" (Considerando N°8).

3.3. Aquí también es oportuno traer a colación que la Corte Suprema aplicó estas pautas en otros casos –posteriores- a los fines de establecer el importe de las reparaciones.

En tal sentido, categóricamente dijo:

"Los cuestionamientos de la apelante vinculados con la aplicación de la ley 26.773 a los efectos de fijar los montos resarcitorios, encuentran adecuada respuestas en el pronunciamiento dictado por esta Corte en la causa 'Espósito' (Fallos: 339:781), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir […]"

"Por lo demás, la declaración de inconstitucionalidad del decreto 472/14 se apoya en una interpretación de la ley 26.773 que no se ajusta a los criterios establecidos en el precedente citado" ("Ibarra, Norma Rosario c/Asociart S.A. ART s/accidente de trabajo" – CSJ/2016/RH1-, sentencia del 22/11/2016)

4. Corresponde a esta altura destacar que en virtud de que todo lo expresado proviene de la máxima autoridad judicial de la República, por respeto a su investidura, y en resguardo de la seguridad jurídica, deberá ser acatado por la judicatura a la hora de expedirse sobre tales cuestiones, atendiendo a las circunstancias particulares de cada causa (Ac. N° 9/05, del registro de la Secretaría interviniente).

La autoridad institucional que es inherente a la jurisprudencia de la Corte constituye un importante factor de seguridad y certeza que contribuye a alcanzar un estándar de previsibilidad para las personas, razón por la cual este Cuerpo no la puede desconocer.

Tampoco puede escapar al entendimiento del contexto que envuelve la presente decisión, la incidencia que tiene el tiempo transcurrido en el trámite judicial sobre los derechos de la víctima. La garantía a una duración razonable del proceso reclama una decisión judicial que ponga fin al conflicto sin dilaciones indebidas.

Asimismo, la solución que se propicia procura evitar un mayor desgaste jurisdiccional y conduce a disminuir la litigiosidad, todo lo cual colabora a fortalecer el sistema judicial.

En consecuencia, las razones aquí expuestas respaldan suficientemente la conformación al precedente de la Corte Suprema.

5. Frente a los señalamientos reseñados en los puntos anteriores, queda demostrado que el decisorio de la Alzada infringió los Arts. 17.5 de la Ley 26.773 y 16 del Decreto 1694/09, toda vez que no se ajusta a la interpretación de las normas que regulan su aplicación temporal.

Por dicho fundamento resulta procedente la impugnación articulada por la parte demandada, por la causal que motivara la apertura de la instancia extraordinaria.

III. A tenor de lo prescripto por el Art. 17º inciso c) de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio en el extremo casado.

Ello obliga a analizar los agravios vertidos ante la Alzada que guardan nexo con aquél. En concreto, los invocados por la demandada.

A través de ellos, la quejosa pone en tela de juicio la aplicación retroactiva de la Ley 26.773 y del Decreto N°1.694/09 para un infortunio cuya primera manifestación invalidante se produjo antes de la publicación en el Boletín Oficial.

A la vez, reprocha que el monto indemnizatorio fijado por el A-quo, añade la prestación del art. 3 de la Ley 26.773.

Tales cuestionamientos se remiten a los mismos puntos que ya han sido abordados y debidamente examinados más arriba al tratar la primera de las cuestiones que abren este Acuerdo.

Por consiguiente, en función de los argumentos allí brindados, y solución que se ha propiciado, a los que cabe remitirse, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 366/370 vta., y revocar –en lo pertinente- el pronunciamiento de Primera Instancia, en cuanto ha sido materia de agravio. Y en su consecuencia, remitir los autos al Juzgado de origen, a fin de que, en la etapa de ejecución de sentencia, proceda a determinar el monto de la condena que deberá liquidarse teniendo en consideración los lineamientos brindados al efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la norma vigente a la fecha de la primera manifestación invalidante -Ley 24.557 con las modificaciones introducidas por Decreto N°1.278/00 dado que se trata de un accidente de trabajo sucedido en 2008-, la correcta aplicación del índice R.I.P.T.E., y las demás cuestiones firmes.

A la par, se readecuarán los honorarios de todos los profesionales intervinientes al resultado emergente de la condena.

IV. En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, esto es las costas, corresponde

distinguir según las distintas instancias.

En relación con las originadas en la primera, cabe tener en cuenta que persiste la condena en contra de la demandada, modificándose solo las normas aplicables para la determinación de su monto. Por tanto, se mantiene la imposición de las costas a la parte demandada en su calidad de vencida (Art. 17, Ley 921).

Luego, se modifican las provocadas ante la Alzada y las generadas en esta etapa casatoria, imponiendo ambas en el orden causado en virtud que el tema central debatido generó discrepancia jurisprudencial y doctrinaria (Arts. 68, 2da. parte y 279 del C.P.C. y 12, Ley 1.406).

V. En suma. A tenor de las consideraciones vertidas, se propone al Acuerdo: a.- Declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A., a fs. 405/422; y en consecuencia, casar parcialmente el decisorio recaído a fs. 398/402 con fundamento en la causal de infracción legal invocada y conforme se expidió la Corte Suprema de la Nación en el precedente “Espósito”; b.- Recomponer el litigio a la luz del Art. 17º inciso c) del rito, mediante el acogimiento –en lo pertinente- del recurso de apelación impetrado por la parte demandada, a fs. 366/370 vta., y la revocación parcial, por añadidura, de la resolución de fs. 348/357, en punto a las normas aplicables para la liquidación de la condena allí decidida, remitiéndose los autos al Juzgado de origen, a fin de que, en la etapa de ejecución de sentencia, proceda a determinar el monto de la condena que deberá calcularse sobre la base de lo indicado en el punto III. y las demás cuestiones que han devenido firmes; c.- Mantener la imposición de las costas ante la Primera e imponer en el orden causado las provocadas en la Alzada y en la instancia extraordinaria local; todo conforme lo expresado en el considerando IV del presente; d.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios dispuestas en las instancias anteriores para letrados y peritos, readecuándolas al monto final emergente de la condena; e.- Disponer la devolución del depósito efectuado por la parte demandada recurrente, cuyas constancias lucen a fs. 404 y 441 (Art. 11° de la Ley 1.406). MI VOTO.

El señor presidente doctor EVALDO D. MOYA dice:

1. Viene la presente causa a mi conocimiento en virtud de las posturas disidentes planteadas en sus respectivos votos por los Señores Vocales doctores Oscar E. Massei y Ricardo T. Kohon, a los fines que dirima este asunto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° del Reglamento de División en Salas del Tribunal Superior de Justicia (aprobado por Acuerdo N° 4464, punto XIII, y modificado por Acuerdo N° 4473, punto XXX).

2. En atención a esta especial circunstancia que impone que deba zanjar las cuestiones planteadas en este Acuerdo por uno u otro de los votos que me preceden, y ponderados cada uno de ellos, me inclino por adherir a los fundamentos y solución propiciada por el Dr. Ricardo T. Kohon por razones de celeridad procesal y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional ante el pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación en la causa “Espósito”.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal General, por mayoría: SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A. a fs. 405/422; y en consecuencia, CASAR PARCIALMENTE el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I circunscripción –Sala I- obrante a fs. 398/402, con fundamento en la causal de infracción legal invocada y conforme se expidió la C.S.J.N. en el precedente “ESPÓSITO” 2) RECOMPONER el litigio a la luz del Art. 17 inc. c del Rito, mediante el acogimiento –en lo pertinente- del recurso de apelación impetrado por la parte demandada, a fs. 366/370 vta., y la revocación parcial, por añadidura, de la resolución de fs. 348/357, en punto a las normas aplicables para la liquidación de la condena allí decidida, remitiéndose los autos al Juzgado de origen, a fin de que, en la etapa de ejecución de sentencia, proceda a determinar el monto de la condena que deberá calcularse sobre la base de lo indicado en el punto III –del voto mayoritario- y las demás cuestiones que han devenido firmes; 3) Mantener la imposición de las costas ante la Primera Instancia e imponer las generadas en Segunda Instancia y en esta etapa extraordinaria local en el orden causado, todo conforme lo expresado en el considerando IV –del voto del Dr. KOHON- de la presente; 4) Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios dispuestas en las instancias anteriores para letrados y peritos, readecuándolas al monto final emergente de la condena; 5) Regúlanse los honorarios profesionales de los Doctores ... –en el doble carácter por la actora-, ... –apoderada de la demandada- y Dr. ... –patrocinante de la misma parte- 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 6°) Disponer la devolución de depósito efectuado conforme constancias de fs. 404 y 441 de acuerdo a lo establecido por el Art. 11 de la Ley 1.406. 7°) 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 presentes por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. EVALDO D. MOYA - Presidente. Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

**"OZORIO ESCUBILLA JOSÉ MARÍA C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 456038/2011) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 13/02/2017

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

LEY APLICABLE. PAGO DE LA INDEMNIZACION. REAJUSTE DE PRESTACIONES DINERARIAS. REGIMEN ESPECIAL. NO VIGENTE AL TIEMPO DEL INFORTUNIO. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. INFRACCION A LA LEY. DISIDENCIA.

1.- Cabe declarar procedente del Recurso de Inaplicabilidad de Ley, pues ha quedado demostrado que el decisorio de la Alzada al aplicar las disposiciones de la Ley 26.773 con sustento en lo dispuesto por el Art. 3 del Cód. Civ. –actual 7 del C.C.y C.- infringió el Art. 17.5 de la citada ley, toda vez que no se ajusta a la interpretación de las normas que regulan su aplicación temporal. En consecuencia, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada, y revocar –en lo pertinente- el pronunciamiento de Primera Instancia, en cuanto aplica retroactivamente la Ley 26.773 para un infortunio cuya primera manifestación invalidante se produjo antes de su publicación en el Boletín Oficial, a la vez que, reprocha que se haya aplicado el índice R.I.P.T.E. sobre el resultado de la fórmula indemnizatoria porque constituye una interpretación errónea de la normativa, y en su consecuencia, remitir los autos al Juzgado de origen, a fin de que, en la etapa de ejecución de sentencia, proceda a determinar el monto de la condena que deberá liquidarse teniendo en consideración los lineamientos brindados al efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la norma vigente a la fecha de la primera manifestación invalidante -Ley 24.557 con las modificaciones introducidas por Decreto N°1.694/09 dado que se trata de un accidente de trabajo sucedido el 16/3/11-, la correcta aplicación del índice R.I.P.T.E., y las demás cuestiones firmes. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría).

2.- Negar el reconocimiento de la indemnización prevista en el art. 8 y 17.6 con fundamento en el inciso 5 del art. 17 al presente caso, apegándonos a la literalidad del texto legal, y a una desinterpretación del principio de irretroactividad que campea en el derecho laboral, implicaría, ni más ni menos que discriminar al trabajador por el simple transcurso del tiempo. Porque sin duda, mantener las prestaciones de la ley 24.557 sin las adiciones efectuadas por la Ley 26.773, significará tratar desigualmente al actor en estos autos, frente al sistema actual de reparar siniestros laborales asumido por la sociedad. Y debe recordarse que al tratarse de la reparación de una minusvalía, necesariamente requiere de una reparación adecuada e integral. (del voto del Dr. Massei, en disidencia).

3.- En atención a esta especial circunstancia que impone que deba zanjar las cuestiones planteadas en este Acuerdo por uno u otro de los votos que me preceden, y ponderados cada uno de ellos, me inclino por adherir a los fundamentos y solución propiciada por el Dr. Ricardo T. Kohon por razones de celeridad procesal y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional ante el pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación en la causa "Espósito". (del voto del Dr. Moya, que hace la mayoría).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 6: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los trece (13) 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 y, por existir disidencia, con el Sr. Presidente doctor Evaldo D. MOYA con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "OZORIO ESCUBILLA JOSÉ MARÍA C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557" (Expediente Nro: 456038 - año 2011) en trámite ante la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 285/294 vta., la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A., deduce recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia dictada a fs. 257/282 vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala II- de la ciudad de Neuquén, que confirma en su totalidad la condena impuesta en la instancia anterior -con base en la aplicación de la Ley 26.773- aunque aumenta su monto.

A fs. 299/301 vta. los responde la parte actora. Peticiona que se desestimen con costas.

A fs. 314/316, por Resolución Interlocutoria N° 123/16, esta Sala declara inadmisible el recurso de Nulidad Extraordinario y admisible el de Inaplicabilidad de Ley. En este último caso, por las causales de infracción legal de la Ley 26.773.

A fs. 309/312 contesta la vista conferida el Sr. Fiscal General.

Concluye que la Ley 26.773 entró en vigencia el 26 de octubre de 2012 y debido a que la mayor minusvalía se cuantifica el 22 de abril de 2015 –al dictarse la sentencia de Primera Instancia-, por tanto aquella resulta aplicable porque constituye una consecuencia de una situación jurídica existente (Art. 3 del antiguo Cód. Civ.).

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

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado? b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I. Para emprender el presente análisis, es necesario hacer una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a los concretos motivos que sustentan las impugnaciones extraordinarias.

II. 1. Así, estas actuaciones fueron iniciadas por José María OZORIO ESCUBILLA para que se revise el grado de incapacidad permanente y definitiva derivada de un accidente de trabajo, y se condene a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo al íntegro pago de las prestaciones dinerarias previstas en la Ley 24.557 y el Decreto N°1.694/09.

Peticionó la inconstitucionalidad del Art. 46.1 de la citada ley, con fundamento en que establece la competencia de la justicia federal para el conocimiento de la presente, sustrayéndola de la provincial.

Relató que debió cumplir tareas de peón general en el establecimiento de su empleador y en tales circunstancias sufrió un accidente de trabajo el 16 de marzo de 2011.

Puntualizó que cayó de una escalera de más de 2,50 metros de altura, mientras cosechaba manzanas, que le causó un importante traumatismo en la columna. Agregó que después de la primera atención en el hospital zonal, prosiguió con el prestador médico de la demandada, quien luego de la asistencia correspondiente le otorgó el alta médica -sin secuelas- el 18 de mayo.

Esto no lo conformó y se presentó a la Comisión Médica local. El 5 de julio el organismo dictaminó que el accionante padece una fractura de primera vértebra lumbar, lumbalgia postraumática con cuadro agudo de lumbociatalgia derecha con aplastamiento vertebral superior de L1, y fijó una incapacidad del 17 del V.T.O.

Denunció haber percibido las prestaciones dinerarias por tal porcentaje de minusvalía, pero lo hizo a cuenta porque estimó que padece uno mayor -51%-.

2. La demandada PREVENCIÓN ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. consintió la competencia provincial y negó

la categoría profesional, fecha de ingreso al empleo, la mecánica del infortunio, el porcentaje de invalidez reclamado, el ingreso base mensual denunciado, la planilla practicada y adeudar la suma peticionada.

Narró que tras recibir la denuncia del siniestro brindó las prestaciones adecuadas a la dolencia. Y, a su cabo, otorgó el alta médica porque consideró que era una patología inculpable de tipo degenerativa. Expresó que acató lo resuelto por la Comisión Médica y de inmediato abonó la suma de $37.209,34. Adujo que con tal pago no incurrió en mora alguna y, por tanto, si correspondiere aplicar intereses, se fijen desde la determinación de una incapacidad distinta a la dispuesta en sede administrativa.

3. A fs. 188/191, en ocasión del alegato, la accionante peticionó la declaración de inconstitucionalidad del Art.17.5 de la Ley 26.773 y la aplicación inmediata de ésta en este pleito.

4. La sentencia de Primera Instancia acogió el reclamo.

Sentó, como premisa fáctica, que las partes estuvieron contestes sobre la existencia del infortunio laboral y solo debatieron la mayor invalidez a la oportunamente fijada por el Órgano Administrativo.

Después, tras ponderar las pericias médica y psicológica, desechó que el demandante padezca una minusvalía psicológica –pues la catalogó como no definitiva- y admitió la existencia de secuelas físicas por las cuales estableció un 40% del V.T.O. Luego redujo el 17% reparado con anterioridad y decretó que el reclamo prospera por el 23% restante.

En ocasión de cuantificar la condena analizó la ley aplicable y concluyó que el caso está alcanzado por el Decreto N°1.694/09, dada la fecha en que se produjo el accidente -16/3/2011-, y la Ley 26.773. Esta última, por los siguientes fundamentos: a) la A.R.T. no abonó la indemnización, o sea que dejó sin reparar el daño, por tanto constituye una consecuencia no consumada de una situación jurídica existente; b) se trata de una obligación de valor pues se indemniza la salud y la tarifa es la vigente al momento de la sentencia; c) las nuevas indemnizaciones importan el reconocimiento legal de la insuficiencia de las previstas antes por lo que deben aplicarse a las situaciones pendientes; d) resulta ser la interpretación más favorable a la víctima y evita la pulverización de la reparación derivada por el deterioro de la moneda sin implicar una actualización monetaria; e) es la ley más favorable a la víctima en virtud del principio de progresividad, según criterio sustentado por la Corte Suprema Nacional en el caso “Arcuri Rojas”; f) no puede equipararse la situación de quien cumple la norma a la de aquél responsable de resarcir, es decir a quien no cumple la ley en tiempo y forma para después prevalerse de ella; y g) en virtud de que el régimen legal se inserta en el sistema de seguridad social que atiende a la contingencia y no al hecho dañoso, por ello el daño es idéntico para el trabajador antes que después de entrar en vigor ambas normas.

A la par, declaró la inconstitucionalidad del Art. 17, apartado 5, de Ley 26.773, en tanto dispone su aplicación para los infortunios futuros, ya que viola los Arts. 14bis, 19 y 28 de la Constitución Nacional. Ello así, toda vez que resulta contradictorio con el Art. 49 de la Ley 24.557 que dispone su aplicación a los accidentes ocurridos con anterioridad y que no han sido reparados, y, además, porque las reparaciones tarifadas son una típica deuda de valor que no debe ser deteriorada por el transcurso del tiempo.

También decretó la invalidez constitucional del Art. 11 del Decreto N°472/2014, reglamentario de la Ley 26.773 porque incurre en un exceso del poder reglamentario conferido por el Art. 99, Inc. 22 de la C.N. al excluir las prestaciones de los Arts. 14 y 15, contrariamente a lo dispuesto por el Art. 17, apartado 6 de la citada Ley.

Con este marco jurídico, fijó la indemnización incrementándola en el 20% -según lo prescribe el Art.3, Ley 26.773-, y el R.I.P.T.E. -conforme Arts. 8 y 17.6, norma aludida-. De seguido, dispuso se apliquen intereses moratorios a una tasa pura del 12% en virtud de que el referido índice es un modo de repotenciación de la deuda.

5. Ambas partes no se conformaron e impugnaron el decisorio.

La demandada, se quejó porque se aplicó retroactivamente la Ley 26.773 para un infortunio sucedido antes de su sanción, cuando la propia norma no habilitó tal efecto sino que expresamente dispuso su vigencia para aquellos supuestos en que la primera manifestación invalidante se produce después de su publicación en el Boletín Oficial -26/10/2012-.

Adujo que la decisión legislativa respecto al vigor de las leyes pertenece al ámbito de las cuestiones políticas no judiciales y no es un problema de constitucionalidad. Destacó que el criterio adoptado siguió el mismo espíritu de los Decretos Nros. 1694/09 y 1278/00.

Al propio tiempo apeló que se haya aplicado el R.I.P.T.E. sobre el resultado de la fórmula indemnizatoria, siendo que ello no fue el sentido ni la finalidad de la ley sino una interpretación errónea. Aseveró que a través de dicho índice se busca actualizar el piso indemnizatorio y no el producto de la fórmula legal.

También reprochó que se hayan declarado la inconstitucionalidad de dos normas de oficio, es decir sin petición de parte, infringiéndose su derecho de defensa y el principio de congruencia, todo lo cual crea un estado de inseguridad jurídica.

Finalizó sus gravámenes con el ataque al inicio del cómputo de los intereses. Dijo que no corresponde que sea el día del accidente de trabajo, pues no había incurrido en mora, desde que brindó las prestaciones en especie y las dinerarias conforme lo ordenó la

Comisión Médica local. En consecuencia, postuló que corran desde la notificación de la sentencia ya que es el momento en que tomó conocimiento de la I.L.P. y de la condena. En su defecto, propuso que comiencen desde la fecha en que el referido órgano administrativo fijó la minusvalía.

Del otro lado, la parte actora se quejó porque la pericia psicológica se desestimó sin fundamentación científica; y no se aplicó el nuevo valor dispuesto por la Resolución N°6/15 para el piso mínimo de la indemnización del Art. 14, inc. 2, apart. a), de la L.R.T.

6. A fs. 257/282 vta. la Cámara de Apelaciones dictó sentencia que –por mayoría- confirmó la anterior y aumentó el monto de la condena.

En lo que atañe a los motivos casatorios declarados admisibles, existió consenso entre los Camaristas en orden a que la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de las normas no infringe el principio de congruencia. Pero difirieron respecto de la aplicación de la Ley 26.773 y el Decreto N°427/14 al caso.

Con relación al primer tópico, la mayoría consideró que la aplicación de la ley no implica su vigencia retroactiva dado que la determinación del daño a reparar –monto indemnizatorio- es una consecuencia jurídica de relaciones jurídicas preexistentes que quedan atrapadas por la nueva legislación, conforme lo disponen los Arts. 3 y 7 del viejo y nuevo ordenamiento civil –respectivamente-.

En cuanto al segundo punto, afirmó que el decreto está dirigido exclusivamente a ajustar semestralmente por el R.I.P.T.E. los montos referenciales de la prestación adicional del Art. 11, apart. 4 y los pisos mínimos de los Arts. 3, 14 y 15, todos de la Ley 24.557.

7. A fs. 285/294 vta. la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A. interpuso recursos de Nulidad Extraordinario y de Inaplicabilidad de Ley.

En lo atinente a la vía y las causales por las cuales se declaró admisible la impugnación, expresa que la sentencia infringe la ley vigente al momento del siniestro porque le otorga retroactividad a la Ley 26.773.

Afirma que el Art. 17.5 de esta ley dispone que será de aplicación para los accidentes acaecidos (o primera manifestación invalidante, si de enfermedades se trata) a partir de su sanción. Destaca que la norma expresamente prescribe su irretroactividad, sin que su redacción dé lugar a otra interpretación.

Agrega que la norma infringida es la que regula el derecho transitorio del sistema y, por ende, la solución del caso no la otorgan los Arts. 3 del Cód. Civ. o el 7 de la nueva codificación. Por ello, concluye que las sentencias de las instancias ordinarias infringen la irretroactividad de la ley.

Asimismo señala que en este punto hay disparidad de criterios entre los cuatro magistrados que fallaron en la Cámara de Apelaciones, además de quien intervino en la Primera Instancia.

III. Hecho este recuento de las circunstancias relevantes del caso y conforme el orden de las cuestiones planteadas al iniciar este Acuerdo, cabe ingresar a su estudio.

1. El concreto tema traído a resolver refiere a la vigencia temporal de la Ley 26.773, punto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación examinó y se pronunció en autos: “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente – ley especial” (CNT 18036/211/1/RH1, 7/6/2016).

Por consiguiente es necesario dar cuenta de algunos de los fundamentos vertidos, a los que en mayor extensión corresponde remitir en honor a la brevedad.

Así dijo:

“El art. 19 del decreto 1278/00 dispuso que las modificaciones introducidas a la Ley 24.557 entrarían en vigencia ‘a partir del primer día del mes subsiguiente a su publicación en el Boletín Oficial’, que ocurrió el 3 de enero de 2001. Y el decreto reglamentario 410/01 procuró precisar tal disposición indicando que dichas modificaciones serían aplicables a todas las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir del l° de marzo de 2001 […] el Decreto 1694 […] En el art. 16 […] dejó en claro que sus disposiciones entrarían en vigencia a partir de la publicación en el Boletín Oficial (6 de noviembre de 2009) y se aplicarían a las contingencias previstas en la ley 24.557 cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir de esa fecha” (Considerando N°4).

[…] “la ley 26.773[…] el art. 17.5 de la Ley 26.773 dejó en claro que ‘las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero’ entrarían en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarían únicamente ‘a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha’” (Considerando N°5).

Y añadió:

[…] “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" (Considerando N°8).

A partir de estas premisas, resulta claro que si el legislador soluciona el problema inter-temporal de normas fijando una regla específica de derecho transitorio, ella deberá ser aplicada. Por tanto, no tendrá suficiente fundamento la sentencia que aplique la regla general prescripta en el Art.3 del viejo Cód. Civ. (actual Art. 7 del Cód. Civ. y Com.)

2. Al propio tiempo, el Máximo Tribunal descalificó el resolutorio que se basa en otras razones y soslaya la precisa regla que soluciona el conflicto de normas en el tiempo.

Así, referenció que no son sustento válido las apreciaciones vertidas en los precedentes "Calderón" (Considerando N°8), "Arcuri Rojas" (Considerando N°10), y "Camusso" (Considerando N°11). Y agregó que tampoco lo es la invocación de razones de justicia y equidad (Considerando N°9).

Además se encargó de recordar lo dicho acerca de los conflictos inter-temporales de las sucesivas reformas en otros antecedentes propios.

[…] "El fallo judicial que impone el pago de una indemnización por un infortunio laboral solo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico (Fallos:314:481; 315:885); sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada (Fallos:314:481; 321:45)"(Considerando N°6).

3. Por otro lado, en el caso "Espósito" la Corte Nacional también se expidió acerca de otras cuestiones involucradas en la aplicación del régimen de reparación de los riesgos del trabajo.

3.1. En tal sentido, respecto del Art. 3° de la Ley 26.773 destacó que la indemnización adicional se dispuso cuando se trata de un verdadero infortunio o enfermedad laboral y no un accidente in itinere (Considerando N°5).

3.2. A su vez, relativo al Art. 8 de esa norma, puntualizó:

[…] "y el decreto reglamentario 472/2014 explicitó que el ajuste previsto en los arts. 8° y 17.6 se refería a los importes de las prestaciones adicionales de suma fija que habían sido incorporadas al régimen por el decreto Nº 1278/2000, y de los pisos mínimos establecidos por el decreto 1694/2009 y por el art. 3° de la propia ley reglamentada" (Considerando 5).

Dicho en otros términos, entendió que el índice R.I.P.T.E. se aplica a las prestaciones adicionales consagradas en el Art. 11.4; a los pisos mínimos indemnizatorios previstos en los Arts. 14.2, incisos a) y b) y 15.2 –todos de la Ley 24.557-; y 3 de la Ley 26.773. O sea que no se aplica al importe resultante de la fórmula de cálculo indemnizatorio de los Arts. 14 y 15 de la Ley mencionada en primer término.

En párrafos más abajo añadió:

"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 invalidante 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 1694/09 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" (Considerando N°8).

4. Corresponde a esta altura destacar que en virtud de que todo lo expresado proviene de la máxima autoridad judicial de la República, por respeto a su investidura, y en resguardo de la seguridad jurídica, deberá ser acatado por la judicatura a la hora de expedirse sobre tales cuestiones, atendiendo a las circunstancias particulares de cada causa (Ac.N°9/05, del registro de la Secretaría interviniente).

La autoridad institucional que es inherente a la jurisprudencia de la Corte constituye un importante factor de seguridad y certeza que contribuye para alcanzar un estándar de previsibilidad para las personas, razón por la cual este Cuerpo no la puede

desconocer.

Tampoco puede escapar al entendimiento del contexto que envuelve la presente decisión, la incidencia que tiene el tiempo transcurrido en el trámite judicial sobre los derechos de la víctima. La garantía a una duración razonable del proceso reclama una decisión judicial que ponga fin al conflicto sin dilaciones indebidas.

Asimismo, la solución que se propicia procura evitar un mayor desgaste jurisdiccional y conduce a disminuir la litigiosidad, todo lo cual colabora a fortalecer el sistema judicial.

En consecuencia, las razones aquí expuestas respaldan suficientemente la conformación al precedente de la Corte Suprema.

5. Frente a los señalamientos reseñados en los puntos anteriores, queda demostrado que el decisorio de la Alzada al aplicar las disposiciones de la Ley 26.773 con sustento en lo dispuesto por el Art. 3 del Cód. Civ. –actual 7 del C.C.y C.- infringió el Art. 17.5 de la citada ley, toda vez que no se ajusta a la interpretación de las normas que regulan su aplicación temporal.

Por dicho fundamento resulta procedente la impugnación articulada por la parte demandada, por la causal que motivara la apertura de la instancia extraordinaria.

IV. A tenor de lo prescripto por el Art. 17º inciso c) de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio en el extremo casado.

Ello obliga a analizar los agravios vertidos ante la Alzada que guardan nexo con aquél. En concreto, los invocados por la demandada.

A través de ellos, la quejosa, pone en tela de juicio la aplicación retroactiva de la Ley 26.773 para un infortunio cuya primera manifestación invalidante se produjo antes de su publicación en el Boletín Oficial.

A la vez, reprocha que se haya aplicado el índice R.I.P.T.E. sobre el resultado de la fórmula indemnizatoria porque constituye una interpretación errónea de la normativa.

Tales cuestionamientos se remiten a los mismos puntos que ya han sido abordados y debidamente examinados más arriba al tratar la primera de las cuestiones que abren este Acuerdo.

Por consiguiente, en función de los argumentos allí brindados, y solución que se ha propiciado, a los que cabe remitirse, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs.214/219, y revocar –en lo pertinente- el pronunciamiento de Primera Instancia, en cuanto ha sido materia de agravio. Y en su consecuencia, remitir los autos al Juzgado de origen, a fin de que, en la etapa de ejecución de sentencia, proceda a determinar el monto de la condena que deberá liquidarse teniendo en consideración los lineamientos brindados al efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la norma vigente a la fecha de la primera manifestación invalidante -Ley 24.557 con las modificaciones introducidas por Decreto N°1.694/09 dado que se trata de un accidente de trabajo sucedido el 16/3/11-, la correcta aplicación del índice R.I.P.T.E., y las demás cuestiones firmes.

A la par, se readecuarán los honorarios de todos los profesionales intervinientes al resultado emergente de la condena.

V. En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, esto es las costas, corresponde distinguir según las distintas instancias.

En relación con las originadas en la primera, cabe tener en cuenta que persiste la condena en contra de la demandada, modificándose solo las normas aplicables para la determinación de su monto. Por tanto, se mantiene la imposición de las costas a la parte demandada en su calidad de vencida (Art.17, Ley 921).

Luego, para las provocadas ante la Alzada y en esta etapa casatoria se imponen en el orden causado en virtud que el tema central debatido generó discrepancia jurisprudencial y doctrinaria (Arts.12, Ley 1.406; 68, 2da. parte y 279 del C.P.C. y C.), toda vez que se trata de una cuestión que suscitó diversos criterios tal como surge en la presente.

VI. En suma. A tenor de las consideraciones vertidas, se propone al Acuerdo: a.- Declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A., a fs. 285/294 vta.; y en consecuencia, casar parcialmente el decisorio recaído a fs. 257/282 vta. con fundamento en la causal de infracción legal invocada y conforme se expidió la Corte Suprema de la Nación en el precedente “Espósito”; b.- Recomponer el litigio a la luz del Art. 17º inciso c) del rito, mediante el acogimiento –en lo pertinente- del recurso de apelación impetrado por la parte demandada, a fs. 214/219, y la revocación parcial, por añadidura, de la resolución de fs. 200/210 vta., en punto a las normas aplicables para la liquidación de la condena allí decidida, remitiéndose los autos al Juzgado de origen, a fin de que, en la etapa de ejecución de sentencia, proceda a determinar el monto de la condena que deberá calcularse sobre la base de lo indicado en el punto IV. y las demás cuestiones que han devenido firmes; c.- Mantener la imposición de las costas ante la Primera Instancia e imponer las generadas en Segunda Instancia y en ésta etapa extraordinaria local, en el orden causado conforme lo expresado en el considerando V. de la presente; d.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios dispuestas en las instancias anteriores para letrados y peritos, las que deberán readecuarse al monto final emergente de la condena; e.- Disponer la devolución del depósito efectuado por la parte demandada recurrente, cuyas

constancias lucen a fs. 284 y 306 (Art. 11° de la Ley 1.406). MI VOTO.

El Señor Vocal Dr. Oscar E. MASSEI dice: I.- Que tal como ha quedado planteada la presente causa, habré de disentir con el bien fundado voto del Sr. Vocal que me antecede en el orden de votación, habida cuenta que ya me pronuncié en el expediente "NÚÑEZ URRA, WALDEMAR ENRIQUE CONTRA PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" (Expte. N° 412143 - año 2010), en trámite ante la Sec. Civil: Acuerdo N° 5/17, de aristas similares al presente.

En efecto, en la causa citada al igual que en ésta, se presenta la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A. e interpone recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley y Nulidad Extraordinario contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de la Primera Circunscripción Judicial, integrada por las Dras. Patricia Clérici y Cecilia Pamphile por encontrarse apartado el Dr. Gigena Basombrío, y ante la falta de acuerdo en determinados agravios por parte de ambas Magistradas, la Sala es integrada por el Sr. Presidente Dr. Jorge Pascuarelli. El Juez mencionado en último término coincide parcialmente con los fundamentos vertidos por la Dra. Clérici, y no teniendo de este modo el cuerpo colegiado mayoría necesaria para la emisión de una sentencia válida, es que se integra la Sala con un cuarto Juez, el Dr. Marcelo J. Medori, que forma mayoría al adherir al voto del Dr. Pascuarelli.

Tal lo acontecido en prieta síntesis en esta causa, que desde el inicio de este análisis, demuestra la disparidad de criterios sostenidos por nuestra Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción, en el tema que nos convoca.

Luego, al igual que en el caso "Nuñez Urra" citado anteriormente, PREVENCION ART S.A., plantea sendos recursos casatorios.

Mediante R.I. N°123 (fs. 314/316), se declara la admisibilidad del recurso de Inaplicabilidad de Ley y se inadmite el Recurso de Nulidad Extraordinario.

II.- Bien lo señala el Magistrado que me antecede en el orden de votación (al iniciar el considerando III.1) que el tema traído a resolver refiere a la vigencia temporal de la Ley 26.773 y con cita del fallo "Espósito" emanado de la CSJN, comparte sus fundamentos en cuanto a que las disposiciones que emanan de la Ley 26.773, serán de aplicación a los accidentes o enfermedades profesionales cuyo acaecimiento o primera manifestación invalidante tenga lugar con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley citada.

III.- Respetuosamente, dejaré sentada mi discrepancia con los fundamentos dados por la Corte Nacional en "Esposito" trayendo a colación, la postura sustentada en la causa "NÚÑEZ URRA, WALDEMAR ENRIQUE CONTRA PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" (Expte. N° 412143 - año 2010).

En dicho caso, previo a examinar los agravios de la recurrente en casación me referí al fallo "Esposito" y lo hice de la siguiente manera:

"El precedente de la Corte Nacional: Como puede observarse, el caso planteado por PREVENCION A.R.T. S.A. por vía del recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley guarda relación con el precedente "Espósito" dictado en forma reciente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por tal motivo, previo a ingresar en el tratamiento de la queja me referiré al fallo citado.

En efecto, el Máximo Tribunal Nacional el 7 de junio de 2016 se expidió en forma acotada sobre la Ley 26.773 en el expediente "Recurso de hecho deducido por la demanda en la causa Espósito Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente ley especial.

Como se ha dicho, el pronunciamiento transcripto parcialmente era esperado tanto por trabajadores, como por el sector de las ART y empresarios, en atención a la poca precisión de la Ley 24.557 (sancionada el 13 de septiembre de 1995) sus decretos reglamentarios y su modificatoria Ley 26.773 (sancionada el 24 de octubre de 2012) que dio lugar a innumerables declaraciones de inconstitucionalidad".

Pero sin perjuicio de lo anterior, el fallo "Espósito" en mi opinión lejos de poner fin a la inseguridad jurídica que resaltaban todas las partes implicadas en los diferentes procesos, abrió un nuevo debate, que tiene que ver con los alcances jurídicos que no aparecen nítidos de su simple lectura, a pesar del tono categórico del lenguaje empleado.

Mucho se ha escrito desde la doctrina autoral calificada, antes y después de "Espósito".

De todos ellos, respecto de la interpretación y alcances del reciente fallo de la Corte, hago propia la opinión de Juan J. Formaro en su artículo "Comentarios en torno a los alcances de la sentencia dictada por la CSJN en la causa Espósito c/ Provincia A.R.T." – publicado en D.T. Julio de 2016, 1688; cita on line: AR/DOC/ 1999/2016), por compartirla.

"Sostiene el autor citado, que el pronunciamiento se ha limitado al tema de la aplicación del RIPTE en forma retroactiva, pero que no se ha expedido respecto a la indemnización de pago único prevista en el art. 3 de la Ley 26.763 y que guarda directa relación con art. 17.5 dela misma norma.

Dice Formaro:

´El fallo del Máximo Tribunal refiere únicamente a la imposibilidad de ajustar en función de los arts. 8 y 17 de la ley 26773, los créditos derivados de contingencias anteriores a la entrada en vigencia de esta última norma´

Y sigue acotando:

´….Siendo que en el segundo párrafo del considerando 5° de la sentencia dictada en Espósito, la Corte vierte una afirmación al pasar, algunos intérpretes, desapegados de la técnica de análisis constitucional de los fallos del Superior Tribunal, pretenden extraer de allí efectos pseudo-casatorios con relación a las sentencias que efectivamente ha tratado, jurídicamente, el tópico en cuestión´.

Pero a renglón seguido, explica que ello no es así dado que:

´todos los tribunales tienen vedado expedirse cuando no existe un caso sometido a decisión, y ello conecta con la congruencia procesal. En el caso puntual de la causa "Espósito", ni el Juez de primera instancia, ni la Cámara había tratado el tema del adicional del art. 3 de la Ley 26773. La sentencia de la Alzada, solo había dispuesto el ajuste por RIPTE, modificando únicamente en esa parcela la de la instancia anterior. Por ende, jamás puede concluirse en que la Corte se expidiera sobre un tema que no fue tratado en la causa, pues, reiteramos, el más básico conocimiento del derecho, enseña que no son admisibles los pronunciamientos en abstracto´.

Lo anterior, nos permite arribar a la siguiente conclusión, cual es, que la Corte en "Espósito" interpretó los artículos 8 y 17 incs. 5 y 6 de la Ley 26.773, expresando que el ajuste por RIPTE alcanza a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjera luego de su publicación en el B.O., y que los siniestros anteriores a octubre de 2012, quedarían excluidos del ajuste.

Pero también queda claro que no se expidió sobre el art.3 de la Ley 26.773".

En este estado, es necesario señalar que en el sublite, el Sr. Juez de Primera Instancia aplica el adicional del art. 3 y la Cámara confirma la sentencia, pero este adicional no es materia de agravio ante esta Sala, con lo cual la cuestión ha quedado firme y es irrevisable en la instancia casatoria.

Ahora bien, retomando los fundamentos brindados por la Corte al caso que nos toca resolver, esto es el accidente de trabajo padecido por el Sr. OZORIO ESCUBILLA en fecha 16 de marzo de 2011, y de aplicar dicho criterio, la situación de autos no sería alcanzada por las Disposiciones de la ley 26.773.

Sin perjuicio de ello, adelanto opinión en el sentido que el pedido de revocación del fallo de Cámara no será procedente, por entender que existen –y así se expondrán seguidamente- argumentos y razones suficientes que en mi criterio no fueron ahondados o tenidos en cuenta por el Máximo Tribunal Nacional y que ameritan exponerlas para apartarnos de tales fundamentos, con el convencimiento que, de llegar a ser examinado el caso por la Corte Nacional, serán tenidos en cuenta y desarrollados con la enjundia que la caracteriza. (cfr. criterio de este T.S.J. en "VALENZUELA, ROBERTO C/COMPAÑÍA NAVIERA PEREZ COMPANC s/ ACCIDENTE LEY 9688"; Acuerdo N° 125/95,del 17/03/1995 (publicado en La Ley 1997-D-532) y Acuerdo n° 49/13 "Cebrero Ana Olga c/ Provincia del Neuquén s/ acción procesal administrativa"; Sala Procesal-Administrativa", entre otros tantos).

Con esta aclaración preliminar, se expondrán las razones que, en una renovada línea de análisis sustentan la decisión que aquí se propiciará.

IV.- Nuevamente me remitiré a las consideraciones efectuadas en la causa "Nuñez Urra", donde uno de los argumentos expuestos para apartarme del criterio sustentado por nuestro Máximo Tribunal Nacional, es que la Corte se ha pronunciado sobre una cuestión de derecho común.

Traigo a colación lo allí expresado en el considerando 4:

"Cuestión de derecho común.-En este cometido, principiaré la exposición, manifestando que pese a los esfuerzos argumentativos de nuestra Corte, las cuestiones que se debaten en el caso "Espósito" son propias del derecho común y por lo tanto ajenas, en principio, a la competencia de la Corte, fundado ello en nuestro diseño constitucional federal histórico y actual.

En esta línea de pensamiento es la propia Corte, quien lo hace saber in re "Espósito", cuando señala que las consideraciones que contienen los pronunciamientos emitidos por el Alto Cuerpo no pueden extenderse de manera generalizada, sino que debe examinarse la cuestión desde lo fáctico hacia lo jurídico. Así lo ha entendido también la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco 16-9- 2016, Expte. N° 10276/13-1-L, "Arce Norma Beatriz c/Asociart S.A. s/ medida autosatisfactiva". Sentencia Nº 237-).

Esta es por otra parte la doctrina pacífica que la Corte viene sosteniendo desde antaño. Recuérdese que desde tiempos inmemoriales se ha erigido en intérprete de las normas constitucionales argentinas, estableciendo que esa materia era exclusiva y excluyente de su competencia, respetando, por contraria interpretación, las opiniones jurídicas de los tribunales inferiores en materia de derecho común.

Dicho lo anterior, también creo oportuno advertir que los Tribunales provinciales como el nuestro, si bien debemos reconocer –y así lo hacemos a diario- la autoridad jurídica e institucional que surgen de sus sentencias, también poseemos la facultad de apartarnos de ellas, cuando, en el caso concreto, no exista obligación de acatar sus disposiciones.

La propia Corte, ha señalado con estrictez que si bien es cierto que el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad de sentencia autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia del mentado derecho común, no lo es menos que la intervención de la Corte en esos casos no tiene como objeto sustituir a aquéllos en temas que, como el indicado, le son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales.

Pues si así no fuera:

´…podría encontrase en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo un jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional……. De ahí, que la aludida intervención se circunscribe a descalificar los pronunciamientos que, por la extrema gravedad de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional´ (cfr. "Benítez, Horacio Osvaldo C/ Plataforma Cero S.A. y Otro, 23-12-2009 con voto de los ministros Fayt, Petracchi, Zaffaroni, Maqueda y Highton por la mayoría).

Ahora bien, teniendo en cuenta que en este caso particular venido a conocimiento de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, tiene que ver con la aplicación de la Ley 26.773 y concordantes, no cabe duda que nos encontramos ante una materia, en principio, excluida de la competencia del máximo tribunal, y propia del que integro.

Lo desarrollado hasta aquí constituye sin duda un argumento de peso a ser tenido en cuenta, en el marco de nuestro diseño constitucional federal, para apartarnos de la doctrina del caso sub-análisis".

Y agrego que con claridad inusitada lo resume DIANA CAÑAL, en su reciente artículo ¿Cuál es la obligatoriedad de los fallos de la C.S.J.N.? al señalar:

"Nuestra CN dice en su artículo primero que "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución". Este tipo de modelo, implica la división de poderes, lo que conocemos como un sistema de contrapesos entre los poderes que integran el Estado.

En el mismo, el poder judicial cumple un rol fundamental, en cabeza de todos y cada uno de sus jueces: el de garantizar que las cosas se hagan del modo que la Constitución Nacional lo tiene previsto. De allí, que se jure por la CN, y que precisamente el juzgador tenga la obligación de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de una norma, si advierte que es violatoria de la misma.

De modo que nuestro control de constitucionalidad es difuso.

He aquí develado uno de los misterios, que va absolutamente de la mano con la idea de que los precedentes de la Corte no puedan tener efecto erga omnes. Si el control de constitucionalidad es difuso, resulta indiferente que la CS haya o no tachado una norma como inconstitucional, el juez en ejercicio de su independencia, si considera que lo es, deberá así disponerlo. Luego, si en un punto tan relevante como el control de constitucionalidad, los jueces no están obligados por criterios utilizados por la CS para resolver otro caso, nada nos habilita a pensar que lo sea en otros.

Pero por sobre todas las cosas, no lo prevé la propia Constitución, que desde su estructura ha permitido considerar al sistema jurídico argentino como continental. (SC). La característica de un SC es, precisamente, que ningún órgano superior disciplina a las instancias previas, cuya independencia, con el solo sometimiento a la CN, y a las leyes en consonancia con ella, lo garantiza.

Dado que por lo contrario, nuestra estructura legal, la continental, es la que convierte a todos los jueces en guardianes del sistema con el control difuso de constitucionalidad, en ejercicio de la independencia judicial. Donde, es mucho más difícil someter desde la política a todos, que a unos pocos" (textual publicado en

https://es-la.facebook.com/groups/revistacientificaeft/permalink/580906752110104/)

V.- Señalado lo anterior, otro de los fundamentos que en un meditado análisis valoré para tomar la decisión de apartarme del caso "Espósito", se relaciona con disentir con nuestro Máximo Tribunal cuando sostiene que el texto de la ley 26.773 es claro, y que por tanto no admite interpretación alguna, y menos aún aplicación analógica de las normas del Código Civil, que en materia de derecho transitorio venían aplicando la mayoría de los Tribunales del país.

El tema lo desarrollé en el considerando 5 del caso "Nuñez Urra", que dada su similitud con el presente, a continuación lo señalo:

"Ausencia de claridad del texto de la ley a aplicar. Otro argumento que respetuosamente considero debe ser tenido en cuenta, en aras a apartarse del criterio sustentado en ´Espósito´, es que en modo alguno, puede compartirse la aseveración efectuada en dicho precedente, en cuanto a que las disposiciones analizadas de la Ley 26.773, sean claras, y que como tales, el intérprete-juzgador, esté obligado a apegarse a su texto.

Por el contrario, la realidad da cuenta de que la normativa citada ha dado lugar a diversidad de opiniones autorales tanto anteriores como posteriores al fallo ´Espósito´, del mismo modo que sucedió con la mayoría de las decisiones de los Tribunales Superiores, Cámaras y Juzgados de primera instancia de nuestro país.

Idéntico fenómeno ha tenido lugar en nuestros prolíficos tribunales provinciales de todas las instancias y circunscripciones

judiciales, que han suscripto -con sólidos fundamentos y convicciones- un universo de disímiles posiciones jurídicas que han llegado a estos estrados, siendo una obligación ineludible de este Cuerpo en el marco del control nomofiláctico de la casación -cuya misión fundamental es tender a uniformar la jurisprudencia provincial en materia de derecho común- dar una respuesta tendiente a hacer efectivo el valor seguridad jurídica para todos los habitantes de la provincia.

Y tan ello es así, que en nuestros Tribunales, sobre el tema –la aplicación temporal de la Ley 26.773- y con anterioridad al precedente de la Corte, se han adoptado posturas amplias, restrictivas y mixtas, todas ellas fundadas en derecho; lo que da cuenta de la falta de claridad y contradicción ínsita en el texto legal, que excluye su aplicación literal.

Un acertado cuadro de situación respecto de la polémica desatada en los judicantes en torno a las disposiciones de derecho transitorio contenidas en la Ley 26.773, las explica con maestría Machado, y las traeré a colación con el objeto de demostrar justamente, la falta de claridad del texto de la ley.

Advierte José Daniel Machado al referirse a las distintas posturas sobre la aplicación de la Ley 26.773 a los daños anteriores a su vigencia (cfr. Machado, José Daniel ´Tres versiones sobre la aplicación de la ley 26.773 a los daños anteriores a su vigencia´ en Revista de Derecho Laboral- 2014-1-Actualidad, pág.125 y siguientes), que existe una postura intermedia, otra restrictiva y una amplia.

Explica que la posición intermedia supone la aplicación del RIPTE a las consecuencias económicas de los accidentes anteriores, toda vez que, el deber de resarcir a cargo de la ART –o el empleador no asegurado- no se hubiere extinguido por el hecho del pago. Que para así decidir, esta corriente entiende que ello es un mandato específico que emerge del artículo 17.6 de la Ley 26.773, formando excepción a la regla del artículo 17.5, ya que este último sólo refiere a las prestaciones en dinero previstas en esta ley. Es decir, al incremento del 20% dispuesto en el artículo 3, que sería entonces el único concepto aplicable a los siniestros cuya primera manifestación incapacitante ocurriera luego de la publicación de la nueva ley en el Boletín Oficial. A tal fin argumenta que en cambio el art. 17 inc. 6 refiere a los importes previstos por incapacidad permanente contemplados en las normas que integran el sistema de reparación, lo que indica un conjunto más amplio que el concernido en el apartado anterior, puesto que el sistema de reparación no puede ser otro que el definido por el propio artículo 1° de la Ley 26.773 en su párrafo segundo. (ob cit., pág, 127).

En adelante, el autor alude a la postura amplia (para la cual la aplicación del RIPTE se efectúa a los siniestros anteriores, pero a la vez entiende que el artículo 17.5 resulta inconstitucional al excluir a los siniestros anteriores del mayor beneficio resultante de la legislación social progresiva. Y el efecto práctico que se alcanza con ello es que también corresponde aplicar el artículo 3° de la nueva ley a los siniestros de fecha anterior a su vigencia o sea, el 20% imputado a otros daños.

Y por último menciona la postura restrictiva, la cual niega la posibilidad de que la ley sea aplicada a contingencias anteriores. Entiende que el art. 17.5 es el que verdaderamente define el ámbito de aplicación temporal de la reforma y que el 17.6 sólo regula la medida o importe de las prestaciones a cargo del responsable, en una suerte de actualización automática de su contenido, pero que se aplicará únicamente a los siniestros futuros en tanto así lo dispone el apartado que le precede.

Por su parte, Mario Ackerman considera que pareciera que el ajuste solamente debería corresponder respecto de los pagos adicionales y las demás sumas fijas o montos mínimos (Cfr. Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada, 2° ed. amp. y act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 98, citada al pie, (10)).

En esta opinión, la relación entre los apartados en conflicto del artículo 17 no es del tipo regla y excepción, sino de ámbito de aplicación temporal, el primero, y ajuste económico de los importes del DNU 1694/2.009, el segundo. En síntesis, opina que el propósito es ajustar los valores fijos de ese decreto entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia, para luego proceder al ajuste semestral del art.8 de la ley.

En definitiva, sea que se establezca una relación de regla y excepción (postura intermedia) o, como refiere Ackerman, al ámbito temporal de la reforma y luego al contenido económico de las prestaciones contenidas por dicho ámbito y sólo a ellas, lo cierto es que la ley en el art. 17 inc. 6 aplicable al caso vino a adecuar la cuantía de las prestaciones allí contempladas a las exigencias sobrevenidas de una reparación constitucionalmente satisfactoria.

La posición amplia -de las tres narradas- que defiende el trabajo ensayado por José Daniel Machado (Revista de Derecho Laboral, 2014-1, Actualidad, ob cit.)a la cual adhiero, cuenta con sólidos fundamentos en el derecho internacional de los Derechos Humanos, y agrego, en la interpretación contextual de la propia Ley 26.773.

Para concluir: la doctrina antes citada demuestra la ausencia de claridad de las normas de derecho transitorio contenidas en la ley laboral aplicables a este caso, y la imperiosa necesidad de excluir toda interpretación exegética de ella.

En éste orden se ha señalado que la jurisprudencia sobre la Ley 26.773 ha estado muy lejos de ser pacífica, aunque mayoritariamente parece haberse inclinado hasta ahora por las soluciones opuestas a las que elige la Corte. Por eso resultan

descalificantes para esos magistrados algunas afirmaciones categóricas que hace el fallo, tales como: 'del juego armónico de los arts. 8º y 17.6 de la Ley 26.773 claramente se desprende', o que 'del art. 17.5 también se desprende claramente', o que el texto del art. 17.5 'no deja margen alguno para otra interpretación', ya que de él emana una 'precisa regla', frases con las que incurre en el mismo dogmatismo que le reprocha al tribunal a-quo. (cfr. Luis Enrique Ramírez "El sistema de Riesgos del Trabajo después de la sentencia de la CSJN en el caso 'Espósito´)"

VI.- Ante la ausencia de claridad del texto legal, justamente debemos tener presente que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir en modo alguno de la finalidad ni del espíritu de la norma.

Y en tal cometido, en el considerando 6 de la causa que vengo citando expuse que la norma legal debía ser interpretada teniendo en cuenta el texto del mensaje de elevación del Poder Ejecutivo, y considerando la coherencia del propio articulado de la ley.

En tal sentido expresé lo indicado en el aludido mensaje de elevación del proyecto de la Ley 26.773 a saber:

"Espíritu que se encuentra plasmado en el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó al proyecto de Ley 26.773, en cuanto indicó:

"La clave de bóveda de la iniciativa se resume en facilitar el acceso del trabajador a la reparación, para que la cobertura sea justa, rápida y plena, brindando un ámbito de seguridad jurídica que garantice al damnificado y a su familia un mecanismo eficaz de tutela en el desarrollo de su vida laboral".

Idea ésta que fue receptada por el art. 1° de La Ley 26.773. En efecto, el art. 17.5 debe ser interpretado a la luz de la norma contenida por el art 1°. Nótese que art. 17.5, establece:

"Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha".

Y el artículo 1° en su parte pertinente, dispone:

"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 las contingencias"

Es evidente el claro propósito de remarcar los conceptos de cobertura justa, rápida, suficiente, accesible y automática.

Así lo ha resaltado conspicua doctrina y jurisprudencia publicada con posterioridad a "Espósito" al decir:

"En ese orden es central considerar asimismo los objetivos que se expresan en el mensaje de elevación del proyecto, que alude al imperativo de alcanzar -mediante la nueva ley- un 'estándar equitativo', instalando 'un régimen reparatorio que brinde prestaciones plenas'. Ello es ratificado por el propio art. 1º de la Ley 26.773, que impone cubrir los daños 'con criterios de suficiencia'.(Cfr. Formaro, Juan J., artículo citado; y fallo "Arce" mencionado del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco (16-9-2016) Expte. N°: 10276/13-1-L Sentencia Nº237).

Ahora bien, esta cobertura justa, rápida, suficiente, accesible y automática que predica la ley, en modo alguno podrá cumplirse en este caso concreto, si como indica el fallo Espósito, sólo se aplica a los infortunios acaecidos desde el 26-10-12 (fecha de publicación en el B.O. de la Ley 26.773), porque el accidente de trabajo sufrido por el actor en esta causa, como ya se ha dicho data del 16 de marzo de 2011, máxime cuando, con una sencilla operación aritmética podemos verificar que las prestaciones dinerarias que dispuso la Ley 24.557 fueron insuficientes.

VII.- Que, en la citada causa "Nuñez Urra" sostuve que ante la comprobada falta de claridad del texto de la Ley 26.773, ésta debe ser interpretada de manera integradora, de modo tal que ninguna de sus disposiciones se excluyan entre sí, sino más bien que se complementen.

Desde este norte arribé a la conclusión relativa a que el art. 17.5 debe interpretarse teniendo en miras que el art. 1° de la misma ley dice que la reparación del daño debe ser suficiente, accesible, automática.

"Sentado lo que antecede, y habiéndose demostrado en los considerandos anteriores la falta de claridad de la ley, tenemos que decir que, las disposiciones de la nueva normativa (Ley 26.773) integradora de su anterior (Ley 24.557) y el Decreto 1.694/09, que conforman el régimen normativo cuyos objetivos son la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo (art. 1, Ley 26.773), no pueden interpretarse aisladamente, sino en función de una visión integradora, esto es, teniendo como norte el criterio de suficiencia plasmado en el primer artículo de la Ley 26.773.

Entonces, el juego armónico interpretativo de ambos artículos conjugado con la finalidad con que fue dictada la ley (art. 1° -criterio de suficiencia-), nos lleva a concluir en que esa suficiencia no puede regir sólo para el futuro, debiendo entenderse que la ley la considera satisfecha recién cuando se efectivizan las prestaciones dinerarias que establece. Deducir lo contrario, implicaría caer en

un razonamiento absurdo, dado que de no quererlo, la ley directamente no hubiese dispuesto su mejora.

Lo anterior constituye otro argumento gravitante que impone apartarnos del precedente "Espósito", ya que ha quedado demostrado que el art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 debe ser interpretado y aplicado teniendo en cuenta el principio de suficiencia de la reparación, contenido expresamente en el art. 1° del citado cuerpo normativo".

VIII.- Sobre las disposiciones de derecho transitorio contenidas en la Ley 26.773 y la aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial me explayé en los considerandos 7°, 7.1, del fallo "Nuñez Urra" donde explico el carácter supletorio del Derecho Civil respecto del Derecho Laboral (y el sub sistema de la Seguridad Social) y como tal, sujeto a los límites impuestos por el orden público específico de esa rama del derecho: principios protectorio, de progresividad, "pro persona" etc.

En este sentido, expresé:

"Aplicación temporal de la Ley 26.773: Ahora bien, en considerandos anteriores se hizo hincapié en la ausencia de claridad del texto legal a que hace mención el Considerando 8° de 'Espósito', esto es, en materia de derecho transitorio, así como también en la necesidad de efectuar una interpretación contextual de la Ley 26.773, teniendo en cuenta, la razón de su dictado y las consecuencias de su aplicación.

Luego, retomando el considerando 8 de 'Espósito', a la luz del desarrollo ya expuesto por autores de la talla de Machado y Ackerman, viene al caso traer a colación, la especial vinculación de las normas de derecho transitorio contenidas en el Código Civil y Comercial con el Derecho Laboral.

Ello, toda vez que si bien considero acertado el criterio adoptado por los jueces de la Sala I de la Cámara Civil, en materia de derecho transitorio, creo oportuno resaltar algunos matices que deben tenerse en cuenta en el marco del recurso por Inaplicabilidad de Ley, como doctrina legal a tener en cuenta en casos análogos".

Es habitual que cuando se habla de derecho transitorio los fallos hacen mención en forma directa a las normas contenidas en la ley civil. De hecho nuestra Corte, en 'Espósito' también se refiere directamente a su aplicación.

Pero debe advertirse que una adecuada interpretación de las disposiciones de derecho transitorio aplicables al Derecho Laboral, impone hacer la importante salvedad -por sus consecuencias jurídicas- relativa a que el derecho común (civil) es supletorio del derecho del trabajo (art. 11 L.C.T.), lo que equivale a decir que es aplicable en cuanto a las normas de aquél no contraríen sus principios específicos. Esto significa que el art.7° del Código Civil y Comercial, es una norma que se aplica en materia laboral ante la ausencia de una disposición específica, y sujeta en su aplicación al valladar impuesto por los principios propios de la materia.

Así, posee una incidencia acotada en el ámbito de las relaciones laborales, donde la aplicación inmediata de la nueva ley articula además con los principios generales en la materia y el de progresividad que rige los derechos sociales. Ello, obviamente, sin perjuicio de la implicancia de los cambios en el derecho común que también operan.

En lo que respecta al caso que nos ocupa, el art.7° del C.C.y C., constituye una vía para aplicar la nueva legislación a las relaciones jurídicas existentes con anterioridad a ella, pero cuyas consecuencias no se encuentran consumadas.

Con justeza se ha expresado:

'La solución adoptada actualmente en materia de infortunios por la doctrina mayoritaria, puede abrevar asimismo en otra razón que no ha sido siempre considerada, aunque fue objeto de oportuno debate: las derivaciones ('consecuencias') de los hechos pasados se proyectan en el tiempo y siguen verificándose bajo el imperio de la norma nueva.(…)

Y esta cuestión no se ciñe al derecho común solamente, sino que opera en el terreno de las indemnizaciones sistémicas por infortunios, máxime cuando en el ámbito de estas últimas la propia mecánica legal lleva a la indeterminación de los montos resarcitorios hasta tanto se cuente con fijación cabal de la minusvalía. Por ende, no podría argumentarse que se trata de una circunstancia atrapada por la ley anterior."(cfr. Juan J. Formaro "Incidencias del Código Civil y Comercial" Derecho del Trabajo, Capítulo III Derecho Transitorio, Editorial Hammurabi, 2015, páginas 51 y sgtes.).

"Pero justamente la aplicación al derecho laboral de la norma contenida en el art.7 del derecho común, corresponde efectuarla teniendo en cuenta los límites antes señalados que deben servir al juzgador a modo de test de ponderación para cada caso concreto y que pueden sintetizarse en los siguientes:

a) Como regla, las nuevas leyes deben aplicarse con la mayor extensión posible y producir todos sus efectos de inmediato, pues toda ley nueva se supone mejor y más justa que la anterior (cfr. Borda Ponencia en el "III Congreso Nacional de Derecho Civil", Córdoba 1961, T1, pag.72).

b) La aplicación de las nuevas leyes debe verificarse aún a las consecuencias y situaciones jurídicas a fin de brindar el máximo efecto útil al nuevo ordenamiento legal.

c) Incide la jerarquía constitucional de las normas que aseguran la satisfacción integral de las prestaciones originadas en nexos laborales, pues en esta problemática no debe perderse de vista la especificidad del derecho del trabajo y su finalidad proteccionista

(Goldemberg, “El conflicto temporal de las normas en el régimen del Contrato de Trabajo” DT 1976-377).

d) La interpretación en los conflictos de las leyes en el tiempo no podrá dejar de considerar las indicaciones que recibe de la orientación general del ordenamiento jurídico hacia fines sociales (Krotoschin, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo” 4° edición 1987 T° 1 pág.95).

e) Tampoco puede prescindirse de la urgencia de la reforma o gravedad de la injusticia que se quiere corregir.

f) Todo ello en el marco del principio de progresividad, instrumentador del garantismo social. Esto significa que las reglas de derecho común son factibles de ser desactivadas por violatorias de la regla que impide la regresividad en los beneficios y la protección alcanzados. (cfr. C.S.J.N. 26/2/08 “Medina Orlando R y otro c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A.” CSJN-Fallos 331:250, entre muchos otros)

A lo expuesto agregué que el nuevo Código Civil y Comercial innova profundamente y se acerca en su concepción al derecho del trabajo, al receptar la constitucionalización del derecho privado y estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (ver art.1° del C.C.y C.), ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Y:

“Esto ha significado que los principios derivados del Código Civil, dejaron de tener un significado meramente privado sin connotaciones constitucionales –dice Carlucci-para erigirse con trascendencia constitucional en la medida que de no contemplarse viole el principio interpretativo y axiológico: ‘Pro Homine’, y en la disciplina que me ocupa, cual es el derecho laboral, el ‘Principio Protectorio’, reiteradamente señalado, y consagrado en el art.14 bis de la Carta Magna Nacional. (Cfr. Burgio, Gustavo Alberto, “El caso Espósito: "Progresividad o involución",DT2016 (julio), 1701 Cita Online: AR/DOC/1883/2016)).-(En idéntico sentido, Formaro, Juan J. Publicado en: DT2016 (julio), 1688 “Comentarios en torno a los alcances de la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa ‘Espósito c. Provincia ART’ Cita Online: AR/DOC/1999/2016).

Ha significado también (a raíz de la reforma de la Constitución de 1994) un cambio en el orden de prioridades legales y axiológicas de suma trascendencia para los jueces dado que aun cuando se encuentren ante un caso de derecho común el orden de prelación para ser examinado va a ser el siguiente: la Constitución, después las leyes aunque el contenido del pleito parezca pertenecer exclusivamente a la esfera del derecho privado (Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, ‘El derecho de daños en el marco del derecho constitucional’. XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Año XXVI. 309. ps. 171/184. Ediciones Rap SA).

Ello nos conduce inexorablemente a sostener que en el caso, no puede procederse mecánicamente a la aplicación de lo disciplinado en el art. 17 inc.5 de la Ley 26.773 hacia el futuro, porque aplicando el referido “test” de compatibilidad de las normas de derecho transitorio del C.C.y C. en conjunción con los límites establecidos por los principios laborales, podemos observar, que no cumple con la primer regla enunciada. (Efecto inmediato de la ley pues toda ley nueva se supone mejor y más justa que la anterior y de hecho sabido es que la Ley 26.773 vino a paliar defectos e inequidades del sistema anterior).

Sin duda, la regla marcada con la letra b) tampoco se encuentra satisfecha en autos, en la hipótesis de aplicar el mentado art. 17 inc 5 a los accidentes que ocurrieron o enfermedades que se manifestaron con posterioridad a su entrada en vigencia, porque el accidente padecido por el Sr OZORIO ESCUBILLA JOSE MARIA data del mes de marzo de 2011, con lo cual tuvo lugar antes de la entrada en vigencia de la Ley 26.773 (26/10/2012), sin que la demandada haya dado cumplimiento a la cobertura de las prestaciones con anterioridad a su entrada en vigencia.

La situación fáctica descripta me lleva a concluir que no se trata de la aplicación retroactiva de la norma, sino de la extensión de los efectos de esa ley a una relación jurídica existente cuyas consecuencias estaban activas, motivo por el cual debe brindársele “el máximo efecto útil al nuevo ordenamiento legal” (test Regla b).

Por último, el caso sometido a juzgamiento, tampoco supera las reglas contenidas en los incisos c) d) e) y f), porque al estar en presencia de “relaciones y situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la fecha de sanción de la ley 26.773, pero cuyas consecuencias jurídicas no se han agotado a dicha fecha, al no ser alcanzadas por los mayores beneficios otorgados por esa norma, se viola el principio protectorio (art. 14 bis C.N. y art.9 y cctes. de la LCT), el principio de progresividad, y el principio “pro persona”.

IX.- Y con relación a la situación bajo análisis, expuse en “Nuñez Urra” lo siguiente:

“Lo anterior posee a su vez una grave consecuencia, cual es que este Tribunal Superior de Justicia, al hacerlo, se pondría en franca contradicción con su propia doctrina dictada en sucesivos fallos –algunos de los cuales con acierto destaca la parte actora en su memorial de contestación de los agravios- tales como la causa “Salinas”(Acuerdo NRO. 14 /2012 Sala Civil del TSJ) en la que se desarrollan los principios de “progresividad” y “pro homine” o la causa “Porta” en la que la Sala Civil se expide sobre el “principio protectorio”.

X.-Y como derivación directa de los lineamientos seguidos se extraen dos connotaciones jurídicas relevantes que se aplican a esta causa.

La primera tiene que ver con los agravios vertidos en casación por la ART en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley 26773 (se desarrollará en el considerando X.1) y la segunda, con la obligatoriedad de efectuar el control de constitucionalidad y convencionalidad –aún de oficio- más allá de las consideraciones efectuadas en el caso "Espósito" por parte de nuestra Corte Nacional (considerandos XI y XII).

X.1- Sobre el punto PREVENCION ART denuncia que el fallo es violatorio de la ley y de la doctrina legal imperante, al aplicar retroactivamente para un accidente acaecido en el 2011, la Ley 26773, que expresamente dispone que será de aplicación para los accidentes acaecidos a partir de su sanción. Cuestiona la aplicación de la norma del art. 3 del C.C. de Vélez (hoy art. 7) y en ese orden entiende que se ha violado la ley.

De más está decir que con respecto a la aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial, el interrogante ha sido respondido en el considerando VIII, a cuyas consideraciones me remito.

En ese contexto, considero que deviene razonable lo decidido por la Cámara de Apelaciones, toda vez que si bien, como principio general existe una traba para la aplicación de normas en forma retroactiva atento lo previsto en el art. 7º del Código Civil y Comercial, la liquidación de contingencias en trámite y sin resolución definitiva en materia de prestaciones, tiende a disponerse conforme la legislación posterior y más benigna y favorable para la víctima. Hasta que no se satisface el crédito, se determine el quantum de capital y se concluyan o consuman las consecuencias, la relación jurídica se encuentra subsistente en su elemento esencial.

Además, debemos recordar que el principio de irretroactividad no es igual en todas las ramas del derecho.

Repárese que la irretroactividad de las leyes en el derecho laboral y en derecho civil no es un principio estrictamente constitucional, sino de índole legal (principio legislativo normado en el art 7 del CCCN), a diferencia de lo que acontece en materia penal en la que la irretroactividad está consagrada en la Constitución (art. 18) y a salvo el beneficio de la ley más benigna (art.2°del Código Penal).

De ello se deriva, la diferente óptica con que tal principio debe ser analizado.

Por lo tanto, acceder a la prestación reclamada en autos bajo los mejores derechos que implican el cambio normativo cuya aplicación discute la recurrente, importa en los hechos asegurar al accionante la tutela judicial efectiva a través de un régimen indemnizatorio más justo, rápido y suficiente para resarcir las consecuencias derivadas del accidente de trabajo padecido.

Lo expuesto y considerado me llevan a concluir que, negar el reconocimiento de la indemnización prevista en el art. 8 y 17.6 con fundamento en el inciso 5 del art. 17 al presente caso, apegándonos a la literalidad del texto legal, y a una desinterpretación del principio de irretroactividad que campea en el derecho laboral, tal como ha sido explicado, implicaría, ni más ni menos que discriminar al trabajador por el simple transcurso del tiempo. Porque sin duda, mantener las prestaciones de la ley 24.557 sin las adiciones efectuadas por la Ley 26.773, significará tratar desigualmente al actor en estos autos, frente al sistema actual de reparar siniestros laborales asumido por la sociedad. Y debe recordarse que al tratarse de la reparación de una minusvalía, necesariamente requiere de una reparación adecuada e integral.

XI.- Relacionado con lo anterior, agrego que coincido con la postura de la Excma. Cámara que confirma el criterio del Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral n°4, en punto a que la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de las normas no infringe el principio de congruencia.

En este orden de ideas, el Registro de este Tribunal Superior de Justicia da cuenta que en los autos caratulados "VALENZUELA, ROBERTO C/COMPAÑÍA NAVIERA PEREZ COMPANC s/ ACCIDENTE LEY 9688", que fueran materia de la sentencia dictada mediante Acuerdo N°125/95, ya citado (publicado en La Ley 1997-D-532, con nota de Germán Bidart Campos), sostuve que, sin desconocer la vigencia centenaria de la teoría de la no declaración de oficio de las leyes receptada por la Corte Nacional (resquebrajada a partir del año 1984 a raíz de la disidencia de los doctores Fayt y Belluscio en la causa "Juzgado de Instrucción Militar N°50 de Rosario"), que si bien los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta, de esa premisa no puede deducirse que deba exigirse petición de parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho y por tanto, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente –trasuntando en el antiguo adagio "iuria novit curia"- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución, conforme impone el art. 31 de la Constitución Nacional.

Por razones de economía procesal me remito a las consideraciones efectuadas "en extenso" en el fallo "Valenzuela".

XII- Sobre la obligatoriedad que poseen todos los jueces de efectuar el control de constitucionalidad y convencionalidad. Sabido es que en el caso "Videla" (2010) nuestra Corte Nacional haciendo suyas las expresiones vertidas por el Tribunal Interamericano, reafirmó no sólo el deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y las

de la Convención Americana sino que, incluso, señaló que ese control debía llevarse a cabo "ex officio". (cfr. Pisacco, Marina “La obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” Publicado en LA LEY 26/10/2010, 1. En idéntico sentido ver Palacio de Caeiro, Silvia B. “El control de convencionalidad y los convenios de la OIT”, Publicado en: LA LEY 2009-D, 1082).

Ese discernimiento fue reiterado por la Corte Interamericana en el Caso "Trabajadores Cesanteados del Congreso vs. Perú", sentencia de 24 de noviembre de 2006, donde se consideró que los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana". (Opinión del juez Cançado Trindade)

Así lo asevera con agudeza Sagüés, al señalar que cualquier regla doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) puede ser sometida al control de convencionalidad” (cfr. SAGÜÉS, Néstor P.,"El control de convencionalidad" en particular sobre las constituciones nacionales", LA LEY, 19/2/09, p. 1).

Entonces, la operación que requiere el control de convencionalidad para el juez argentino viene a completar el proceso de control de constitucionalidad, cuando el caso en juzgamiento remita a un contenido normativo internacional.

Y justamente el supuesto anterior se dá en el caso que nos convoca.

A través de todas las consideraciones que se vienen exponiendo y las que nos convoca en especial en este considerando, me lleva a evaluar si el texto del art. 17.5, sortea el test de constitucionalidad y de convencionalidad a la que la misma debe ser sometida.

Uno de los principios que mayor tutela constitucional posee es el principio de progresividad.

Tal principio está incluido en el art.75 inc 23 de la Constitución Nacional y a su vez se encuentra normativizado en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así mismo, uno de los postulados principales de los Convenios de la OIT receptados por la legislación argentina, en cuanto imponen bregar por una mejora en las condiciones de trabajo a fin de superar las circunstancias de la vida y la existencia de los trabajadores.(cfr. Acuerdo TSJ NQN nro.2/2010 en autos “Martínez c/ Liberty s/ accidente de Trabajo con ART”-ampliación de fundamento del Dr. Massei- y cfr. Palacio de Caeiro, Silvia B. “El control de convencionalidad y los convenios de la OIT”, Publicado en: LA LEY 2009-D, 1082).

El mentado principio, establece la necesidad de lograr el progreso económico con justicia social, lo que imposibilita por vía de hipótesis toda regresión normativa.

En tal sentido se ha dicho que el principio de progresividad acompaña el Derecho del Trabajo desde su nacimiento y ha adquirido alcance constitucional en la República Argentina con la reforma de 1994 y que la aplicación inmediata de la norma más favorable al trabajador es una consecuencia lógica de este principio.

”Por ello no es extraño que por aplicación de ese principio se defienda la tesis que sostiene la aplicación de las disposiciones de la Ley 26773 (sancionada el 24 de Octubre de 2012) a un evento dañoso ocurrido con anterioridad” (cfr. Amanda Lucía Pawlowski de Pose “Defensa del Principio de Progresividad en materia de accidentes de trabajo”, publicado en DT. 2016 (Julio), 1728. Cita on line AR/ DOC/ 1907/2016)

Así lo establece también nuestra Constitución Nacional en el art. 75, inc. 23, al disponer como atribuciones del Congreso de la Nación las de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”

Por tal razón, una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias sub examine, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. (Cfr. Formaro, Juan J. “Comentarios en torno a los alcances de la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa "Espósito c. Provincia ART”, DT2016 (julio), 1688 Cita Online: AR/DOC/1999/2016).

De la manda constitucional antes transcripta se deriva “el deber –positivo– del Estado de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna” (Corte IDH Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” 17-06-2005).

Y el compromiso –negativo– de respetar los mentados derechos, absteniéndose de adoptar medidas que interfieran en el disfrute del derecho al trabajo alcanzado por un empleado (Obs. Gral. 18 PIDESyC).

Y como ya lo adelantara, la Sala Civil de este TSJ que integro, ha receptado el principio de “progresividad” en la causa “Salinas” (entre otras), entendiendo en tal oportunidad, que la interpretación a efectuar en dicho caso: “debía guardar correlación con el

principio de progresividad en la plena eficacia de los derechos sociales -en los que se encuentran inmersos los derechos laborales- (Arts. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), en tanto confiere mayor plenitud al derecho del trabajador al resarcimiento de las consecuencias disvaliosas provocadas por el trabajo, en relación con la consagrada en los anteriores sistemas legales especiales". (cfr. Acuerdo NRO. 14/2012 del registro de la Secretaría actuante).

En simultáneo con el principio de "progresividad" consideró la Sala que:[…]"se encolumna con el principio pro hominis (Arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), toda vez que se resguarda la integridad del trabajo humano, como derecho fundamental, al imponer el deber de reparar las consecuencias de los actos que lo lesionan injustificadamente." (cfr. "Salinas" citado anteriormente).

Y relacionado con los dos principios antes mencionados entendió que:

"[…] se encuentra el principio protectorio, desde que se opta por la interpretación más tuitiva y favorable al dependiente que, además, es víctima de un daño injusto." (Desarrollado en autos "Porta Víctor E. c/ Prevención A.R.T. S.A. s/accidente de trabajo con A.R.T" ACUERDO N°9/16. (Expte. N° 79 - año 2011) Sala Civil del T.S.J. de Neuquén).

Viene al caso traer la opinión de Luis Raffaghelli, en el sentido que nuestro máximo Tribunal Nacional en la causa Espósito ha omitido la aplicación del principio "pro homine" o "pro persona" con sus dos manifestaciones hermenéuticas: la exigencia de adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías y en sentido inverso –restrictivo– si de lo que se trata es de limitar tales derechos, libertades y garantías (Corte IDH "Condición jurídica y Derechos Humanos del niño" Opinión consultiva OC 17/2002 PIDESC y OC 06786).(cfr. Autor citado, "Consideraciones sobre la Ley 26.773 en materia de riesgos del trabajo y un pronunciamiento de la Corte Suprema" – 6 de julio de 2016 publicado en www.portaldeabogados.com.ar).

Principio éste, que como es sabido, impone a los jueces escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten.

Además, no debemos olvidar, que el principio "pro persona" tiene su correlato con el principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis y que en "Madorrán c/Aduana" (Mayo 3, 2007) se recuerda que "tiene categoría constitucional" y que por lo tanto "Las leyes, pues, 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" .(en extenso, ver Raffaghelli, artículo citado anteriormente).

Así, la aceptación del principio de progresividad, orienta y alienta la tendencia y hasta la obligatoriedad de optar por el régimen más favorable sucesivo que ha implicado un claro avance y progreso en la dirección de proteger derechos fundamentales laborales.

Y ello –agrego- sin perjuicio de lo dicho por el Cimero Tribunal del país en el citado caso "Espósito", en el sentido que no cabe aplicar los precedentes de "Arcuri Rojas c/ ANSES" y "Camusso", porque lo cierto es que todos los principios fundamentales antes desarrollados, trascienden lo expresado en Espósito, dado que los jueces tenemos el deber constitucional de aplicarlos –aún de oficio- en el marco del control de constitucionalidad y convencionalidad y de respeto a la observancia de los Tratados Internacionales antes citados.

En ese contexto, considero que deviene razonable lo decidido por la Cámara de Apelaciones, toda vez que si bien, como principio general, existe una traba para la aplicación de normas en forma retroactiva atento lo previsto en el art. 7º del Código Civil y Comercial, la liquidación de contingencias en trámite y sin resolución definitiva en materia de prestaciones, tiende a disponerse conforme la legislación posterior y más benigna y favorable para la víctima.

Hasta que no se satisface el crédito, se determine el quantum de capital y se concluyan o consuman las consecuencias, la relación jurídica se encuentra subsistente en su elemento esencial.

Por lo tanto, acceder a la prestación reclamada en autos bajo los mejores derechos que implican el cambio normativo cuya aplicación discute la recurrente, importa en los hechos asegurar al demandante la tutela judicial efectiva a través de un régimen indemnizatorio más justo, rápido y suficiente para resarcir el daño derivado del accidente de trabajo que sufriera Ozorio Escubilla, que respete el principio de progresividad, el principio "pro homine" y el principio protectorio.

Es que efectuar un corte temporal –como pretende la ley y convalida "Espósito"- que excluya de los mejores beneficios y condiciones de la legislación sobre protección frente a riesgos de trabajo a, como en el caso, la reparación de un accidente de trabajo, por el solo hecho de haber ocurrido con antelación a la publicación de la nueva normativa, implica en mi opinión, ni más ni menos que discriminar al trabajador por el simple transcurso del tiempo.

Porque sin duda, mantener las prestaciones de la ley 24.557 sin las adiciones efectuadas por la Ley 26.773, significará tratar desigualmente al Sr. José María Ozorio Escubilla, frente al sistema actual de reparar siniestros laborales asumido por la sociedad.

Como se viene expresando en esta materia, consagrar y garantizar la igualdad mejorativa de derechos es tarea común del derecho, conforme los arts. 14, 16 y 75 inc. 22 CN.

Este último precepto incorpora a nivel constitucional y supralegal normas supranacionales que, abundantemente, obligan a garantizar la igualdad de trato como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II);

Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacionalde Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3°), los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Nro. 100 y 111 y la Declaración Socio Laboral del Mercosur (art. 1°).

Luego, la violación al principio de igualdad ante la ley, torna inaplicable el art. 17 inc 5 al caso sub-análisis.

XIII.- Pronunciamiento que corresponde dictar. En consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, propongo: a) Se declare la improcedencia del recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada Prevención ART a fs. 285/294 vta. b) de consiguiente, se confirme el decisorio de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, que obra a fs. 257/282 vta., en cuanto al confirmar la sentencia de primera instancia dispuso la aplicación de la Ley 26.773 a un accidente de trabajo, acaecido con anterioridad a su entrada en vigencia y cuyas consecuencias jurídicas (cumplimiento de la obligación) cayeron bajo la vigencia de la norma antes referenciada. c) Declarar la inconstitucionalidad de oficio del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 al caso concreto en tanto su aplicación importa contrariar las normas tuitivas emanadas de nuestra C. N. y de los Pactos Internacionales por ella incorporados remitiéndome a tal fin al desarrollo efectuado en los respectivos considerandos.

XIV.- Pronunciamiento sobre costas: En cuanto a las costas de esta instancia, atento el resultado que se propicia y las singulares características que presenta el caso frente a las posibles interpretaciones que genera la materia sometida a debate, propongo sean en el orden causado, por darse las especiales circunstancias que autorizan la dispensa, conforme lo normado por el art. 68 segunda parte del C.P.C. y C. de aplicación supletoria (Ley 1406). MI VOTO.

El señor presidente doctor EVALDO D. MOYA dice:

1. Viene la presente causa a mi conocimiento en virtud de las posturas disidentes planteadas en sus respectivos votos por los Señores Vocales doctores Oscar E. Massei y Ricardo T. Kohon, a los fines que dirima este asunto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° del Reglamento de División en Salas del Tribunal Superior de Justicia (aprobado por Acuerdo N°4464, punto XIII, y modificado por Acuerdo N°4473, punto XXX).

2. En atención a esta especial circunstancia que impone que deba zanjar las cuestiones planteadas en este Acuerdo por uno u otro de los votos que me preceden, y ponderados cada uno de ellos, me inclino por adherir a los fundamentos y solución propiciada por el Dr. Ricardo T. Kohon por razones de celeridad procesal y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional ante el pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación en la causa “Espósito”.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal General, por mayoría, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada PREVENCIÓN A.R.T. S.A., a fs. 285/294 vta.; y en consecuencia, casar parcialmente el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción –Sala II- obrante a fs. 257/282 vta. con fundamento en la causal de infracción legal invocada y conforme se expidió la Corte Suprema de la Nación en el precedente “Espósito”. 2°) De conformidad con lo dispuesto por el Art. 17, inciso c) del Rito, acoger en lo pertinente- el recurso de apelación impetrado por la parte demandada, a fs. 214/219, y revocar parcialmente, por añadidura, la resolución de fs. 200/210 vta., en punto a las normas aplicables para la liquidación de la condena allí decidida, remitiéndose los autos al Juzgado de origen, a fin de que, en la etapa de ejecución de sentencia, proceda a determinar el monto de la condena que deberá calcularse sobre la base de lo indicado en el punto IV –del voto mayoritario- y las demás cuestiones que han devenido firmes. 3°) Atento el modo en que se resuelve, readecuar la imposición de las costas, y así: mantener las impuestas en la Primera Instancias; e imponer las generadas en la Segunda Instancia y en esta etapa extraordinaria local, en el orden causado (Arts. 12, Ley 1.406, 68, 2da. parte y 279 del C.P.C. y C.). Todo, según lo expresado en el considerando V. de la presente. 4°) Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios dispuestas en las instancias anteriores a los letrados y peritos, readecuándolas al monto final emergente de la condena. 5°) Regular los honorarios a los letrados intervinientes, doctores: ... –letrada apoderada de la parte demandada-, ... –letrado patrocinante de la misma parte-; ... –como letrada patrocinante de la parte actora- y ... -como apoderado de idéntica parte-, 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° -modificado por Ley N° 2.933- de la Ley de Aranceles). 6º) Disponer la

devolución del depósito efectuado según constancias obrantes a fs. 284 y 306, conforme a lo establecido por el Art. 11 de la Ley Nº 1.406. 7°) 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. EVALDO D. MOYA - Presidente. Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

**"ROJAS CRISTINA ALEJANDRA C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 75/2014) – Acuerdo: 14/17 – Fecha: 06/06/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Seguro.

SEGURO COLECTIVO POR ACCIDENTES PERSONALES. MUERTE DEL ASEGURADO. TOMADOR DEL SEGURO. BENEFICIARIO DEL SEGURO. INTERPRETACION DEL CONTRATO. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. ABSURDO PROBATORIO. IMPROCEDENCIA.

1.- Es improcedente el recurso de casación por inaplicabilidad de ley interpuesto contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones local, que confirma su similar de Primera Instancia y, en consecuencia, rechaza la demanda entablada contra la aseguradora, por el cobro de la suma asegurada ante la muerte del padre de los accionados, quien revestía la calidad de asegurado del contrato de seguro colectivo por accidentes personales contratado por la empleadora de aquél, pues, no se verifica el absurdo probatorio alegado, en tanto la crítica vertida en el escrito recursivo no ha conmovido los fundamentos de tal decisión, ya que no logró demostrar un error en el raciocinio de la Cámara al determinar los presupuestos fácticos del presente. Dicho de otro modo: los argumentos expuestos en la pieza recursiva no se hacen cargo de la correcta o ilógica valoración de la prueba, al concluir del Ad-quem que en base al contrato instrumentado mediante la póliza anejada, y cuyo cumplimiento se requiere, los accionantes no son los titulares del derecho que demandan, por cuanto la relación asegurativa aquí en debate se estableció entre la aseguradora y la empresa empleadora.

2.- En un contrato de seguro colectivo por accidentes personales, el interés del tomador es cubrirse frente a un eventual reclamo del asegurado y, al no existir un seguro específico en el mercado asegurador, éste tipo de contrato es la única forma que tiene una empresa y/o persona de cubrirse frente al riesgo de un reclamo laboral por parte del contratista eventual o esporádico derivado de un accidente.

3.- A fin de establecer cuándo la entidad aseguradora debe cumplir la prestación convenida y respecto de quién, es preciso indagar los términos del contrato del seguro suscripto entre ambas codemandadas y sobre el cual se sustenta esta acción.

4.- El pago de la prima per se no confiere la calidad de beneficiario.

**Texto completo:**

ACUERDO NRO. 14. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los seis (6) días de junio de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada –de conformidad con el Art. 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 definitiva en los autos caratulados: "ROJAS CRISTINA ALEJANDRA C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (Expte. Nro. 75 - Año 2014).

ANTECEDENTES:

A fs. 713/721 vta. la parte actora deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley, contra la sentencia de la Cámara en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad, Sala I, obrante a fs. 708/711 vta., que confirma el rechazo de la demanda entablada.

Corrido traslado, a fs. 726/731vta, contesta SANCOR COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA. y a fs. 733vta. COPA S.A., quienes solicitan la inadmisión del remedio casatorio interpuesto por las razones que exponen, todo ello con costas a su contraria.

A fs. 752/755, mediante Resolución Interlocutoria N° 300/2015, se declara admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido.

A fs. 741/746 dictamina el señor Defensor General y a fs. 748/749 y 757/760 obra dictamen del señor Fiscal General.

Encontrándose la presente causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) En la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme el orden del sorteo oportunamente realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. OSCAR E. MASSEI dice:

I. En primer término formularé una síntesis de los hechos relevantes aquí debatidos.

1. A fs. 32/39 se demanda a SANCOR COOPERATIVA DE SEGUROS LIMITADA y COPA S.A. pretendiendo el cumplimiento del contrato de seguro que entre dichas partes suscribieron. Se reclama el pago del seguro por el fallecimiento del señor

Ariel René GALLARDO, padre de los accionantes.

Relata que desde comienzos de 2001 la empresa COPA S.A. contrató al señor Gallardo para realizar tareas de pintor en las diferentes obras o lugares indicados por la primera, de manera continua y que facturaba tales servicios.

Expone que COPA S.A. contrató un seguro de accidentes personales a fin de asegurar al padre de los accionantes para el supuesto de muerte accidental en el ámbito y horario en que se encontrara cumpliendo servicio. Que en ese marco el 15 de diciembre de 2005, en circunstancias en que el señor Gallardo se dirigía en su vehículo a la ciudad de Cipolletti a pintar la piscina del señor Alfredo Speroni –director de Copa S.A.- sufre un accidente vial que le produjo la muerte

Añade que la aseguradora se negó a pagar el seguro bajo el argumento que el hecho ocurrió en circunstancias ajenas a la encomienda de trabajo alguno por parte de Copa S.A.

Los accionantes consideran que el rechazo de la aseguradora fue extemporáneo.

2. Corrido traslado, a fs. 76/82 obra contestación de la Aseguradora quien plantea inexistencia de cobertura porque el accidente ocurrió fuera del ámbito y horario de trabajo declarados por el tomador; que, conforme declaraciones de la asegurada y de uno de los directivos, Gallardo no estaba cumpliendo tareas para Copa S.A. sino para el señor Alfredo Speroni.

Opone, además, excepción de falta de legitimación activa. Dice que en el seguro contratado la beneficiaria era COPA S.A. lo cual inhabilita a los herederos para reclamar dicho pago.

También controvierte la endilgada extemporaneidad del rechazo porque requirió documentación complementaria. Adiciona que aún de considerar vencido el plazo ello no convalida un no seguro o la falta de cobertura.

Por su parte, la codemandada COPA S.A. no contestó demanda y, a pedido de la actora, se declaró su rebeldía la que cesó posteriormente (fs. 110).

3. A fs. 86/91vta. la actora responde la excepción opuesta. Argumenta que dicho planteo no fue invocado entre las razones del rechazo del siniestro en el intercambio epistolar, actitud –dice- que debe ser asimilada a la omisión de pronunciarse del Art. 56 de la Ley 17.418.

Cuestiona que Copa S.A. sea titular del interés asegurable por la muerte del señor Gallardo. Califica al seguro contratado por cuenta ajena y en interés de un tercero. Invoca a su favor la normativa de Defensa del Consumidor y denuncia que hay interés público comprometido.

4. A fs. 659/662vta. se dicta sentencia de Primera Instancia que rechaza la pretensión de cumplimiento de contrato.
Examina la relación asegurativa contratada y concluye que si el beneficiario del seguro es Copa S.A. no es el asegurado ni sus herederos quienes pueden reclamar su pago sino sólo a favor de quien se estipuló, que no es otro –aclara- que Copa.
Explica que no es un seguro de responsabilidad civil, supuesto en el cual la aseguradora se compromete a mantener indemne al asegurado y donde el damnificado tiene la posibilidad de traerla juicio. Juzga que, en el caso –seguro de accidentes personales-, el único que puede reclamar y demandar a la aseguradora es el beneficiario. Agrega que no interesa quién pagó la prima del seguro sino el carácter que cada cual tuvo en el contrato, lo que determina la legitimación activa.
Concluye que la señora Rojas, en representación de sus hijos menores de edad, todos ellos herederos forzosos de su padre Ariel Gallardo, carece de legitimación activa para reclamar el pago de un seguro que se pactó en beneficio de Copa S.A.
En relación con Copa S.A. considera que la pretensión de cumplimiento del contrato de seguro no puede ser dirigida contra ella debido a que no los ha unido una relación de tal tipo. En consecuencia, también rechaza la demanda a su respecto.
5. A fs. 667 apela la actora, quien expresa agravios a fs. 688/691 los que sólo son contestados a fs. 694/699vta. por Sancor Cooperativa de Seguros Limitada.
6. A fs. 708/711vta. la Cámara sentenciante confirma el pronunciamiento de la instancia anterior.
Fundamenta que, conforme surge de la póliza N° 530099 de accidentes personales, la demandada Copa S.A. contrató un seguro con la empresa Sancor Coop. de Seguros Ltda., cuyo asegurado era el señor Ángel Gallardo y la beneficiaria la empresa codemandada.
Destaca que la relación asegurativa se estableció entre Sancor y Copa S.A. –tomador del seguro y beneficiario-. Concluye que en tal contexto, en caso de corresponder, la entidad aseguradora debería efectuar el pago indemnizatorio al beneficiario del contrato de seguro, es decir Copa S.A., lo cual –asevera- determina el rechazo del agravio formulado por la actora apelante.
Resalta que la titularidad de la relación jurídica sustancial no puede originarse en el silencio de la otra parte, como postula la recurrente, la cual –agrega- tampoco considera la Carta Documento de fs. 694, por la cual se requirió información complementaria en los términos de los Arts. 46 y 56 de la Ley de Seguros.
También señala que del informe pericial de fs. 326/327 surge que la póliza en cuestión es un contrato del tipo colectivo cubriendo diversos asegurados, y entre los cuales se menciona al señor Gallardo.
En punto al interés asegurable, considera que el interés del tomador es cubrirse frente a un eventual reclamo del asegurado y, al no existir un seguro específico en el mercado asegurador, éste tipo de contrato es la única forma que tiene una empresa y/o persona de cubrirse frente al riesgo de un reclamo laboral por parte del contratista eventual o esporádico derivado de un accidente.
Sobre la base de tales fundamentos rechaza el recurso de apelación deducido por la parte actora y confirma la sentencia recurrida.
7. Contra esta decisión a fs.713/721vta. se interpone recurso por Inaplicabilidad de Ley.
La accionante sostiene que la sentencia recurrida es arbitraria -Art. 15°, inciso c, Ley 1.406- porque no tiene en cuenta la totalidad de la prueba producida en la causa. Y en este sentido, señala que se funda solo en los términos de la póliza, soslayando la naturaleza de la relación contractual y el comportamiento de las partes.
En primer término, destaca que tanto de la testimonial prestada por el señor Speroni (presidente y director de la empresa COPA S.A.), como de la pericial contable, surge que Ariel Gallardo –padre fallecido- pagaba la prima del seguro por accidentes personales.
Alega que el mencionado testigo manifestó que la empresa exigía una póliza por accidentes personales, cuya contratación era efectuada por ella y deducible de la facturación, en virtud de razones operativas y de mayor seguridad. Enfatiza en los dichos de ese testigo, quien manifestó que de haber sido fructífera la gestión con la aseguradora, "...la plata iba al beneficiario, formalmente era Copa y finalmente a los deudos por así corresponder" (fs. 719, párrafo 3° in fine).
Señala que los términos de la declaración del Sr. Speroni, evidencian que la empresa carecía de un interés asegurable, porque se limitaba a realizar la gestión de contratación del seguro, para garantizar el pago de la prestación comprometida.
Luego, subraya que el Sr. Gallardo pagaba la prima mediante los descuentos realizados sobre la facturación, siendo en consecuencia parte de la relación asegurativa. Enfatiza respecto al carácter de asegurado, y que la Aseguradora así lo entendió, porque al tiempo de presentarse la Sra. Rojas -en representación de los hijos del asegurado- a reclamar la prestación debida, no se le contestó que carecía de legitimación activa. Por el contrario, se le solicitó información complementaria, con lo cual -considera- se reconoció la titularidad del reclamo.
Hace hincapié que COPA S.A. carece de interés asegurable, que éste recaía en cabeza del señor Gallardo y, con arreglo al Art. 145 de la Ley 17.418, los beneficiarios son sus herederos.
Por último, sostiene que la Aseguradora modificó la causa por la cual rechazó el siniestro, en contradicción con lo dispuesto por

Art. 56 de la Ley de Seguros. Y por ello, resulta inadmisible la defensa de falta de legitimación activa no opuesta al desestimar la denuncia del siniestro, porque tal rechazo se fundó exclusivamente en que el siniestro no ocurrió en ocasión del trabajo.

II. En los presentes se reclama el cumplimiento de un contrato de seguro colectivo por accidentes personales cuya póliza se encuentra agregada a fs. 637/643.

En tal marco se pretende el pago de la suma asegurada ante la muerte del padre de los accionantes, quien revestía la calidad de asegurado en el contrato en cuestión.

Sabido es, que la potestad revisora en esta etapa extraordinaria está circunscripta, por un lado, al contenido de la sentencia y por otro, a la concreta impugnación formulada. Ello determina que deba examinarse si a través del recurso interpuesto se acredita que la Cámara sentenciante ha incurrido en el vicio de arbitrariedad por absurdo probatorio que denuncia la recurrente.

A fin de establecer cuándo la entidad aseguradora debe cumplir la prestación convenida y respecto de quién, es preciso indagar los términos del contrato del seguro suscripto entre ambas codemandadas y sobre el cual se sustenta esta acción.

Al efecto, me permitiré realizar algunas precisiones conceptuales. Se ha definido que hay seguro de accidentes personales cuando una aseguradora se obliga al pago de una prestación en caso de que el asegurado sufra un daño permanente en su salud o fallezca a causa de un acontecimiento externo, súbito, violento e independiente de su voluntad (cfr. FACAL, Carlos José María, “El Seguro de Vida en la Argentina”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 263 y s.s.).

Así, se denomina asegurado a la persona sobre la cual recae la cobertura comprometida por el asegurador. A su vez, se designa como tomador a la persona que contrata el seguro con el asegurador, y se refiere como beneficiario aquélla o aquél en cuyo favor se toma el seguro. Técnicamente, es quien ostenta el derecho a percibir la prestación indemnizatoria. Al respecto, cabe apuntar que el Art. 143 de la Ley 17.418 autoriza la libre designación de beneficiario.

Ahora bien ¿Se puede designar como beneficiario al contratante de la póliza?

Veamos. Es posible que el empleador contrate un seguro sobre la persona de sus empleados –que serán los asegurados- pero cubriendo en realidad –total o parcialmente- un interés propio. En tales casos puede ser designado beneficiario conforme posibilita el Art. 156 in fine de la Ley 17.418, que dice:

“El contratante del seguro colectivo puede ser beneficiario del mismo […] cuando tiene un interés económico lícito respecto de la vida o salud de los integrantes del grupo, en la medida del perjuicio concreto”.

Es decir, la posibilidad de que el contratante sea beneficiario resulta ser una excepción, admisible cuando se dan dos circunstancias: que tenga un interés económico lícito y que lo sea en la medida del perjuicio concreto.

Así, en caso de siniestro, su designación lo habilita a que el asegurador le pague el beneficio en la medida del perjuicio concreto que la muerte del asegurado le ha producido.

En consecuencia, es posible que el tomador de la póliza se constituya en beneficiario del seguro en la medida en que exista una responsabilidad a su cargo o un perjuicio concreto respecto de los asegurados como consecuencia de accidentes cubiertos por la póliza en cuestión (cfr. VÍTOLO, Daniel Roque, Contratos Comerciales, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 786.).

Ahora bien, en cuanto a la determinación del titular del interés asegurable cabe apuntar tres posibilidades de contratación: por cuenta propia, por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda.

En el primero, el tomador del seguro es el titular de dicho interés y su determinación resulta de las condiciones particulares;

En la segunda hipótesis el titular del interés puede o no ser designado por su nombre o por alguna circunstancia que permita determinarlo. En caso de duda, se presume la celebración del contrato por cuenta propia (Art. 21, Ley N° 17.418.). Al mismo tiempo, la falta de acreditación de interés del tomador produce la nulidad del contrato, en tanto éste constituye su objeto.

Finalmente, en el seguro por cuenta de quien corresponda, el titular no aparece determinado al momento del perfeccionamiento del contrato, pero debe serlo al momento del siniestro (cfr. STIGLITZ, RUBÉN S., Derecho de Seguros, Tomo I, segunda edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 255 y s.s.).

Por lo que se refiere al caso traído a conocimiento la tomadora se constituyó en beneficiaria y es posible identificar un interés asegurable lícito en la locación de servicios que prestaba el padre de los actores.

De allí que, ante la hipótesis planteada por los accionantes –falta de interés asegurable del tomador- además de que no surge acreditado, su consecuencia jurídica sería la nulidad del contrato cuyo cumplimiento se reclama en los presentes mas no el pago de la indemnización a su favor. Y ello, por no encontrarse así previsto ni legal ni contractualmente.

Por otra parte, el pago de la prima realizado por COPA S.A., luego descontado al actor, tampoco modificó los términos del contrato cuyo examen se trae a estos estrados judiciales. Tal procedimiento constituyó un acuerdo entre el señor Gallardo y COPA S.A. ajeno a las previsiones establecidas en la póliza obrante a fs. 637/643. Por lo demás, el pago per se no confiere la calidad de beneficiario.

Hay que tener en cuenta que lo expuesto no importa desconocer el carácter de proveedora de servicio de la accionada ni la relación de consumo que señala el señor Defensor General en su dictamen (fs. 741/746).

En efecto, la actividad de la accionada encuadra en el régimen consumerista y tampoco hay duda que el asegurado es un usuario o consumidor (cfr. Cracogna, Dante, "La defensa del consumidor en el seguro", en Derecho de Seguros, Nicolás H. Barbato –coordinador-, Homenaje de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros al profesor doctor Juan Carlos Félix Morandi, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 689/699). Y, por ello, goza de la protección del régimen tuitivo aplicable, tal como ya ha sido resuelto por este Tribunal Superior en anteriores pronunciamientos (cfr. Acuerdos Nros. 46/2010 –GÉLIZ-; 14/2016 –VÁZQUEZ-; 29/2016 -YAÑEZ DEL VALLE-, entre otros, del Registro de la Secretaría Civil).

Más ello no constituye fundamento suficiente para, en el caso, escapar a las previsiones contractuales en el marco de esta concreta pretensión ni para reconocer, sin más, una calidad no prevista en la relación asegurativa en base a la cual se reclama.

Por último, en punto al agravio relativo al silencio de la aseguradora, se ha explicado que el Art. 56 no se aplica si la denuncia es efectuada por persona distinta de las mencionadas en el Art. 46, o por riesgo notoriamente extraño al contrato, pues de otro modo, se violaría la regla res inter alios acta o se afirmaría la existencia de un contrato de seguro de contenido diverso (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El silencio del asegurador frente a la denuncia del siniestro", en Derecho de Seguros…, obra ya citada, pág. 179vta./199).

2. Sobre la base de los postulados expuestos luego de una detenida lectura de la decisión bajo examen y de los elementos probatorios obrantes en la causa, se concluye que la sentencia impugnada no ha incurrido en el vicio de absurdo probatorio denunciado por los impugnantes.

La crítica vertida en el escrito recursivo no ha conmovido los fundamentos de tal decisión, ya que no logró demostrar un error en el raciocinio de la Cámara al determinar los presupuestos fácticos del presente.

Dicho de otro modo: los argumentos expuestos en la pieza recursiva no se hacen cargo de la correcta o ilógica valoración de la prueba, al concluir que en base al contrato instrumentado mediante la póliza anejada, y cuyo cumplimiento se requiere, los accionantes no son los titulares del derecho que demandan. Se apuntó entonces que la relación asegurativa aquí en debate se estableció entre SANCOR COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA. y COPA S.A., lo cual determinó el rechazo de la apelación.

Ello así, no se ha logrado rebatir los fundamentos en que sustentaron su decisión quienes fallaron en la Alzada, ni explicar sobre la base de ellos los errores denunciados.

Al efecto, son insuficientes las alegaciones que evidencian una opinión discrepante con la del juzgador –o juzgadora- y que eluden rebatir las consideraciones que apoyan el razonamiento que exhibe la sentencia.

Por el contrario, los recurrentes desde su propia interpretación llegaron a un desenlace distinto, a partir de negar el interés asegurable de la tomadora y beneficiaria del mentado convenio. Con ello -se reitera-, los quejosos no demostraron que la labor interpretativa de la Magistratura anterior resulte absurda.

De tal forma, sólo reiteraron su disconformidad con la interpretación y aplicación de las cláusulas del contrato de seguro dada por la Alzada.

Cabe recordar que la interpretación de los contratos es cuestión de hecho, reservada a la instancia ordinaria y excluida de la casación, salvo el caso de absurdo, o que se alegue y demuestre que se han violado las normas legales o las reglas de derecho que gobiernan su interpretación, supuestos que no se han invocado, ni por ende, probado en el presente.

Siguiendo estos lineamientos, se ha dicho que es insuficiente el recurso por Inaplicabilidad de Ley que tiende a poner en tela de juicio la interpretación que ha hecho la Judicatura de grado del alcance y contenido de determinado contrato, como asimismo de la conducta de las partes contratantes, pues tales cuestiones solo podrían ser materia de revisión en caso de que se invocara y demostrara que dicha tarea del Tribunal ha sido producto de una valoración manifiestamente irrazonable del negocio de que trata (cfr. Acuerdos Nros. 21/2014 "UIRCAM" y 14/16 "VÁZQUEZ", del Registro de la Actuaria).

En pocas palabras, no se demostró -prima facie- la configuración de tal supuesto, tampoco se da esa "garrafal desinterpretación donde las propias constancias del proceso desmienten el sentido que quien juzga atribuye a un determinado elemento probatorio y en la trascendencia que esa premisa visiblemente equivocada tiene para la ulterior decisión sobre los hechos controvertidos" (Cfr. T.S.J. NQN, Acuerdos. Nros. 18/2000 "Pentak"; 27/2001 "Coca"; 7/2013 "Romero", del citado Registro).

De conformidad con los fundamentos desarrollados, la pretensión recursiva analizada deviene improcedente, confirmándose por ende lo resuelto por la Cámara sentenciante sobre el tópico.

3. Por último, corresponde abordar el planteo de exención de depósito formulado por la actora recurrente, que fue diferido al momento de la apertura de la instancia y supeditado a las resultas de la impugnación extraordinaria deducida.

Este Tribunal reiteradamente ha sostenido que el requisito previsto por el Art. 2° de la Ley Casatoria no es un gravamen fiscal sino

un recaudo procesal impuesto a los recurrentes, que encuentra su justificación en el carácter extraordinario de los recursos previstos por la Ley 1.406 (cfr. R.I. Nros. 141/15, 227/15, 352/15, 17/16, 182/16, entre muchas otras, del Registro de la Secretaría Civil).

También es doctrina sostenida y conteste de este Cuerpo, a los fines de habilitar la instancia extraordinaria local, que el beneficio de litigar sin gastos debe estar concedido al tiempo de la interposición de los recursos pertinentes, habida cuenta que el Art. 2° in fine del ritual casatorio prescribe:

“No se exigirá el depósito [...] tampoco están obligados [...] quienes gocen del beneficio de litigar sin gastos [...]”.

Al respecto, se ha expresado que en esta etapa extraordinaria resulta inaplicable el beneficio provisional al que se refiere el Art. 83 del ritual Civil y Comercial, toda vez que, conforme a la letra y espíritu del ya citado artículo 2° de la L.C., se exige que tal beneficio esté acordado al momento de la deducción del recurso, para que pueda darse por configurada la respectiva causal de exención (R.I. Nros. 204/10, 206/15, 17/16, 136/16, 182/16, entre otras, del Registro de la Actuaria).

Ello así, en tanto el recaudo bajo examen no tiene carácter de impuesto o sellado de actuación, no se considera alcanzado por el referido beneficio provisional (cfr. R.I. N° 153/10).

Ha dicho este Cuerpo:

“[…] diversos son los medios empleados por el legislador para conservar el carácter extraordinario de un recurso de casación, estableciéndose así una serie de exigencias que actúan como tamiz de las cuestiones que puedan llegar a conocimiento de este Cuerpo. Una de esas técnicas es el ‘depósito previo’ el que dada su relativa onerosidad, obliga a quien pretende activar la instancia casatoria a extremar el estudio de procedencia del reclamo y a fundarlo con maestría y precisión” (cfr. R.I. Nros. 302/89, 126/99, 99/01, 244/10, 125/14 y 45/15 entre tantas otras).

Doctrinariamente se ha afirmado que las limitaciones establecidas por las normas locales de procedimientos no vulneran derechos y garantías constitucionales, pues no impiden deducir el recurso extraordinario, sino que lo condicionan a un requisito formal, propio de la reglamentación del legislador y sin afectar la defensa en juicio ni la igualdad de las partes en litigio (cfr. Juan Carlos, HITTERS, Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, pág. 587, Librería Editora Platense, Bs. As. 2002).

Además, cabe señalar que la quejosa no ha acreditado, en el caso, un agravio constitucional o convencional, que el cumplimiento de tal recaudo le irrogue.

En efecto, la ley procesal permite al recurrente en el supuesto de falta de recursos demostrar judicialmente su situación y litigar sin responsabilidad pecuniaria en materia de gastos causídicos, por lo que de haber utilizado los medios a su alcance los accionantes podían acceder a la instancia extraordinaria exentos del depósito en cuestión. (cfr. S.C.J.B.A., C. 120.941 "Mihanovich, Jorge contra AVSA S.A. Desalojo rural").

Atento lo considerado, y la improcedencia de la pretensión recursiva intentada corresponde, rechazar la revocatoria planteada sobre el punto e intimar, con los fines dispuestos en el Art. 10° de la Ley 1.406, a la impugnante para que en el plazo de tres (3) días de notificada deposite la suma de PESOS SEIS MIL OCHOCIENTOS NUEVE ($6.809.-), a la orden del Tribunal que dictó la sentencia recurrida, bajo apercibimiento de ejecución.

III. Con relación a la tercera cuestión planteada, las costas de esta etapa se imponen a la actora en su condición de vencida (Arts. 68 del C.P.C. y C. y 17, Ley 1.406).

IV. Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: a) Declarar improcedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley articulado por la parte actora. b) Las costas de esta etapa a cargo de la recurrente en su condición de vencida (Arts. 68 del C.P.C.y C. y 17, Ley 1.406). c) Confirmar en todos sus términos la sentencia de Alzada. d) Rechazar la revocatoria interpuesta contra la providencia de fs. 736 e intimar a la recurrente a cumplir con el depósito exigido por el Art. 2° de la Ley Casatoria, bajo apercibimiento de ejecución.

VOTO POR LA NEGATIVA.

El doctor RICARDO T. KOHON, dice: Comparto las consideraciones formuladas por el doctor OSCAR E. MASSEI y la conclusión a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. VOTO POR LA NEGATIVA.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal y con intervención del Defensor de los Derechos del Niño, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto, a fs. 713/721vta. por la actora y en su consecuencia, CONFIRMAR el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad, Sala I, de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente. 2°) IMPONER las costas de esta etapa a la impugnante en su condición de vencida (Arts. 68 del C.P.C.y C. y 17, Ley 1.406). 3°) REGULAR los honorarios profesionales por la totalidad de la labor desarrollada en esta instancia extraordinaria –cuya base se determinará en origen- a la doctora y doctores: ... –apoderada y patrocinante de COPA S.A.-, ... y ... –apoderado y patrocinante de la demandada

SANCORCOOPERATIVA DE SEGUROS LTDA.- respectivamente-, y ... –apoderado y patrocinante de la actora- en un 25% de la cantidad que corresponda por la actuación en igual carácter que el aquí asumido, en primera instancia (Arts. 6°, 7°, 10°, 12°, 15°, 20 -modificado por Ley N° 2.933- de la Ley de Aranceles). 4°) Rechazar la revocatoria interpuesta contra la providencia de fs. 736. 5°) A los fines dispuestos por el Art. 10° de la Ley 1.406, INTIMAR a la actora recurrente para que en el plazo de tres (3) días de notificada deposite la suma de PESOS SEIS MIL OCHOCIENTOS NUEVE ($6.809.-), a la orden del Tribunal que dictó la sentencia recurrida, atento lo considerado, en cumplimiento del depósito exigido por el Art. 2° de la L.C., bajo apercibimiento de ejecución. 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 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

**“VÁZQUEZ YOLANDA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (126 - Año 2013) – Acuerdo: 11/17 – Fecha: 26/05/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. ABSURDA APRECIACION DE LA PRUEBA. DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. CANAL DE AGUA. DOMINIO PRIVADO DEL PREDIO. MUERTE POR INMERSION. FALTA DE SERVICIO. PODER DE POLICIA DE SEGURIDAD. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. OMISION ANTIJURIUDICA Y DAÑO. NEXO CAUSAL. DESESTIMACION DEL RECURSO.

1.- Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido contra la sentencia de la Cámara del Fuero con asiento en la ciudad de San Martín de los Andes que rechazó la demanda de daños y perjuicios iniciada a raíz de la muerte de un niño quien sufrió asfixia por inmersión al caer en un canal con agua, lugar que a entender de la accionante fuera abierto por el municipio con el objeto de contener el agua pluvial deslizante de la ladera de un cerro, dado que el tribunal consideró que no se produjo prueba que demuestre la participación de algún órgano dependiente de la demandada en le ejecución del canal causante de los daños reclamados ni que, efectivamente, la Municipalidad se sirviera de él o lo tuviera a su cuidado. Ello es así, ya que de las constancias probatorias producidas no se acreditó que el canal haya sido abierto por la Municipalidad o que éste se emplace en el Parque Temático denominado Vía Christi. Esto es, el uso público invocado ni la titularidad de la cosa riesgosa, esgrimidos al demandar.

2.- El plexo probatorio analizado resulta relevante, puesto que la falta de servicio siempre entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta, entre otras variables, el grado de previsibilidad del daño. Y bien, de ese cúmulo se extrae que, haciendo un juicio de

previsibilidad en abstracto, es posible afirmar que la omisión de los controles que se le imputa al Estado municipal (ha quedado acreditado el dominio privado del predio como que el canal no fue construido por la accionada) no fue apta para ocasionar normalmente el daño. Por ello, atendiendo a los grados de probabilidad objetiva y conforme las circunstancias del caso, es posible concluir que el trágico final no se halla en conexión causal adecuada con la inactividad que se atribuye al Municipio por no haber actuado sobre un predio privado o instando a sus propietarios a realizar determinada acción. En tanto ésta no luce apta para sustentar la "falta de servicio", ni el nexo de causalidad, a poco que se considere, efectuado el juicio retrospectivo, que resulta incierto que se hubiera modificado el cuadro de situación existente a la fecha del doloroso hecho.

3.- Reiteradamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706).

4.- […] la constante alusión a la "peligrosidad" como característica que debería haber provocado una actuación preventiva por parte del Estado, tampoco es idónea para responsabilizarlo en tanto dicho ducto se encontraba apartado de la vía pública, en un predio del dominio privado y no estaba sometido a ningún tipo de servidumbre para el invocado uso público. Mal puede hablarse, entonces, de una omisión antijurídica del Estado Municipal. Desde esta otra perspectiva de análisis –que igualmente coadyuva a la desestimación de la demanda- es necesario remarcar que el nexo causal no puede ser hipotético, basado en simples conjeturas; y que, una mera condición es insuficiente para determinarlo, sino se encuentra suficientemente demostrado. La "omisión" será causal cuando la acción esperada hubiera probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o su evitación (cfr. Lorenzetti, Ricardo L "Notas sobre la responsabilidad civil por omisión", Zeus, t. 33, 1983, p.D-55). Por ello, no es posible tener por configurada una relación de causalidad adecuada, efectiva y posible entre la (alegada) omisión estatal y el perjuicio sufrido.

5.- Conforme se adelantó, la doctrina de la arbitrariedad, no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que el apelante considere tales a raíz de su discrepancia con el criterio de selección y valoración de las pruebas, sino que exige que medie un inequívoco apartamiento de las normas que rigen el caso o una decisiva carencia de fundamentación; máxime cuando la lectura de la sentencia y del recurso lleva a concluir que los impugnantes reiteran argumentos ya vertidos en instancias anteriores y que sus críticas no rebaten la totalidad de los fundamentos en que se apoya el pronunciamiento recurrido.

**Texto completo:**

ACUERDO NRO. 11. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiséis (26) días de mayo 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 EVALDO D. MOYA, con la intervención de la Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "VÁZQUEZ YOLANDA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO" (Expte. Nro. 126 - Año 2013) del Registro de la Secretaría de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 330/346 la parte actora deduce recurso extraordinario local contra la sentencia de la Cámara del Fuero con asiento en la ciudad de San Martín de los Andes obrante a fs. 317/327, que revoca la sentencia de grado y rechaza -en todas sus partes- la demanda incoada, con imposición de costas de ambas instancias en el orden causado.

Corrido el pertinente traslado, la Municipalidad de Junín de los Andes contesta a fs. 351/353. Solicita que se desestime la instancia extraordinaria pretendida.

Mediante Resolución Interlocutoria Nro. 123/15, se declara admisible el recurso interpuesto, con fundamento en la cuestión federal comprometida por la arbitrariedad de sentencia denunciada.

El Sr. Fiscal General subrogante dictamina a fs. 367/372vta. y propicia que se declare improcedente el recurso de casación incoado por cuanto considera que no ha habido absurda valoración de la prueba por parte de la Cámara sentenciante que torne arbitrario el fallo traído a revisión. Considera que en el caso la comuna no se encontraba obligada legalmente a disponer medidas protectorias.

Afirma que no se está frente a un inmueble de uso público sino uno netamente privado, que era traspasado indebidamente por las personas; además que nunca se autorizó formalmente al municipio demandado para algún uso específico ni se comprometió éste a mantenerlo.

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 extraordinario deducido? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el doctor RICARDO T. KOHON dice:

I. A los fines de respetar un orden metodológico, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de este recurso.

1. A fs. 17/27 se inicia demanda contra la MUNICIPALIDAD DE JUNÍN DE LOS ANDES reclamando indemnización por los daños y perjuicios producidos por la muerte del niño Víctor Daniel Fuentes, hijo y nieto de quienes accionan.

Relatan que el 19/7/2006 el niño perece por asfixia por inmersión al caer en un canal con agua, abierto por el municipio demandado con el objeto de contener el agua pluvial deslizante de la ladera del cerro, en cercanías del monumento conocido como Vía Cristi.

Destacan que el canal tiene 750 metros de longitud, que se ubica a pocos metros de la calle Manuel Namuncurá y sobre un sector poblado del ejido urbano. A su vez, que el citado canal no tenía contención, valla de seguridad ni cartel indicador. Lo califican como cosa riesgosa cuya apertura y conservación correspondía al municipio –dicen- porque fue quien realizó la obra y quien se sirve de ella como contención pluvial.

También imputan a la demandada que desoyó el acta de denuncia número 011, radicada por el vecino Miguel Olate, el 10 de marzo de 2004, que informaba del peligro que representaba y la presencia de niñas y niños en el lugar.

Fundan la responsabilidad de la accionada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por el incumplimiento y falta de ejercicio del poder de policía sobre sus dependencias. Denuncian como omisión antijurídica la ejecución de la obra, su cuidado y guarda por medio de los controles e inspecciones pertinentes.

Reseñan los daños reclamados y ofrecen prueba.

2. A fs. 47/55 contesta demanda la MUNICIPALIDAD DE JUNÍN DE LOS ANDES. Destaca que el canal fluvial en cuestión se encuentra dentro de una propiedad privada.

Niega que dicho ducto esté situado en el Parque temático Vía Christi como también el uso público denunciado.

Si bien reconoce que el mentado conducto integra la circulación pluvial de la zona, refiere que fue construido hace más de 85 años y que el responsable de dicha obra no fue el municipio accionado quien –agrega- no lo tenía bajo su custodia.

Remarca que no se está frente a una obra en la cual el municipio generó un peligro ni en un predio del dominio público. También, que la víctima tenía tres años y al momento del lamentable accidente se alejó del cuidado de sus familiares.

En cuanto a la denuncia del señor Olate, niega omisión estatal y reitera que el terreno sobre el cual está el canal pertenece al

dominio privado y al cual no se le permite el ingreso.

Por último, cuestiona los daños reclamados, ofrece prueba y peticiona el rechazo de la pretensión resarciatoria.

A fs. 60 toma intervención el Fiscal de Estado en los términos de la Ley N° 1.575.

A fs. 66 y vta. se denuncia como hecho nuevo el tapado del canal en el que falleciera el niño Víctor Daniel Fuentes. Corrido traslado, a fs. 70, el municipio contesta que no realizó dicha obra.

3. A fs. 258/269vta. el A-quo acoge la demanda. Considera que por costumbre y/o por el permiso tácito de los diferentes propietarios del predio en cuestión, los vecinos del barrio Primeros Pobladores y un sector importante de la población e incluso turistas, utilizaban el predio como de uso común y como paso al Cerro de la Cruz, al campo de CORFONE y al Vía Cristi.

Adiciona, el conocimiento de la existencia del canal por parte de la autoridad administrativa, su falta de mantenimiento y limpieza como el riesgo potencial que implicaba para los vecinos y turistas la omisión de tomar los recaudos mínimos de prevención y protección.

Agrega, que la omisión de los deberes consagrados no solo en una norma formal sino de sentido impuesto por la razón y las costumbres hace que el hecho de que el canal se encuentre en propiedad privada no interrumpa el nexo causal frente a su deber de actuar como titular de la administración de los intereses y servicios dentro del ejido urbano.

Juzga acreditada la inactividad de la Municipalidad de Junín de los Andes en defensa del interés público y que determinan –agrega- la infracción a un deber legal de obrar y actuar que implica –concluye- antijuridicidad. Expone que era muy fácil y seguramente de muy poco valor tapar el canal, lo que considera un motivo que agrava la omisión y que no era impedimento para el Estado. También estima que se advirtió al menos una vez mediante acta o denuncia del peligro que implicaba el canal sin dar respuesta a dicho reclamo.

Asimismo, analiza la obligación de cuidado de los padres y guardadores la que califica de falta de diligencia por dejar transitar solo a un niño a los tres años de edad por la vía pública y luego se dirigió al canal situado a ciento cincuenta metros de su casa. Por ello, determina en forma concurrente la responsabilidad de los padres y guardadores con la del Estado Municipal, otorgándole un 50% de responsabilidad a cada uno.

De acuerdo con el porcentaje de responsabilidad atribuido, condena al municipio demandado a abonar a los accionantes $175.000, con más intereses, en concepto de daño económico y daño moral.

4. Esta sentencia es apelada por los actores, (fs. 278) que expresan agravios a fs. 293/299 vta., y por la demandada (fs. 282) que hace lo propio a fs. 300/306. Corridos traslados, solo contestan lo los accionantes a fs. 308/312 vta.

5. A fs. 317/327, la Alzada revoca la sentencia de Primera Instancia. Resalta que en la instancia anterior se omitió efectuar el encuadre legal de la responsabilidad estatal que se encontró configurada, no obstante lo cual -deduce de la jurisprudencia citada- que ella se fundó en el falta de servicio de los órganos integrantes de la administración pública municipal por la omisión en el ejercicio del poder de policía de control. Sin embargo, juzga que las enumeradas por el A-quo no son causas suficientes para endilgar la responsabilidad por omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad a la Municipalidad demandada.

Explica que en autos no se produjo prueba que demuestre la participación de algún órgano dependiente de la demandada en le ejecución del canal causante de los daños reclamados ni que, efectivamente, la Municipalidad se sirviera de él o lo tuviera a su cuidado.

Adiciona que tampoco se probó que las actividades atribuibles a terceros –uso común del lugar para el tránsito o esparcimiento- hubieran contado con algún tipo de autorización o consentimiento municipal.

Luego considera que la falta de servicio en la que el A-Quo sustenta la obligación de responder supone la transgresión por omisión de una regla legal impuesta de manera expresa o razonablemente implícita, extremo que en el caso –juzga- no se configuró, ante la inexistencia de tal deber de actuar dentro de un inmueble privado.

6. Contra esta última decisión, a fs. 330/346, la parte actora interpone recurso extraordinario local. Denuncian arbitrariedad del decisorio atacado por omitir prueba esencial y soslayar el principio procesal de “unidad de la prueba”.

Expresan que la Alzada no valoró ciertas probanzas (testimoniales y absolución de posiciones del intendente del municipio) que revisten la calidad de decisivas para la acreditación del uso público del canal.

Disienten con la Cámara cuando afirma que el Juez de grado omitió efectuar el encuadre legal de la responsabilidad estatal, pues consideran que la sentencia encuentra fundamentación en los Arts. 14 de la Constitución Nacional; 1074, 1112 del C.C. y 36 de la Carta Orgánica Municipal, aun cuando la cosa riesgosa estaba alojada en un terreno de dominio privado.

Declaran que el municipio no garantizó el derecho a la vida del menor, consagrado constitucionalmente, así como tampoco la seguridad e integridad física de los gobernados. Pues, entienden que si el Estado municipal tiene conocimiento de un hecho que pone en peligro a los ciudadanos -ya sea porque se sirve de ello o porque sabe de su existencia- tiene que asumir su

responsabilidad.

Luego, consideran que la conducta esperable de la Comuna consistía en tapar el canal con un enrejado o realizar una obra pública para evitar el anegamiento de las calles, supuestos que –dicen- se realizaron con posterioridad a la muerte del menor.

Destacan que el hecho de no haberse rellenado dicha zanja con anterioridad al siniestro y su limpieza esporádica por el municipio demuestran el motivo por el cual la Comuna no actuó ante la denuncia concreta de uno de los vecinos, pues necesitaba del susodicho canal para evitar la inundación del barrio Primeros Pobladores.

Sin perjuicio de ello, alegan que la Alzada no hace una sola referencia a dichas pruebas, incurriendo en arbitrariedad por omisión en su valoración.

En otro apartado, los quejosos denuncian el vicio de auto-contradicción en que –entienden- incurre la judicatura al hacer mención a la peligrosidad del canal.

Aducen que la Cámara, por un lado, señala que el hecho era extraño a la intervención directa de la Comuna y, por otro, reconoce el potencial peligro que significaba el canal para la integridad física de las personas.

Para finalizar, también alegan que se prescindió del Art. 906 del C.C. en punto a la presunción de culpa in vigilando que pesa sobre los guardadores o padres respecto de las personas menores de 10 años. Pues, estiman que las omisiones en que incurre el accionado tienen incidencia necesaria en la ocurrencia del accidente, más allá de la conducta del niño o niña.

En virtud de ello, por entender que el fallo se sostiene en afirmaciones carentes de un fundamento adecuado, solicitan que se case el fallo impugnado y que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con los agravios expuestos.

Por último, manifiestan que hacen reserva del caso federal.

II. 1. Abierta la instancia extraordinaria local con fundamento en la cuestión federal denunciada corresponde examinar si los impugnantes acreditan la arbitrariedad de sentencia que exponen.

Sabido es que la Ley N° 1.406 contempla, a diferencia de otros ordenamientos procesales en casación, el acceso a esta instancia con sustento en la “arbitrariedad” por la vía del recurso de Nulidad Extraordinario -Art. 18, 2do. Párrafo-, y por la de Inaplicabilidad de Ley (Art. 15°, inciso c).

La causal de arbitrariedad prevista por esta última vía -Inaplicabilidad de Ley-, debe ser entendida en torno a la figura del “absurdo”, en los términos de la doctrina elaborada al respecto por la S.C.B.A. (cfr. Acuerdo Nro. 30/91 “HERMOSILLA” del Registro de la Secretaria Civil).

Vale destacar que el legislador provincial ha encomendado a los jueces apreciar libremente las pruebas, pero sujetos a principios que eviten la arbitrariedad.

Así, el Art. 386 del código de rito coloca un cerco a la actividad jurisdiccional en lo que a la apreciación del material probatorio se refiere, constituido por las reglas de la sana crítica (cfr. Acuerdo Nro. 14/02 “MOSQUEIRA” del citado Regitro).

Bajo ese prisma, debe analizarse si en el sub-judice se valoró adecuadamente el material probatorio colectado de caras a la pretensión indemnizatoria planteada y al encuadre normativo propuesto.

2. 1. El Ad-quem rechazó la demanda por considerar que no se configuró una falta de servicio por parte del municipio accionado y, además, que no se probó el nexo causal entre la alegada omisión y el daño.

Los impugnantes denuncian arbitrariedad de sentencia pues dicen que de la prueba surge el uso público del mentado canal.

Este Tribunal ha precisado que la causal de absurdo probatorio se configura en la especial hipótesis en que 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 Nros. 15/2012 -“ARCE”-, 7/2013 -“ROMERO”-, 5/2016 –“VEJAR”- y R.I. Nros. 1391/96, 94/01, entre muchos otros, todos ellos del Registro Actuarial).

Y se 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 […] 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 […]” (Cfr. T.S.J.N., Acuerdo N°19/98 -“CEA”- del Registro de la Secretaría Civil).

Mientras que por vía de Nulidad Extraordinario, la arbitrariedad se asienta en cada una de las causales que especifica el 2° párrafo del Art. 18° ya citado –omisión de cuestión esencial; incongruencia; falta de sustentos suficiente en las constancias de la causa; dictada respecto de quien no es parte; resuelva cuestiones ajenas a la litis o que se hallaren firmes-, y que guarda una estricta relación con la mayoría de las hipótesis desarrolladas por el Dr. GENARO CARRIÓ en su obra El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria, T° 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 93/109 (R.I. Nº 125/03 del registro de la Actuaria. Doctrina del T.S.J. Nqn. sentada en Acuerdo Nº 30/91).

En el caso, los recurrentes sostienen que la Alzada no ponderó el uso público del canal en cuestión como tampoco que el municipio accionado manifestó que pidió autorización para limpiar el referido conducto y que se produjo la anegación de calles luego de que fue tapado, con posterioridad al deceso del niño. Desde allí denuncian arbitrariedad del decisorio atacado por omitir prueba esencial y soslayar el principio procesal de unidad de la prueba.

Sabido es, que los agravios vinculados con la garantía de debido proceso consagrada por el Art. 18 de la Constitución Nacional suscitan cuestión federal (Art. 14, de la Ley 48).

Así entonces, el presunto yerro cuya comisión se denuncia condujo a la intervención de este Cuerpo en virtud de las proyecciones derivadas de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “STRADA” y “DI MASCIO”.

Al respecto, el Máximo Tribunal ha precisado que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los Arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2351, 2456, 311:786, 2293; 312:246; 334:541 338:623 entre otros).

Por esa razón, esta doctrina es de carácter excepcional y exige para su procedencia un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta falta de fundamentos (Fallos: 326:297, 328:957, entre otros).

Desde tal perspectiva se procederá a la revisión de los presentes.

Ahora bien, tal como surge del relato efectuado, la pretensión indemnizatoria deducida se sustentó en la deficiente prestación del servicio de policía de seguridad de la comuna cordillerana.

Se ha conceptualizado que la falta de servicio se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública o, como afirma la Corte Suprema, por “una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular” (causas “Zacarías”, Fallos: 321:1124; “Mosca”, Fallos 330:653, entre otros), que puede plasmarse tanto en comportamientos activos -que se traduzcan en la emisión de actos de alcance individual o general, o en operaciones materiales de los agentes estatales-, como también por la omisión o inactividad administrativa (cfr. ACUERDO Nro. 36/13 -“MARTINEZ”-, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Esta última especie es la que se le imputa a la demandada puesto que, según los dichos de la reclamante se configura un ejercicio irregular del poder de policía por parte del Municipio de Junín de los Andes en referencia a los controles que debía realizar en el ejido urbano a efectos de evitar daños a las personas (fs. 19 vta.).

Ello determina que el caso se subsuma en el ámbito de aplicación del Art. 1112 del Código Civil derogado -responsabilidad directa y objetiva- (cfr. causas “Filipponi” y “Benavides”, Acuerdos Nros. 1452/07 y 1627/09, respectivamente, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Es que, como tiene dicho la Corte Suprema: “[…] la idea objetiva de falta de servicio –por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del Art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual directa del Estado en el ámbito del derecho público. 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; 330:2748; 331:1690, entre otros).

A partir de dichas previsiones corresponderá analizar, entonces, si la demandada tenía la obligación o el deber de actuar y si la abstención que se le achaca puede comprometer su responsabilidad como también, luego del examen de los presentes, si se acredita la arbitrariedad de sentencia que se denuncia.

2.2. En los supuestos en que la autoridad administrativa se rehúsa o se abstiene de obrar, la clave para determinar la existencia de responsabilidad estatal radica en la configuración de una omisión antijurídica o contraria a derecho.

A tales efectos, deviene fundamental analizar la naturaleza de la actividad comprometida y el alcance del deber jurídico que se dice quebrantado.

En tal sentido, corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible (doctrina de la Corte Suprema en la citada causa “Mosca”).

Conforme la propia formulación de la demanda, el deber jurídico cuyo incumplimiento o inacción se reprocha a la accionada, es de carácter genérico o indeterminado: realizar los controles necesarios en el ejido urbano para evitar daños a la población.

Esta delimitación no es menor, puesto que “[…] la determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las

consecuencias generalizables de la decisión a tomar […]" (ibíd.).

Sobre el punto, Hutchinson indica: "[…] si el Estado no fue el autor de un acto lesivo sólo le puede caber responsabilidad cuando esté obligado a evitar el daño: sólo tiene sentido su responsabilidad si incumplió su deber legal que le imponía obstar el evento lesivo. En estos casos, de conducta antijurídica por omisión la responsabilidad tendrá base subjetiva salvo que el propio derecho la regule como de responsabilidad objetiva. Lo contrario llevaría a resultados absurdos: la víctima de un asalto haría responsable al estado por no haber cumplido con su control policial de seguridad." (cfr. Hutchinson, Tomas "Los daños producidos por el estado", Revista JUS, N° 36, ps. 51 y sgtes. Confrontar también, Gambier, Beltrán "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión", La Ley 1990-E-617).

Es que, como también ha sostenido nuestro Máximo Tribunal en el precedente aludido (caso "Mosca"), sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino severamente lesiva para las libertades de los mismos ciudadanos a proteger.

Estas consideraciones implican una necesaria referencia a los límites de la responsabilidad del Estado: éste no puede ser compelido a anular todas las posibles faltas de terceros y así asumir responsabilidades por éstos; si la existencia de un deber genérico, por sí solo, no alcanza para responsabilizar al Estado por omisión, para que surja su obligación, deberá haber incurrido en la omisión de un concreto servicio, razonablemente exigido, de acuerdo a las circunstancias del caso.

Por ende, debemos examinar las circunstancias que rodearon este caso concreto.

2.3. De acuerdo a las pautas reseñadas, cabe preguntarse si la Municipalidad de Junín debió actuar en forma diversa a cómo lo hizo y si existió algún deber jurídico concreto que le impusiera el consiguiente deber de actuar.

En autos se encuentran acreditadas las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el lamentable accidente que costara la vida de Víctor Daniel Fuentes.

Con las constancias probatorias producidas no se acreditó que el canal haya sido abierto por la Municipalidad o que éste se emplace en el Parque Temático denominado Vía Christi. Esto es, el uso público invocado ni la titularidad de la cosa riesgosa, esgrimidos al demandar.

A su vez, si bien es cierto que el ciudadano Olate realizó una denuncia a los inspectores que pasaron por el lugar en cierta ocasión, informando acerca de la peligrosidad del ducto, no es menos cierto que también consta su ubicación en un predio privado (fs. 91 vta., 98, 133, 135 y vta., 137 vta., 143/145, 176/177, 180) tal como lo señala el señor Fiscal General subrogante en su dictamen, y distante de la calle pública; además –como se adelantó- que no tenía una afectación formal en beneficio de la comunidad (fs. 92, 121, 122).

Tan es así que conforme denunció la propia actora éste fue cerrado luego del deceso del menor, y surge de la causa que dicha tarea fue realizada por los sucesores del titular registral (fs. 137 vta.).

El plexo probatorio analizado resulta relevante, puesto que la falta de servicio siempre entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta, entre otras variables, el grado de previsibilidad del daño.

Y bien, de ese cúmulo se extrae que, haciendo un juicio de previsibilidad en abstracto, es posible afirmar que la omisión de los controles que se le imputa al Estado municipal (ha quedado acreditado el dominio privado del predio como que el canal no fue construido por la accionada) no fue apta para ocasionar normalmente el daño.

Por ello, atendiendo a los grados de probabilidad objetiva y conforme las circunstancias del caso, es posible concluir que el trágico final no se halla en conexión causal adecuada con la inactividad que se atribuye al Municipio por no haber actuado sobre un predio privado o instando a sus propietarios a realizar determinada acción. En tanto ésta no luce apta para sustentar la "falta de servicio", ni el nexo de causalidad, a poco que se considere, efectuado el juicio retrospectivo, que resulta incierto que se hubiera modificado el cuadro de situación existente a la fecha del doloroso hecho.

En efecto, en los términos de esta causa, como ya se sostuviera, el Estado será responsable siempre que la omisión sea antijurídica, esto es, que no actúe de la manera en que era esperable que lo hiciera, de acuerdo a las circunstancias del caso.

Reiteradamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706).

Esto determina, además, que según la doctrina de la misma Corte, la pretensión de ser indemnizado sobre la base de la existencia de una falta de servicio, requiera dar cumplimiento a la carga de individualizar del modo más claro y concreto posible, cuál es la

actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos (cfr. entre otros, Fallos 317:1233; 329:3168) (cfr. Acuerdo Nro. 1627/2009 -"BENAVIDEZ FORJA"- del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias.

Nótese que más allá de describir algunas conductas puntuales, el relato efectuado en la demanda lleva a inferir que la conducta esperada por los actores, como aquella que finalmente podría haber prevenido o evitado el daño, era realizar controles luego de la denuncia del señor Olate o intimar a los particulares a realizar determinada obra en su propiedad, pues recuérdese que no se acreditó la construcción del ducto por parte del municipio –tópico en que también se sustentó la pretensión-.

En la demanda no se identifica claramente el "acto debido". Tampoco se acredita de qué manera las acciones exigidas podían haber sido razonablemente llevadas a cabo por el Estado, ni que de haberse realizado, el daño se habría evitado.

Tampoco se expone el modo en que concretamente se podría haber "evitado daños a personas". Y este no es un dato menor, toda vez que –como ya se indicara- el Estado debe actuar en las circunstancias y bajo los procedimientos que especialmente establece el ordenamiento jurídico.

En esta misma línea, la constante alusión a la "peligrosidad" como característica que debería haber provocado una actuación preventiva por parte del Estado, tampoco es idónea para responsabilizarlo en tanto dicho ducto se encontraba apartado de la vía pública, en un predio del dominio privado y no estaba sometido a ningún tipo de servidumbre para el invocado uso público.

Mal puede hablarse, entonces, de una omisión antijurídica del Estado Municipal.

Desde esta otra perspectiva de análisis –que igualmente coadyuva a la desestimación de la demanda- es necesario remarcar que el nexo causal no puede ser hipotético, basado en simples conjeturas; y que, una mera condición es insuficiente para determinarlo, sino se encuentra suficientemente demostrado.

La "omisión" será causal cuando la acción esperada hubiera probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o su evitación (cfr. Lorenzetti, Ricardo L "Notas sobre la responsabilidad civil por omisión", Zeus, t. 33, 1983, p.D-55).

Por ello, no es posible tener por configurada una relación de causalidad adecuada, efectiva y posible entre la (alegada) omisión estatal y el perjuicio sufrido.

Es que, la atribución de responsabilidad estatal por el hecho, se diluye en la generalidad o multiplicidad de las "fallas" u "omisiones" imputadas, vértice desde el cual, tampoco se puede tener por acreditada la relación de causalidad y resultan conjeturas insuficientes para activar la responsabilidad del Estado.

De conformidad con el examen expuesto y revisadas las conclusiones del Ad-Quem, se advierte que la queja planteada no demuestra que el juicio valorativo efectuado por la Alzada haya violado las reglas de interpretación, como resultado de una operación carente de lógica o coherencia.

Dicho de otro modo: los argumentos esgrimidos en la pieza recursiva no se hacen cargo de la valoración de las pruebas escogidas. Al contrario, se presenta una apreciación diferente a partir de la cual se llega a un desenlace distinto.

Los motivos alegados por los quejosos no demuestran la configuración de la arbitrariedad de sentencia que se denuncia, en tanto se discrepa con la evaluación de aspectos fácticos y de la prueba incorporada al proceso, sin demostrar fallas en el razonamiento de la Alzada de tal entidad que descalifiquen al pronunciamiento como acto judicial válido.

Conforme se adelantó, la doctrina de la arbitrariedad, no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que el apelante considere tales a raíz de su discrepancia con el criterio de selección y valoración de las pruebas, sino que exige que medie un inequívoco apartamiento de las normas que rigen el caso o una decisiva carencia de fundamentación; máxime cuando la lectura de la sentencia y del recurso lleva a concluir que los impugnantes reiteran argumentos ya vertidos en instancias anteriores y que sus críticas no rebaten la totalidad de los fundamentos en que se apoya el pronunciamiento recurrido.

Ello motiva que se proponga al Acuerdo, el rechazo del remedio extraordinario intentado.

3. En cuanto a las costas de esta etapa, corresponde imponerlas por su orden, en atención a la complejidad de los temas aquí debatidos y las distintas posturas existentes con relación a la temática tratada (cfr. Art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C. y 12, de la Ley Casatoria).

Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: a) Declarar improcedente el recurso extraordinario articulados. b) Las costas de esta etapa, corresponde imponerlas por su orden, en atención a la complejidad de los temas aquí debatidos y las distintas posturas existentes con relación a la temática tratada (cfr. Art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C. y 12, de la Ley Casatoria). c) Confirmar en todos sus términos la sentencia de la Alzada. VOTO POR LA NEGATIVA.

El señor vocal doctor EVALDO D. MOYA, 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. VOTO POR LA NEGATIVA.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General subrogante, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso extraordinario local deducido por la parte actora a fs. 330/346, confirmándose, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara del Fuero con asiento en la ciudad de San Martín de los Andes obrante a fs. 330/346. 2°) IMPONER las costas de esta etapa por su orden, en atención a la complejidad de los temas aquí debatidos y las distintas posturas existentes con relación a la temática tratada (cfr. Art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C. y 12, de la Ley Casatoria). 3°) REGULAR los honorarios de las y los profesionales intervinientes en esta instancia casatoria doctores ... y ..., apoderados y patrocinantes de la Municipalidad de Junín de los Andes; y doctora ..., apoderada y patrocinante de la parte actora, 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). 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos a origen.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. EVALDO D. MOYA

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

**"I.M.P.S. C/ VILLALOBOS GUERRERO, SILVIA D. C. Y OTRO S/ ACCIÓN REIVINDICATORIA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 42/2014) – Acuerdo: 12/17 – Fecha: 26/05/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE NULIDAD. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. ACCION REIVINDICATORIA. DESALOJO. SENTENCIA. EFECTOS DE LA SENTENCIA. EFECTOS ERGA OMNES.

1.- El principio procesal de congruencia está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional -en tanto exige una correlatividad entre lo pretendido y lo decidido en la sentencia-, cuando ello no se observa, se configura la causal de incongruencia y, consecuentemente, se atenta contra el derecho de defensa en juicio consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional (27, 58, 63 c.c., Constitución del Neuquén).

2.- No se constata que la sentencia emitida por la Cámara de Apelaciones –Sala II- haya quebrantado el principio de congruencia al disponer el desalojo de una vivienda y luego reformula la orden de lanzamiento incluyendo al aquí recurrente, esto es, dispone que en la instancia de grado, se lo intime a que en el plazo de cinco (5) días a que comparezca y acredite el título en el que justifica su ocupación, bajo apercibimiento de hacerle extensiva la sentencia dictada en autos, pues hay supuestos en los que las relaciones jurídicas trascienden la esfera de los propios litigantes –efecto reflejo-, extendiendo los efectos de la cosa juzgada a ciertos terceros. Tal es el caso de las sentencias de carácter constitutivo que se dictan respecto de una nueva situación jurídica dominial, donde se producen efectos erga omnes en razón de que el nuevo derecho instituido es de naturaleza real. En los autos de marras –Acción Reivindicatoria-, al discutirse el dominio de un inmueble, se configura uno de los supuestos de

excepción donde la cosa juzgada produce efectos más allá de las partes intervinientes en el proceso de reivindicación

3.- […] la solución adoptada por la Alzada salvaguarda el derecho de defensa del recurrente, sin perjuicio del bien jurídico tutelado en este tipo de procesos y el supuesto de excepción que representa en orden a los efectos de la cosa juzgada -otorgándole un plazo (5 días) para que acredite su calidad frente al inmueble de autos-, y, a su vez, no afecta el derecho que le asiste al actor ganancioso que pretende su restitución porque no le impone la obligación de tener que tramitar un nuevo proceso contra aquél, en pos de un ritualismo inútil-. Es que, no podría imponerse otra solución; caso contrario, se vulnerarían principios básicos del sistema judicial pues la judicatura debe dictar sentencias que sean eficaces (en el sentido que puedan ser cumplidas) y que realicen el valor justicia.

**Texto completo:**

ACUERDO N°: 12. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiséis (26) días de mayo de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada –de conformidad con el Art. 4° del Reglamento de División en Salas- por el Sr. vocal doctor RICARDO T. KOHON y el Sr. vocal doctor EVALDO D. MOYA, con la intervención de la Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "I.M.P.S. C/ VILLALOBOS GUERRERO, SILVIA D. C. Y OTRO S/ ACCIÓN REIVINDICATORIA" (Expte. N° 42 - Año 2014) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES:

A fs. 573/584 vta. el Sr. José Hernán Geldres Cid deduce recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley contra la resolución de fs. 562/568 vta., dictada por la Cámara de Apelaciones local –Sala II-, que hace lugar al recurso de apelación por él interpuesto y dispone que en la instancia de grado se lo intime a que en el plazo de cinco días comparezca y acredite el título en el que justifica su ocupación, bajo apercibimiento de hacerle extensiva la sentencia dictada en autos.

Conferido el pertinente traslado a la contraria, a fs. 588/591 contesta solicitando el rechazo del recurso casatorio con costas.

A través de la Resolución Interlocutoria Nro. 12/16, se declara admisible el recurso de Nulidad Extraordinario e inadmisible el de Inaplicabilidad de Ley, deducidos por el Sr. Hernán Geldres Cid.

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

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario?, b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?, c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. RICARDO T. KOHON, dijo:

I. 1. El actor -I.M.P.S.- interpone acción reivindicatoria respecto de la parte norte del lote 3, Nomenclatura Catastral 09-23-63-7582, contra quien resulte ser su ocupante. A tales efectos, solicita que se practique diligencia preliminar para establecer la identidad y domicilio de las personas asentadas en el bien, y se las intime a manifestar el título en virtud del cual lo ocupan.

Expone que es titular de dominio del inmueble descripto, el cual ha adquirido en un mismo acto (por compra efectuada a la Sra. Mónica Marcela González Dorrego, en su condición de heredera del titular registral Sr. Fernando González Dorrego, el 13-2-89) con el Lote 4 H, N.C. 09-23-63-6484, sito –ambos- en el Departamento Confluencia de la provincia de Neuquén, Paraje Rincón de Salazar.

Asimismo, el accionante agrega que tomó efectiva posesión del Lote 3 en su mayor proporción, que se sitúa al Sur del "desagüe natural" que se describe en el plano adjunto y que corre en el sentido NO-E -y se encuentra sometido a una explotación forestal, con presencia efectiva de sus dependientes-.

Dice que la porción del Lote 3 situada al Norte del mentado desagüe, constituye un terreno inculto, sin plantación alguna y sin afectación real a actividad productiva.

Y -manifiesta el demandante-, en ese sector del lote y más precisamente en el punto que se describe en el plano como "A", se encuentra una construcción precaria habitada por personas cuya identidad precisa se desconoce y hasta la fecha de interposición de la demanda se han negado a abandonar el predio, pese a los reiterados reclamos efectuados de su parte por distintos medios.

Sobre este aspecto, expone que el 23-6-06 realizó una diligencia a través de la Escribana Norma Ileana Labrin, a efectos de constatar la identidad de los ocupantes del predio e intimarlos a su desalojo, surgiendo de la misma la presencia en el lugar del Sr. Hernán Geldres quien manifiesta que su hermano -que no identifica- es el ocupante del predio.

Como consecuencia de ello –dice-, el 14-7-06 recepciona una carta documento remitida por la demandada –Silvia del Carmen VILLALOBOS GUERRERO-, quien expresa: "En mi carácter de titular de los derechos adquiridos sobre el inmueble objeto de la intimación de desalojo cursada, rechazo la misma por improcedente invocando los derechos que posea sobre el mismo como adquirente.

Absténgase de realizar actos que perturben el derecho que poseo sobre el lote 3 B, Sección Chacras, Barrio Nueva España de la localidad de Centenario".

Por último, afirma que ignora el domicilio de la Sra. Villalobos Guerrero -en tanto no lo consignó en su misiva ni tampoco su vinculación con el Sr. Geldres-, y solicita la producción de una medida preliminar a efectos de identificar a las personas ocupantes del predio.

2. A fs. 21 vta. luce mandamiento de constatación de donde surge que se halla en el lugar a una persona de apellido Geldres, quien manifiesta ser el hermano del dueño del lugar, de nombre Humberto Geldres.

El Sr. Humberto Segundo JELDRES VILLALOBOS se presenta a fs. 37 y afirma que ocupa el inmueble en carácter de heredero de su progenitor fallecido, Sr. José Hernán Geldres Cid, y que idéntico carácter posee su madre Silvia del Carmen Villalobos Guerrero.

A fs. 69 comparece a estar a derecho la demandada Silvia del Carmen VILLALOBOS GUERRERO y manifiesta que desde 1984 junto a su esposo fallecido –José Hernán Geldres Cid- tomaron posesión del inmueble objeto de litigio a título de dueños, con ocupación efectiva y pacífica. Denuncia que idéntico carácter ostenta su hijo Humberto Segundo Jeldres Villalobos.

3. A fs. 75 el actor –I.M.P.S.- solicita se disponga el traslado de la acción a los Sres. Humberto Jeldres Villalobos, a la Sra. Silvia del Carmen Villalobos y a todo aquel que resulte ocupante de la porción del predio objeto de autos.

A fs. 81 se dicta la primera providencia del trámite ordinario confiriéndose traslado de la demanda a Silvia del Carmen Villalobos Guerrero y Humberto Segundo Jeldres Villalobos. Este auto es ampliado a fs. 163 por pedido expreso del actor, ordenándose la sustanciación con todo aquél que resulte ocupante del inmueble objeto del presente.

4. Los co-demandados Humberto Segundo JELDRES VILLALOBOS y Silvia del Carmen VILLALOBOS GUERRERO contestan la demanda, denunciando sus domicilios reales en lugares distintos al del lote objeto de reivindicación.

En tal oportunidad denuncian la tramitación de la causa caratulada "JELDRES VILLALOBOS, HUMBERTO Y OTRO C/ I.M.P.S. S/ POSESIÓN VEINTEAÑAL" (Expte. Nro. 357876/7) por ante el Juzgado Civil N° 4, a través de la cual pretenden obtener la adquisición del bien por usucapión, como consecuencia de la posesión por ellos efectivizada durante más de 20 años.

Relatan que en abril de 1984, la Sra. Villalobos Guerrero tomó posesión junto a su marido -Sr. José Hernán Geldres Cid- del lote objeto de autos, realizando desde esa fecha una ocupación efectiva, pacífica y sin interferencia o turbación y ejerciendo actos de posesión "tal como lo haría un propietario".

Agregan que luego del fallecimiento del Sr. Geldres Cid el 09-9-06, su hijo Huberto Segundo Jeldres Villalobos continuó ejerciendo la posesión del bien en carácter de heredero universal junto a su madre, co-demandada en estos actuados.

Exponen que el inmueble se encontraba en total estado de abandono y sin utilidad alguna al momento de tomar posesión, habiéndole realizado a lo largo de estos años una serie de mejoras con el objeto de darle utilidad y mantener su estado de conservación (desmonte, nivelación, rellenado, construcción de una vivienda y un galpón, realización de un pozo de agua, un canal de riego, colocación de un cerco perimetral para deslindar el predio, preparación del terreno para la plantación posterior de diversas especies, realización del tendido eléctrico).

Asimismo, ambos demandados afirman que -al momento de contestar la demanda- reside en el predio el Sr. José Hernán Geldres Cid -hijo del Sr. José Hernán Geldres Cid y la Sra. Silvia del Carmen Villalobos Guerrero-, quien habita la casa construida por el causante al inicio de la toma de posesión.

Exponen también que la Sra. Villalobos Guerrero ha mudado su domicilio a la ciudad de Neuquén desde el fallecimiento de su esposo y por cuestiones de salud.

A continuación alega la falta de alusión al derecho aplicable por parte del actor y a su imposibilidad de pretender la reivindicación objeto de autos, por cuanto salvo el caso de transmisión hereditaria, el dominio de las cosas no se adquiere sino por tradición y al no haberse cumplido con ese requisito el adquirente no tiene calidad de propietario.

Por último agrega que si el título del reivindicante es posterior a la posesión del demandado ello implica que no pudo hacérsele tradición de la cosa por inexistencia de "posesión vacua" y, por consiguiente, que no adquirió el derecho real ya que no pueden coexistir dos posesiones iguales sobre una misma cosa.

5. A fs 281/290 obra sentencia de Primera Instancia.

En tal ocasión y habiéndose dispuesto la acumulación procesal con la causa "JELDRES VILLALOBOS, HUMBERTO S. Y OTRO C/ I.M.P.S. S/ POSESIÓN VEINTEAÑAL" (EXPTE. NRO. 357876/7), la Jueza de grado analiza la prueba rendida en ambas causas y concluye que el Sr. Geldres Cid –padre y esposo de los actores, respectivamente-, ocupaba el inmueble objeto de litigio y que esa ocupación continuó en la persona de su hijo Hernán Geldres –tal como lo sindican todos los testigos declarantes en las presentes-.

Sin embargo, considera que no surge de manera concluyente que ni el padre fallecido ni los herederos y la cónyuge supérstite, hubieran ocupado el inmueble con ánimo de dueños y de manera pacífica durante 20 años.

Ello así, toda vez que no probaron que ellos mismos ejecutaran las construcciones y mejoras -además de no aparentar tener una antigüedad como la requerida-, y la única prueba de la posesión por veinte años es la testimonial, en la cual el fallo no puede basarse de manera exclusiva.

Agrega la magistrada que en el caso no se ha logrado -por parte de los demandados en autos- demostrar ni el pago de impuestos por el plazo de veinte años, ni la ejecución de actos posesorios en general, ni la antigüedad de las mejoras ni haberse conducido como dueños durante todo ese tiempo. Asimismo, de los expedientes relacionados no surge que el inmueble estuviera ocupado cuando el actor lo adquirió de la Sra. González Dorrego.

Por lo que, la demanda de posesión veinteañal iniciada por Humberto Segundo Jeldres Villalobos y Silvia del Carmen Villalobos Guerrero contra I.M.P.S., es rechazada.

Por otro lado y en orden a la acción reivindicatoria, la Jueza de Primera Instancia alude a la legitimación del actor en tanto afirma que puede reclamar quien tiene derecho a poseer, no siendo necesario que haya poseído la cosa por cuanto se discute el derecho a la posesión y no el hecho de ella (que sí se discute en la prescripción adquisitiva).

Ello, en cuanto afirma que debe probarse en la acción de reivindicación el título, el derecho a la posesión, con independencia de la posesión misma.

Y particularmente, en el caso de autos el demandante alegó y probó el dominio del inmueble inscripto en la Matrícula 18.250 - Confluencia, así como que la co-demandada invocó la titularidad de derechos adquiridos cuando aquél los intimó a desalojarlo en julio de 2006.

Así, la magistrada considera que el actor es el titular de dominio del inmueble en su mayor fracción -ocupando los demandados una porción de él, que se intentó prescribir-, y que recibió su posesión al suscribir la cesión de derechos hereditarios –tal como lo indica el boleto suscripto con la Sra. González Dorrego-.

Además, entiende que los demandados no han podido probar un mejor derecho que el que titulariza el actor, quien tiene el dominio del bien. Es que éste acreditó que lo adquirió a partir de la cesión de derechos hereditarios que acordara con la Sra. González Dorrego (acaecida el 13-2-89, cuando recibió la posesión) y que pese a que el Juez del sucesorio autorizó a la heredera a la escrituración del bien en ese mismo año, fue necesario que el accionante en autos tramitara un juicio para obtener el título en cuestión.

Por lo expuesto, en Primera Instancia se hace lugar a la acción reivindicatoria y se condena a los co-accionados a restituir el inmueble dentro de los diez días de quedar firme la demanda.

6. Apelado por los co-demandados este fallo, la Sala II de la Cámara de Apelaciones local lo confirma en todo lo que fue materia de recurso y agravios.

Se quejan los recurrentes del rechazo de su demanda de usucapión y la valoración que realiza la A-quo del material probatorio para arribar a tal decisión.

La Alzada refiere que la prueba aportada en ese tipo de procesos debe apreciarse con suma estrictez y considera que la magistrada de grado ha realizado un detallado y exhaustivo análisis de las pruebas incorporadas a la causa, explicando por qué no resultan suficientes a efectos de acreditar la posesión invocada.

Asimismo, reconoce que si bien de las declaraciones testimoniales surge que el padre y esposo de quienes pretenden usucapir habría ocupado el predio en cuestión realizando construcciones y actividad productiva desde los años 1984/1985, tales dichos no pueden ser corroborados ni tan siquiera articulados con otras pruebas; configurándose una imposibilidad legal de determinar el acaecimiento de la usucapión en base solamente a prueba testimonial.

Y en orden a las restantes probanzas, afirma el Cuerpo sentenciante que las pericias no han podido determinar la antigüedad de las plantaciones ni de las construcciones y mejoras; en cuanto al pago de la energía eléctrica que se provee al inmueble data del año 2000 y las facturas y órdenes de trabajo sobre el predio, desde 2006; la constatación de las mejoras no resulta relevante para la resolución de la causa ya que si bien constituyen actos posesorios, no se encuentra acreditado fehacientemente quien las realizó y que se remonten a 20 años antes de la interposición de la demanda; y la información sumaria aportada corre la misma suerte que

la prueba testimonial.

Por último, sostiene que el reconocimiento hecho por el actor acerca de que no tomó posesión del predio que se pretende usucapir puede ser relevante a los efectos de la acción reivindicatoria pero no para determinar la usucapión, ya que ese reconocimiento no se extiende a los elementos requeridos para que aquella se configure.

7. A fs. 361/367 se presentan los herederos del Sr. José Hernán Geldres Cid (Gilberto Gonzalo Geldres Cid; Carlos Alberto Jeldres Villalobos; Raúl Adolfo Jeldres Villalobos y José Hernán Geldres Cid –hijo-), y solicitan se les confiera participación en esta causa debido a que han tomado conocimiento de su existencia "hace escasos dos días".

Asimismo, incoan incidente de nulidad de todos los actos procesales cumplidos en los autos de marras a partir del decreto que ordenó trabar la litis exclusivamente con Silvia del Carmen Villalobos Guerrero y Humberto Segundo Jeldres Villalobos, disponiéndose se les confiera traslado de la demanda.

Ello así, toda vez que resulta innegable que el acto que dispuso el traslado de la demanda a uno solo de los herederos -privando a los restantes de ejercer su derecho de defensa-, determinó finalmente el dictado de un pronunciamiento jurisdiccional abstracto y de cumplimiento imposible.

8. En Primera Instancia, el incidente de nulidad articulado por los co-herederos del Sr. José Hernán Geldres Cid (padre), es rechazado.

Para así resolver, la Jueza de grado considera que toda vez que el actor interpone la acción reivindicatoria respecto de quienes se atribuyen el carácter de poseedores del inmueble, resulta debidamente integrada la litis en estos actuados.

Y agrega que, si conforme manifiesta el incidentista Hernán Geldres Cid, él detenta la calidad de poseedor, podrá acudir por la vía pertinente contra el reivindicante.

9. El incidentista interpone recurso de apelación contra la resolución de grado que rechaza su pedido de nulidad, con costas.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones local, expresa que de acuerdo a las constancias de la causa principal, las acciones acumuladas se instauraron entre el Instituto Municipal de Previsión Social y los Sres. Silvia del Carmen Villalobos Guerrero y Humberto Segundo Jeldres Villalobos; en tanto que la sentencia dictada y confirmada por la Alzada fue dictada solamente respecto de las partes de los procesos, ordenándose la devolución exclusivamente de la parte del lote que ocupan los demandados.

Como consecuencia de ello, el aquí recurrente carece de interés para plantear la nulidad conforme lo ha hecho.

Ello, en tanto en definitiva, el incidentista no ha sido parte en la litis principal y la sentencia en ella dictada se circunscribe a quienes fueron demandados en la acción reivindicatoria, quedando salvaguardado su derecho de defensa, el que puede ser ejercido –tal como lo señala la magistrada de grado- por las vías pertinentes.

Así, se confirma la resolución de grado.

10. Una vez firme la sentencia definitiva y la resolución dictada en el incidente de nulidad, la Jueza de Primera Instancia dispone el levantamiento de la suspensión del trámite y –habiendo vencido el plazo acordado en el fallo-, decreta el lanzamiento de los Sres. Humberto Jeldres Villalobos y Silvia del Carmen Villalobos Guerrero, subinquilinos y ocupantes que hubiere respecto del inmueble objeto de marras.

Contra este proveído, el Sr. José Hernán Geldres Cid interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio, por cuanto se le confiere a la sentencia un alcance que no ha dispuesto. Solicita se suspenda la orden de desahucio hasta tanto su pedido sea resuelto.

La jueza de grado entiende que la reposición fue deducida extemporáneamente y que en tanto ataca una providencia que es consecuencia de otras que se encuentran firmes y consentidas, el remedio articulado resulta improcedente, al igual que la apelación deducida en subsidio.

Y, agrega, que toda vez que la sentencia que hace lugar a la reivindicación tiene efectos erga omnes, era innecesario realizar cualquier referencia como la indicada, toda vez que se trata de un efecto jurídico propio de la acción real resuelta.

11. La Alzada hace lugar a fs. 550/551 vta. a la queja articulada por el incidentista y concede la apelación subsidiaria del recurso de reposición.

Una vez sustanciado el remedio en cuestión por la Jueza de grado, la Sala II de la Cámara de Apelaciones local resuelve sobre el fondo del planteo a fs. 562/568 vta.

En primer lugar, el Cuerpo sentenciante señala que, en principio, el Sr. José Hernán Geldres Cid carecería de legitimación para alzarse contra la decisión de la instancia anterior, aunque no ya por la temporaneidad o no del remedio intentado, sino por no revestir en los presentes el carácter de parte. Sin perjuicio de lo cual, considera necesario abordar su tratamiento.

Así, expone que por vía de principio está legitimado para recurrir quien ha sido parte si además ha sufrido un agravio en el trámite judicial. Empero, muchas veces la sentencia produce ciertos efectos expansivos hacia los terceros, en cuyo caso se les permite

atacarla.

En el caso de autos, continua, el interés del incidentista se encuentra justificado en la providencia que ataca toda vez que la Jueza ordena el lanzamiento del inmueble de los co-demandados, subinquilinos y ocupantes y, por cuanto la resolución dictada por esta Alzada en el marco del incidente de nulidad (fs. 462/465) determinó que el aquí recurrente no ha sido parte en la litis principal y la sentencia en ella dictada se circunscribe a quienes fueron demandados en la acción reivindicatoria; por lo que no le es oponible, quedando salvaguardado su derecho de defensa, el que puede ser ejercido por las vías pertinentes.

Luego, refiere que al rechazarse el incidente en Primera Instancia, se señala que si es el único incidentista que se atribuye el carácter de poseedor del inmueble, podrá acudir por la vía pertinente contra el reivindicante; y por último, se expresa que el nombrado no ha sido parte en la litis principal, de modo tal que la sentencia no le resulta oponible.

Destaca que el actor –por su parte-, señala las actuaciones a partir de las cuales sostiene que se habría interpuesto la demanda contra todos los que alegaron ocupación por sí del inmueble.

Ahora bien, la Alzada afirma que el Sr. José Hernán Geldres Cid no fue demandado, que la cédula de traslado de demanda dirigida a “quien resulte ocupante” del inmueble objeto de autos tampoco fue recibida por él, y que, aun cuando lo hubiera sido, la demanda no se dirigió contra su persona y, en consecuencia, la sentencia no se dictó en su contra.

Sobre este aspecto, destaca que tanto en los autos de marras como en la causa acumulada obraban evidencias de que el Sr. José Hernán Geldres Cid se encontraba físicamente en el predio. Sin perjuicio de lo cual, la acción reivindicatoria en ningún momento se trabó con el incidentista, y tampoco fue actor en la prescripción adquisitiva.

Y en orden a la posibilidad de ejecutar la sentencia, expresa la Alzada que la cuestión se relaciona con los límites subjetivos de la cosa juzgada como, asimismo, con la imposibilidad de ser invocada por otras personas que no sean los propios demandantes y de ser ejecutada contra otros sujetos que no sean los demandados en el proceso. No obstante lo cual, se admiten excepciones, con sustento, por ejemplo, en el carácter precario y derivado de la ocupación del tercero.

Pero aquí –continua- no solo existía noticia de la presencia del Sr. José Hernán Geldres Cid y, se omitió a su respecto, la expresa citación al proceso con notificación de la demanda, sino que la sentencia solo condenó a los demandados Villalobos Guerrero y Jeldres Villalobos y esa decisión fue confirmada por la Cámara de Apelaciones, no mediando pronunciamiento sobre el derecho del aquí apelante en tanto se limitó a establecer que la sentencia no le era ejecutable.

Por todo lo expuesto, la Alzada considera que la orden de lanzamiento, en el modo dispuesto por la Jueza de grado, debe revocarse.

Empero, afirma que no es posible pasar por alto que el derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste al apelante, igualmente le asiste al actor; con lo cual entiende que debe reformularse la orden de lanzamiento dispuesta.

Para ello, el Cuerpo sentenciante tiene en cuenta que si bien es cierto que el incidentista no fue concretamente demandado, es difícil sostener sin más que no hubiera tenido noticias de ninguna de las dos acciones –acción reivindicatoria o posesión veinteañal-, de modo tal que pudo haber solicitado su intervención en cualquiera de los dos procesos y, en ese marco, también aparece injusto hacer transitar al actor por un nuevo procesos contra aquél.

Lo dicho -concluye-, no obsta a que los afectados por la decisión, recurran a las acciones que estimen pertinentes.

Resuelve entonces la Alzada hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. José Hernán Geldres Cid y disponer que, en la instancia de grado, se lo intime a que en el plazo de cinco (5) días comparezca y acredite el título en el que justifica su ocupación, bajo apercibimiento de hacerle extensiva la sentencia dictada en autos.

12. A fs. 573/584 vta. el Sr. José Hernán Geldres Cid, mediante apoderado, deduce recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia dictada a fs. 562/568 vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala II, de la ciudad de Neuquén.

Manifiesta -el recurrente- que el fallo en crisis viola el principio de inmutabilidad de la sentencia.

A continuación, explica aquel aserto al asegurar que el fallo dictado por la Cámara en el incidente de nulidad, oportunamente deducido por el impugnante junto con otros herederos, precisó el límite personal de lo resuelto en el proceso por reivindicación, esto es, sólo podía concretarse el desalojo contra el Sr. Humberto Jeldres y la Sra. Silvia Villalobos, quienes fueron parte en el proceso.

Resolver de otro modo –dice-, resulta violatorio del derecho de propiedad contemplado en el Art. 17 de la C.N.

En esa senda, sostiene el impugnante, que resulta injusto hacerle extensiva la valoración de la prueba rendida para resistir la pretensión reivindicatoria, realizada por la judicatura interviniente -que seguramente, habría recusado-. Además, denuncia que se configuró una violación del derecho de defensa en juicio y debido proceso legal (Art. 18 de la C.N.) al imponerle la supuesta negligencia probatoria de quienes sí fueron parte en el proceso de reivindicación.

De otro lado, para fundar el recurso de Nulidad Extraordinario, expresa que la Alzada sólo debía decidir si la providencia mediante la cual la jueza de grado dispuso desalojar a "cualquier otro ocupante" resultaba –o no- ajustada a derecho. Y eso es así -expresa-, ya que sus poderes se encuentran limitados por la extensión del remedio impugnativo, estándole vedado ir más allá de lo traído a su revisión.

Desde ese vértice, postula que el fallo en crisis altera una resolución firme que dispuso el alcance personal del juicio de reivindicación, esto es, sólo a las partes que intervinieron, para hacerla extensiva a un tercero que no formó parte de la relación jurídica procesal, vale decir, quien aquí recurre. Todo ello, en clara violación de lo mandado por el Art. 277 del C.P.C. y C.

En suma –concluye-, los sentenciantes han introducido una alternativa extraña a la pretensión recursiva, en clara contraposición con el principio de la cosa juzgada, el derecho de propiedad y defensa en juicio consagrados en la Carta Magna Nacional.

13. Que, como ya se consignó, a través de la Resolución Interlocutoria N°12/16, se declaró admisible el recurso de Nulidad Extraordinario e inadmisible el de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por el incidentista –Hernán Geldres Cid-.

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 a través del carril admitido en esta instancia-, finca en dilucidar si la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones local resulta o no congruente con lo ya dispuesto en este litigio –al expedirse en el incidente de nulidad del proceso, a fs. 562/568 vta.-, acerca del límite subjetivo de la sentencia y, si tal como lo alega el recurrente, introduce una alternativa extraña a su pretensión vulnerando el límite de la impugnación llevada a su conocimiento.

III. En este orden, cabe referir que dicho vicio ha recibido consagración legislativa dentro del andarivel recursivo intentado, en tanto el artículo 18º de la Ley 1.406 declara la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario "cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviere sustento suficiente en las constancias de autos, dictadas respecto de quien no fue parte en el proceso, o resolviere sobre cuestiones ajenas a la litis, o que se hallaren firmes".

Interesa destacar que la incongruencia importa la falta de correspondencia exacta que debe existir entre lo pretendido, resistido y regularmente probado, con lo sentenciado.

Así, puede configurarse por el otorgamiento de una cosa diferente a la pretendida o respecto de persona no demandante o no demandada (extra petita), o por otorgamiento de más de lo pretendido (ultra petita), o por no resolver todo lo pretendido (citra petita), o por incoherencia interna, o por falta de mayoría de quienes juzgan en tribunal colegiado o por falsa mayoría en la suma de sus votos.

De modo que, ante la presencia de alguno de los supuestos mencionados, cabe casar la sentencia impugnada por configurarse el vicio de nulidad contenido en la propia sentencia.

Conforme doctrina reiterada de este Tribunal, en el análisis se debe tener en cuenta como mínimo dos aspectos:

Por un lado, que la nulidad es el último remedio al que debe apelarse entre las múltiples soluciones que brinda el mundo jurídico. Y que, por ello, es pasible de un análisis riguroso a la luz de una interpretación restrictiva. Y por otro, la finalidad misma del recurso extraordinario de nulidad, que consiste en resguardar las formas y solemnidades que constitucionalmente debe observar la judicatura en sus sentencias, de modo tal que ellas no sean deficientes o nulas por poseer algún vicio que así las torne (cfr. BERIZONCE, Roberto O., "Recurso de Nulidad Extraordinario", en la obra Recursos Judiciales, dirigida por Gozaíni, Edit. Ediar, Bs. As. 1991, pág. 193, citado en Ac. Nros. 176/96, 26/00, entre otros, del Registro de la Actuaria).

En primer lugar, es necesario analizar si se evidencia la infracción al principio procesal de congruencia que el quejoso imputa al decisorio.

Tal principio está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional -en tanto exige una correlatividad entre lo pretendido y lo decidido en la sentencia-, cuando ello no se observa, se configura la causal de incongruencia y, consecuentemente, se atenta contra el derecho de defensa en juicio consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional (27, 58, 63 c.c., Constitución del Neuquén).

Por lo que, para determinar si el vicio bajo examen se verifica en la especie, ha de constatarse lo pedido por las partes y lo decidido por el órgano jurisdiccional. En concreto, deberán cotejarse los agravios de la parte apelante, la contestación de la apelada y lo resuelto por la Cámara de Apelaciones, conforme el aforismo tantum apellatum quantum devolutum.

Ello así, en tanto, anular significa dejar nula y sin aplicación una orden, disposición o documento que es inútil por no estar hecho conforme lo disponen las leyes.

IV. Sobre el tema analizado, nuestro código procesal local establece en el artículo 277 –en orden al procedimiento ordinario en segunda instancia-, que "el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de Primera Instancia…".

De modo que la Alzada no realiza un nuevo juicio sino que debe limitar su labor a los agravios vertidos por el apelante, encontrando el límite de su poder en el thema decidendum propuesto por las partes en los escritos de constitución del proceso.

Concretamente, en el caso bajo estudio, el agraviado plantea que la Cámara de Apelaciones debía decidir si la providencia por la cual la jueza de grado dispuso desalojar a "cualquier ocupante del inmueble" resulta o no ajustada a derecho y, a su vez, si se ciñe o no al límite personal que le atribuyó a la sentencia de Primera Instancia en su resolución de fs. 462/465 vta.

Tal planteo es sustentado por el quejoso en los efectos que provoca aquí la incongruencia alegada, al extender la condena a un tercero que no formó parte de la relación jurídica procesal –dice- por falta de emplazamiento oportuno y efectivo.

Veamos. La decisión de fs. 462/465 vta. mencionada por el apelante, fue dictada a partir de un planteo de nulidad por él iniciado junto a otras personas ajenas al proceso de autos una vez dictada sentencia, en virtud de la –según sostienen- incorrecta integración de la litis devenida de las defectuosas diligencias practicadas tendientes a identificar a los ocupantes del inmueble objeto de litigio.

Allí, luego de analizar las constancias del expediente, la Alzada concluyó que en tanto el fallo fue pronunciado respecto de las partes del proceso, el quejoso carecía de interés para solicitar la nulidad –es decir, que no se encontraba legitimado a tales efectos-.

Ello así, por cuanto "el incidentista no ha sido parte en la litis principal, y la sentencia en ella dictada se circunscribe a quienes fueron demandados en la acción reivindicatoria –sin involucrar a cualquier otro ocupante-, por lo que no le es oponible, quedando salvaguardado su derecho de defensa, el que puede ser ejercido, tal como lo señala la magistrada de grado, por las vías pertinentes" (cfr. fs. 464 vta.).

Ahora bien, a continuación la Jueza de grado y ante el pedido formulado por el actor a fs. 348/349, dispone que en tanto la sentencia dictada fue confirmada por el Tribunal de Alzada y ha transcurrido el plazo de la condena allí dispuesta sin que operara la restitución del inmueble, corresponde decretar el lanzamiento de los Sres. Humberto Jeldres Villalobos y Silvia del Carmen Villalobos Guerrero, subinquilinos y ocupantes que hubiere respecto del inmueble objeto de autos.

De modo que es a partir de los términos de la resolución de grado –y el rechazo de su revocatoria-, que el incidentista deduce recurso de apelación, el cual es acogido por la Cámara de Apelaciones que dispone que en el término de cinco días comparezca y acredite el título en el que justifica su ocupación, bajo apercibimiento de hacerle extensiva la sentencia aquí dictada.

De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, considero imprescindible analizar los términos en que fue deducida la demanda de autos así como las providencias de trámite dictadas a su respecto y las diligencias practicadas a los demandados, a fin de dilucidar si la Alzada ha incurrido en el vicio atribuido por el recurrente.

En tal cometido, de las constancias de esta causa se constata que el actor dedujo acción reivindicatoria contra quien resulte ocupante del inmueble y solicitó que se practique diligencia preliminar a efectos de establecer la identidad y domicilio de las personas asentadas en el lugar y se las intime a manifestar el título en virtud del cual lo ocupan (cfr. fs. 7/9).

Así es que del mandamiento practicado a fs. 21, surge que se halla en el lugar una persona de apellido Geldres quien manifiesta ser hermano del dueño del lugar, de nombre Humberto Jeldres. Y este último se presenta en autos a fs. 37 declarando ser ocupante del bien en su calidad de heredero del Sr. José Hernán Geldres Cid y que idéntico carácter posee su madre Silvia del Carmen Villalobos Guerrero.

Como consecuencia de tales diligencias, a fs. 75 el accionante solicita se disponga el traslado de la acción a los Sres. Humberto Jeldres Villalobos, a la Sra. Silvia del Carmen Villalobos Guerrero y a todo aquél que resulte ocupante de la porción del predio objeto de autos.

A fs. 81 la Jueza de grado dicta la primera providencia del juicio ordinario y ordena conferir traslado de la demanda a Silvia del Carmen Villalobos Guerrero y Humberto Segundo Jeldres Villalobos, solicitándole al actor que aclare la finalidad de dirigir su acción contra "cualquier otro ocupante", siendo que de la diligencia preliminar practicada los demandados reconocieron ser los poseedores del bien.

Como consecuencia de tal requerimiento, el demandante manifestó a fs. 104 que reitera su pedido de extensión de la acción a todo otro ocupante del inmueble, fundándolo en la eventualidad de que en el transcurso del proceso se incorporen al bien otros ocupantes que tornen estéril los alcances de la sentencia a dictarse. Esta petición es reiterada por el actor a fs. 159 y 162.

A fs. 163 se amplía el proveído de traslado de la demanda dictado a fs. 81, a todo aquél que resulte ocupante del inmueble objeto del presente.

A fs. 164/vta. y 165/vta., obran las cédulas de notificación de traslado de la acción en los términos de fs. 81 y 163, recepcionadas por los codemandados Humberto Jeldres Villalobos y Silvia del Carmen Villalobos Guerrero -en los domicilios reales por ellos denunciados a fs. 37 y 69, respectivamente, los cuales difieren del lugar del bien objeto de estos actuados-, quienes contestan a fs. 168/172 vta. solicitando el rechazo de la demanda y manifiestan que en la actualidad reside en el inmueble el Sr. José Hernán Geldres Cid (hijo).

Por otra parte, a fs. 179/180 luce cédula de traslado de la acción dirigida contra “quien resulte ocupante” del lote, la cual es recepcionada en el lugar del domicilio del bien que se pretende reivindicar por el Sr. José Ríos, quien se presenta como el encargado del lugar.

Así las cosas, transcurre el proceso sin que se presente en esta causa otras personas que no sean los codemandados Humberto Jeldres Villalobos y Silvia del Carmen Villalobos Guerrero.

Y una vez producida la prueba ofrecida por las partes, se dicta la sentencia de grado (cfr. fs. 281/290) haciendo lugar a la pretensión del actor –luego de desechar la demanda de posesión veinteañal solicitada por los aquí demandados-.

Y si bien la Jueza de grado hace referencia en el acápite del fallo referido a la prescripción adquisitiva (cfr. fs. 285 y 286) a que el lugar está habitado por Hernán Geldres -de acuerdo a lo que surge de la prueba pericial y de las declaraciones testimoniales que son contestes en señalarlo como el ocupante del bien-, resuelve condenar a la restitución del lote a los Sres. Humberto Geldres Villalobos y Silvia del Carmen Villalobos Guerrero sin el agregado “y/o cualquier otro ocupante” expresamente peticionado en la demanda por el actor.

Por lo cual, cabe afirmar que la magistrada de Primera Instancia omitió extender los alcances de la condena a “y/o cualquier otro ocupante”, al redactar la parte resolutiva de la sentencia.

Ahora bien, de acuerdo al análisis de las constancias de la causa, se puede aseverar que el dictado de la sentencia de grado se realizó teniendo especial consideración de los términos en que fue trabada la litis, la prueba producida a su respecto y los términos de la demanda por prescripción adquisitiva entablada por los aquí demandados, dejando entrever –a primera vista- que se trató exclusivamente, aunque no por ello menor –si se está a los planteos que luego se suscitaron-, de una omisión material.

Ello así, desde que tal como se ha venido analizando hasta aquí, la acción fue expresamente dirigida por el actor tanto a las personas que resultaron identificadas como resultado de la diligencia preliminar como a cualquier otro ocupante del predio “ante la eventualidad de que, en el transcurso del proceso, se incorporen al bien otros ocupantes, tornando estéril los alcances de la sentencia dictada” (cfr. fs. 104 y 159). Y de hecho, la providencia de traslado de demanda incluyó a este grupo indeterminado de personas (cfr. fs. 81 y 163).

Del mismo modo, surge de las constancias de autos que el aquí recurrente fue anoticiado expresamente de este proceso, al ser dirigida al domicilio del inmueble que –afirma y expresamente reconocen los demandados a fs. 168/172vta.- habita y es objeto de autos, la cédula de notificación de traslado de la demanda que fue recepcionada por quien dijo ser el encargado del lugar, Sr. José Ríos (cfr. fs. 179/180).

Asimismo, de la sentencia de primera instancia, surge que la magistrada efectuó un análisis integral del desarrollo de los procesos acumulados e hizo expresa mención a la ocupación del inmueble objeto de autos por parte del Sr. José Hernán Geldres Cid, de acuerdo a la prueba producida y al reconocimiento efectuado por los demandados en su contestación de demanda.

Prueba de ello, lo constituye el auto de fs. 475/476 donde la Jueza de grado dispone -una vez firme la sentencia y vencido el plazo establecido para la devolución del bien al actor-, que habrá de procederse al lanzamiento tanto de los demandados identificados como de toda otra persona que se encuentre ocupando el predio.

Del mismo modo, la magistrada se expresa en el proveído de fs. 518/519, reseñando que en tanto la sentencia dictada en estos actuados hace lugar a la reivindicación y los efectos que produce tienen carácter erga omnes, deviene innecesario realizar cualquier tipo de referencia a los eventuales ocupantes del inmueble debido a que aquél es un efecto jurídico propio de la acción real resuelta.

Y es a partir de este cuadro de situación que la Alzada ingresa en el conocimiento del planteo del agraviado en torno a la inoponibilidad de la orden de lanzamiento a su respecto, toda vez fue dictada en un trámite judicial donde no tuvo intervención ni pudo hacer valer sus defensas.

Sobre el particular, cabe referir que la cuestión analizada guarda estrecha vinculación con los efectos jurídicos de la sentencia.

Veamos. La sentencia constituye el fin del proceso judicial y a través de su dictado los jueces resuelven litigios otorgando certeza a las relaciones jurídicas que han sido objeto de discusión.

Este último rasgo es el que pone término a la transitoriedad del proceso, ya que en algún momento ha de concluirse la discusión e impedir que renazca en lo sucesivo: el efecto de la cosa juzgada.

Ello implica que no pueda discutirse nuevamente acerca de un mismo hecho y de la misma imputación jurídica que el actor hizo, entre las mismas personas que ya intervinieron en un proceso terminado por sentencia. Asimismo, que la parte que ha logrado la declaración judicial de su derecho pueda ejercerlo, sin que sea lícito a juez alguno el rehusarse a aceptarlo en tanto no le está permitido el desconocer esa decisión.

Y particularmente en lo que aquí nos convoca, interesa determinar cuáles son los límites subjetivos de la cosa juzgada, es decir,

quienes son las personas que no pueden discutir nuevamente lo sentenciado luego de generado este efecto.

Como principio general, alcanza a todas las partes intervinientes en el proceso –y respecto de las cuales fue dictada la sentencia-, en tanto no aprovecha ni perjudica a terceros ajenos a ella.

Sin embargo, hay supuestos en los que las relaciones jurídicas trascienden la esfera de los propios litigantes –efecto reflejo-, extendiendo los efectos de la cosa juzgada a ciertos terceros.

Tal es el caso de las sentencias de carácter constitutivo que se dictan respecto de una nueva situación jurídica dominial, donde se producen efectos erga omnes en razón de que el nuevo derecho instituido es de naturaleza real.

En los autos de marras, al discutirse el dominio de un inmueble, se configura uno de los supuestos de excepción donde la cosa juzgada produce efectos más allá de las partes intervinientes en el proceso de reivindicación.

Y sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, el quejoso no ha podido refutar a lo largo de su embate el hecho de que le podrían asistir otras acciones a las cuales recurrir a efectos de satisfacer el derecho que afirma, tal como ha sido señalado por los magistrados de las instancias anteriores (cfr. fs. 568, fs. 464vta., 436); de modo que no logra acreditar de qué manera se ha visto afectado su derecho de defensa.

Por otro lado, de las constancias de la causa surge que se ha observado a lo largo del proceso la correcta integración de la litis.

Tal es así, que en la instancia de grado (cfr. fs. 434/436 vta.), al examinar el pedido de participación en la causa formulado por los herederos de José Hernán Geldres Cid (padre), la magistrada hizo especial referencia a que de las constancias incorporadas al proceso surge que una persona identificada como Hernán Geldres manifestó ser hermano de la persona que ocupa el predio (acta notarial de fs. 5) y se encuentra debidamente integrada la litis, “pudiendo acudir por la vía pertinente contra el reivindicante”.

En resumen, de acuerdo a las constancias de la causa, entiendo que, la Cámara sentenciante no incurre en la causal denunciada por el quejoso en punto a la extralimitación del análisis llevado a su conocimiento establecido por el artículo 277 del C.P.C. y C., esto es: determinar si la providencia mediante la cual la jueza de grado dispuso desalojar a “cualquier ocupante del inmueble”, resulta o no ajustada a derecho.

Tal como se apuntó más arriba, el artículo 18º de la Ley 1.406 declara la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario "cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviere sustento suficiente en las constancias de autos, dictadas respecto de quien no fue parte en el proceso, o resolviere sobre cuestiones ajenas a la litis, o que se hallaren firmes".

Así, se refiere a la falta de correspondencia exacta que debe existir entre lo pretendido, resistido y regularmente probado, con lo sentenciado.

En el caso analizado, la Cámara de Apelaciones local ha efectuado un completo repaso de las actuaciones desarrolladas en cada una de las instancias procesales y arribado a la conclusión de que, a tenor de las particularidades del sublite, corresponde reformular la orden de lanzamiento.

Y a tal fin, argumentó sobre los efectos de las sentencias dictadas en este tipo de procesos –donde la modificación de las personas que lo ocupan en el transcurso del proceso, podría tornar de cumplimiento imposible la sentencia-, a la luz de las constancias de la causa y de acuerdo a la garantía de la tutela judicial efectiva que también asiste al actor.

Como corolario de lo expuesto, entiendo que no se configura aquí un vicio grave que amerite disponer la sanción extrema de nulidad en razón de no tratarse de una cuestión decisiva y gravitante, susceptible de influir en la decisión integral del litigio.

Ello así, por cuanto la solución adoptada por la Alzada salvaguarda el derecho de defensa del recurrente, sin perjuicio del bien jurídico tutelado en este tipo de procesos y el supuesto de excepción que representa en orden a los efectos de la cosa juzgada -otorgándole un plazo para que acredite su calidad frente al inmueble de autos-, y, a su vez, no afecta el derecho que le asiste al actor ganancioso que pretende su restitución porque no le impone la obligación de tener que tramitar un nuevo proceso contra aquél, en pos de un ritualismo inútil-. Es que, no podría imponerse otra solución; caso contrario, se vulnerarían principios básicos del sistema judicial pues la judicatura debe dictar sentencias que sean eficaces (en el sentido que puedan ser cumplidas) y que realicen el valor justicia.

V. Y dentro del particular marco de los presentes actuados, no puede soslayarse la conducta procesal del recurrente la cual, de la lectura de la causa, se observa, a todas luces, ambigua.

En efecto, del acta de notificación obrante a fs. 5 vta. surge que el aquí quejoso manifiesta que su hermano es quien ocupa el inmueble. Versión que se corrobora con el mandamiento de constatación de fs. 20 y vta., lo relatado por los actores –Silvia del Carmen Villalobos Guerrero y Humberto Segundo Jeldres Villalobos- en la demanda de usucapión y con la contestación de demanda vertida por idénticos litigantes en los presentes actuados.

No obstante ello, transcurrido el proceso y mediando la confirmación por la Alzada de la sentencia reivindicatoria dictada en autos –exactamente con posterioridad a su notificación a las partes intervinientes- el aquí presentante –José Hernán Geldres Cid-,

conjuntamente con el resto de los herederos de su padre fallecido (ocupante originario) promueven incidente de nulidad, solicitando su debida participación en autos en virtud de considerarse con derechos sobre el bien por su calidad de herederos. Agregan, asimismo, que recién tomaron conocimiento de la existencia de los expedientes dos días antes de dicho escrito y que ello los priva de su derecho de defensa. Cuestión, esta última, que no se condice con lo manifestado por el recurrente en la mentada acta notarial -al afirmar categóricamente que quien ocupaba el predio era su hermano- ni con la notificación practicada en el domicilio del bien (cfr. fs. 179/180), resultando poco factible –por lo menos en su persona- la supuesta falta de anoticiamiento que alega.

Ahora bien, más allá de que en aquella presentación requería a la judicatura su participación en el sub-lite, a poco que la Cámara de Apelaciones le concede un plazo de cinco días para comparecer y acreditar el título que justifica su ocupación, otra vez muta su posicionamiento frente a la controversia suscitada y cuestiona el pronunciamiento de la Alzada por incongruente en virtud de extender el límite subjetivo de lo fallado a quien no fue parte. Ello en franca contradicción -una vez más- a lo previamente solicitado de que se le otorgue la debida participación y se le permita ejercer su derecho de defensa por su condición de ocupante del bien y heredero del poseedor originario.

Como se puede advertir, a esta altura del proceso –con casi once años de tramitación-, la posición del recurrente se manifiesta como la intención de hacer valer un supuesto derecho empero desconociendo su anterior conducta. Y con ello, entorpece y dilata el cumplimiento efectivo de la sentencia.

Al respecto, se ha dicho:

“Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos observando tal pauta es la exigencia de un comportamiento coherente. Este imperativo de conducta significa que cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su proceder una confianza fundada en su actuación futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza despertada […]” (Cfr. Jorge W. PEYRANO, Sergio J. BARBERIO y Marcela M. GARCÍA SOLÁ, Principios Procesales, T. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2011, pág. 205).

Los litigantes, sus abogados y los terceros llamados a la causa tienen que cooperar para que en el proceso se logren los fines a que estaba destinado. Es decir, que se ponga fin al conflicto de la manera más justa y rápida posible.

Las conductas que ellos desplieguen no pueden quedar al margen de las exigencias éticas y de la moralidad en el debate, pues el proceso constituye el ámbito propio en el que corresponde dilucidar el alto bien social de la Justicia.

En el caso, la conducta procesal demostrada en el trámite aparece incompatible con los requerimientos antes señalados (probidad, lealtad y buena fe procesal) que exige el régimen jurídico. Y además, pone en evidencia un empleo arbitrario del proceso, al utilizarse las facultades que la ley otorga en contraposición a los fines de la jurisdicción, con la consiguiente dilatación del cumplimiento de las obligaciones cuya existencia reconoce la sentencia.

“El principio de moralidad marca las directivas o líneas matrices del proceso e impone el deber de ser veraces y proceder de buena fe para hacer posible el descubrimiento de la verdad” (Cfr. aut. y ob. Citada, pág. 204).

En tales condiciones y por cuanto ha sido expresado a lo largo del presente, no encuentro configurado ni comprobado en el sub judice, el vicio que fuera materia de agravios expuesto por el recurrente, respecto de la sentencia dictada por la Alzada.

Que conforme a lo expuesto, propongo al Acuerdo se declare la improcedencia del recurso de Nulidad Extraordinario deducido a fs. 573/584vta. por el Sr. José Hernán Geldres Cid.

VI. Con relación a la tercera cuestión planteada, las costas de esta etapa, propicio se impongan al recurrente perdidoso (Arts. 68 del C.P.C.y C., 12° y 21° de la Ley 1.406).

En virtud de todas las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: 1) Declarar IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario impetrado por el quejoso –Sr. José Hernán Geldres Cid- a fs. 573/584 vta. y confirmar la resolución de fs. 562/568 vta. 2) Imponer las costas al recurrente perdidoso. MI VOTO.

El señor vocal doctor EVALDO D. MOYA, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Ricardo T. Kohon y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por el Sr. José Hernán Geldres Cid a fs. 573/584 vta., en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente pronunciamiento, confirmándose, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones local –Sala II-, obrante a fs. 562/568 vta. 2°) Imponer las costas de esta etapa al recurrente perdidoso (Arts. 68 del C.P.C. y C., 12° y 21° de la Ley Casatoria) y diferir la regulación de los honorarios correspondientes para su oportunidad. 3°) Disponer la pérdida del depósito cuya constancia obra a fs. 572, de conformidad a lo establecido por el Art. 10° de la Ley 1.406, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971. 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. EVALDO D. MOYA
DRA. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - SUBSECRETARIA

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

**"ACUÑA ROSA LIDIA C/ LA CAJA DE SEGUROS ART S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 7629/2013) – Acuerdo: 13/17 – Fecha: 26/05/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. REPRESENTANCION PROCESAL. MANDATO. ACREDITACION DE LA PERSONERIA. INTIMACION A ACREDITAR PERSONERIA. DEBERES Y FACULTADES DEL JUEZ. SANEAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO.

1.- […] en los casos de falta de justificación de la personería corresponde intimar a la presentación de los documentos pertinentes.

2.- El recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la resolución que tuvo por incontestada la demanda al declarar la nulidad de la presentación del letrado por la circunstancia de no haber acreditado la personalidad con el instrumento pertinente ni ratificado la gestión en el término previsto por el Art. 9 de la Ley Nro. 921, debe ser declarado procedente, ya que conforme surge de la actuaciones rendidas, el letrado en su presentación –nulificada- ratifica la gestión de la letrada que había contestado la demanda, y acompaña copia del poder general para juicios a fin de acreditar la representación que invoca, si bien luego se observó que el referido instrumento acredita la representación de una empresa distinta a la aquí demandada. En efecto, una vez advertida la real situación, hubiera correspondido la intimación al letrado para que acredite la representación invocada (Art. 29° de la Ley 921). Tal solución se presenta como la más razonable frente a la acreditación de un poder que data de fecha incluso anterior a la consiguiente ratificación (cfr. Art. 28 de la Constitución Nacional). Por otra parte, es la más respetuosa del principio rector que orienta 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), que se vería comprometida con la declaración de la nulidad de la primigenia gestión que, vale destacar, se había tenido por ratificada.

**Texto completo:**

ACUERDO NRO. 13: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiséis (26) días de mayo de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada –de conformidad con el Art. 4 del Reglamento de División en Salas- por los Sres. vocales doctores RICARDO T. KOHON y EVALDO D. MOYA, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ACUÑA, ROSA LIDIA C/ LA CAJA DE SEGUROS ART S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expte. Nro.

7629 - año 2013) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES:

I. A fs. 126/147 la empresa demandada mediante apoderado, deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley contra la resolución dictada a fs. 114/120 por la Cámara del Fuero con sede en la ciudad de Zapala -Sala I-, en cuanto confirma el decisorio de la instancia de grado que declaró la nulidad de la presentación de fs. 29/43 y tuvo por incontestada la demanda objeto de autos.

Corrido el pertinente traslado, la actora guarda silencio. Mediante Resolución Interlocutoria Nro. 372/15, se declara admisible el recurso deducido.

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

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? b) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas. VOTACIÓN: A las cuestiones planteadas el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I. Que a los fines de lograr una mejor comprensión de la materia traída a conocimiento de este Cuerpo, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de este recurso.

1. Que la actora promueve acción por el accidente de trabajo sufrido durante el desarrollo de su actividad laboral en la Municipalidad de Butal Ranquil (fs. 15/23).

2. Que, a fs. 32/43 se presenta la doctora IVANNA NEGRETE, invoca gestión procesal a favor de LA CAJA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO ART S.A y contesta demanda.

A fs. 44 se la tiene por presentada en el carácter de gestora procesal en los términos del Art. 9 de la Ley Nro. 921.

Mientras que, a fs. 48/53 se presenta el doctor RODOLFO PAULO FORMARO, con el patrocinio del doctor FACUNDO ANÍBAL MARTÍN, acompaña copia de poder general para juicios, informa que es apoderado de la demandada y ratifica la gestión procesal invocada.

Que a fs. 54 se agrega el poder acompañado y se corre traslado a la actora.

Asimismo, se tiene por ratificada la gestión procesal de la abogada antes mencionada.

Que a fs. 63 y vta. la accionante contesta el traslado conferido y se opone a la acreditación de personería y ratificación de gestión con el instrumento acompañado. Señala que el poder adjuntado pertenece a la compañía MINERA ANDACOLLO GOLD, persona ésta distinta a la aquí demandada. Peticiona que se declare la nulidad de lo actuado ante el vencimiento del plazo que al efecto confiere el Art. 9 de la Ley Nro. 921 como también, que se tenga por incontestada la demanda.

3. Que la señora Jueza A-quo dicta resolución, a 67/68, declara la nulidad de la presentación de fs. 29/43, tiene por incontestada la demanda e impone las costas a la abogada interviniente.

Fundamenta que la falta de presentación del instrumento que acredite el poder invocado dentro del plazo perentorio establecido por el Art. 9 de la Ley Nro. 921 acarrea la nulidad allí prevista sin que su presentación extemporánea equivalga a ratificación de mandato ni pueda convalidar lo actuado hasta ese momento.

Concluye entonces que, ante la falta de ratificación, en tiempo y forma, de la gestión procesal invocada, corresponde declarar la nulidad de la presentación de fs. 29/43, con costas a la abogada Daniela Ivanna Negrete.

4. Que este fallo es apelado por la demandada, quien expresa agravios a fs. 79/83 y, además, acompaña copia del poder general conferido por la aquí demandada. También recurre por derecho propio la doctora Negrete.

A fs. 86/90 vta., contesta agravios la actora.

5. Que la Cámara de Apelaciones, a fs. 114/120, confirma la resolución de Primera Instancia.

Para así resolver considera que, admitida en origen la gestión procesal en los términos del Art. 9 de la Ley Nro. 921, la parte debió acreditar la personería invocada o ratificar dicha gestión en el término previsto por la norma citada.

Juzga que, en el caso, no se adjuntó el instrumento pertinente que demuestre la personalidad invocada ni se ratificó la gestión. Apunta que el primigenio instrumento no acreditaba la personalidad alegada en autos. Considera que no es excusable dicho error y no encuentra vulnerado el derecho de defensa en juicio pues –dice- la parte tuvo la oportunidad de invocar gestión procesal al contestar demanda y que era su obligación ratificar dicho encargo o justificar personería con el instrumento pertinente.

Resalta que la sanción prevista en el Art. 9 de la Ley Nro. 921 es de pleno derecho y que no resulta necesaria la previa intimación. Expone que dicha nulidad es automática y opera por el solo transcurso del tiempo sin que sea necesario sustanciar cualquier planteo.

Concluye que al no haberse acreditado la personalidad con el instrumento pertinente ni ratificado la gestión en el término previsto por la citada norma del Código adjetivo, corresponde confirmar la resolución atacada.

6. Como ya se consignó, este Tribunal decidió la apertura de la instancia casatoria a través del recurso por Inaplicabilidad de Ley,

con fundamento en las causales previstas en los incs. a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406.

A través de la causal contenida en el inciso a), la quejosa sostiene que la decisión cuestionada yerra al aplicar el Art. 9° de la Ley Nro. 921 a una plataforma fáctica diferente de la tenida en mira por el Legislador al sancionarla.

Es que a su entender, en autos se ratificó oportunamente la gestión de la doctora Negrete y se adjuntó el instrumento respectivo –luego de que se acompañara, por error, el poder otorgado por otra persona-. Señala que se pudo constatar que la calidad de apoderado del doctor Formaro data, incluso, de una fecha anterior a la presentación de la doctora Negrete.

Además –agrega-, el citado profesional no invocó la figura del gestor procesal sino la de apoderado de la demandada.

En orden a la causal del inciso b) del Art. 15° de la Ley Casatoria, expone que aun de considerarse aplicable al caso en análisis el Art. 9° de la Ley Nro. 921, la interpretación que de él se efectúa contraría claramente el fin tenido en vista por el legislador al momento de su sanción. Sobre este aspecto, la quejosa considera que la norma en cuestión fue prevista para el supuesto de presentarse en el proceso personas extrañas a las partes con el objeto de ejecutar actos por cuenta de quien no representan.

Y es en tal sentido, que la resolución en crisis contraría lo dispuesto por este Alto Cuerpo en casos análogos. Cita la causa "Provincia de Neuquén c/ Massa" y expone que no corresponde declarar sin más la nulidad de las actuaciones llevada a cabo por el letrado que no acreditó su condición de apoderado, sin que se le otorgue la posibilidad de salvar el error.

Por otro lado, la recurrente sostiene que lo decidido vulnera lo dispuesto por el Art. 1869 y ss. del Código de Vélez, al confundir los conceptos de representación, mandato y poder.

De modo que pretende que se considere que el letrado actuó frente a su poderdante con las facultades propias de su estado, aun cuando de cara a los demás intervinientes del proceso omitió la acreditación en tiempo y forma.

Además, la agraviada refiere que aferrarse al Art. 9 de la Ley Nro. 921 importa un rigorismo excesivamente formal que no se compadece con una adecuada administración de justicia.

Más adelante invoca el precedente "Colalillo" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tanto deja sentado que el proceso [civil] no puede ser conducido en términos estrictamente formales.

Pese a lo cual –expresa la quejosa-, en la decisión cuestionada se consideró a la falta de acreditación de la personería invocada un error no excusable sin brindar explicación alguna al respecto, a la par que se afirmó la inexistencia de vulneración al derecho de defensa.

Y ello, señala:

"en cuanto la demandada habría tenido la oportunidad de ratificar oportunamente la gestión la cual ya se había ratificado, habiéndose presentado el Dr. Formaro en la calidad de apoderado, sin que existieran gestiones pendientes de ratificación" (cfr. fs. 146vta.).

Concluye que la resolución de Alzada debe revocarse ya sea porque no corresponde la aplicación de la norma impugnada al caso, o bien, debido a que su aplicación implica una vulneración de la garantía constitucional de defensa en juicio.

7. A fs. 161 la demandada informa que "LA CAJA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SOCIEDAD ANÓNIMA" cambió su denominación social a "EXPERTA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SOCIEDAD ANÓNIMA". Expresa que dicha modificación fue aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación, publicada en el Boletín Oficial e inscripta la modificación del Estatuto Social en el Registro Público de Comercio. Adjunta en copia constancias que acreditan sus dichos.

Agrega que, "Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo Sociedad Anónima" resulta continuadora de "La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo Sociedad Anónima", por lo que solicita se tenga presente el cambio de denominación operado.

Ante lo informado, y la documentación acompañada por la demandada corresponde, por Secretaría, recaratular estas actuaciones.

8. A fs. 169/171 vta. dictamina el señor Fiscal General quien considera que si bien pudieron existir errores procedimentales en detrimento del derecho de defensa de la demandada, el recurso por Inaplicabilidad de Ley no constituye el remedio indicado para subsanarlos puesto que, tal como ha sido planteado, no resulta procedente por ninguna de las causales invocadas.

Explica que, contrariamente a lo que aduce la recurrente, la ratificación de gestión y la acreditación de personería no son dos actos distintos que puedan proveerse de manera independiente, toda vez que para que opere la ratificación de la gestión, indefectiblemente debía acreditarse, en tiempo oportuno, la personería invocada por quien comparece en carácter de apoderado de la parte legitimada.

Propicia que se declare improcedente el recurso extraordinario local interpuesto.

II. Que abierta la vía casatoria, en virtud del recurso de la demandada, a través del carril por Inaplicabilidad de Ley, por las causales previstas en los incs. a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406, corresponde analizar la aplicación que, al caso, efectuó la Cámara de Apelaciones del Art. 9° de la Ley Nro. 921.

1. Este Tribunal Superior, en oportunidad de examinar las normas adjetivas referidas al instituto de la gestión procesal precisó que

esta figura es de excepción y atiende a la necesidad de evitar que una parte:"[…] caiga en la indefensión cuando obstáculos momentáneamente insalvables impidan la exhibición en tiempo propio de un mandato expedido […]" (S.C.J.B.A., 31-3-78, citado por LEDESMA Ángela Ester, "Representación Procesal", Revista de Derecho Privado Y Comunitario, Editorial Rubizal- Culzoni, Santa Fe, l994, Pág. 325).

Asimismo, que debe ser invocada en el caso concreto y dentro de los límites que impone la norma de rito.

De allí que, no cabe inferirla de la sola presentación y su ejercicio requiere como presupuesto la existencia de una situación urgente determinada por circunstancias concretas que imposibiliten la actuación de la parte por sí o por apoderado (cfr. Acuerdo Nro. 4/2011, "PUCHETA ADRIANA R. C/ CAJA DE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ COBRO SEGURO POR INCAPACIDAD" del Registro de la Secretaría Civil).

2. Sentado lo expuesto cabe adelantar que el encuadre que se propondrá exige algunas consideraciones previas sobre los conceptos de representación, mandato y poder.

La representación es aquella situación por la cual una persona, debidamente autorizada, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, a quien se le adjudicarán o imputarán los efectos jurídicos de tal actuación.

Desde otra perspectiva, y en similares palabras, se trata de la actuación en un acto jurídico a través de otra persona.

Este Tribunal ha señalado en un asunto similar que la representación es:

"[…] aquella institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada o investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, recayendo sobre ésta los efectos normales consiguientes" (cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, Mandato, Edit. Rubinzal–Culzoni, 1996, Santa Fe, Pág. 70, citado en autos "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ MASA JORGE ALBERTO S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23.551" (Acuerdo Nro. 29/07, del Registro de la Actuaria).

Además, que ella reconoce dos causas fuentes: la ley y la voluntad. Nacen, así, la representación legal –por ejemplo, para los menores de edad-, y la representación convencional.

Esta última puede emerger, entre otros, del mandato. Y como el efecto del mandato es res inter alios acta, la representación que de él puede surgir, requiere de una manifestación hacia los terceros. Éstos deben conocer con quién en definitiva, se están vinculando.

Allí surge el apoderamiento, como medio a través del cual se pone en conocimiento de los terceros interesados la existencia de la relación entre el mandante y el mandatario, y por tanto, del encargo que se le confiere.

Constituye la justificación de la representación e intervención por un tercero –mandatario/apoderado-. De esa forma se legitima su actuación.

En nuestra ley ritual, la representación se encuentra reglamentada en el Título II - Capítulo II, Ley Nro. 912, en sus Arts. 46 a 55.

3. Ahora bien, en los presentes, la doctora Negrete se presenta a contestar demanda invocando el carácter de gestora procesal, lo que se le proveyó favorablemente.

Con posterioridad, el doctor Formaro, en calidad de apoderado, ratifica la mentada gestión, aunque adjunta un instrumento con el cual no acredita la representación que invoca sino una distinta.

Señalado tal yerro por su contraria la A-quo aplica el apercibimiento dispuesto por el Art. 9 de la Ley Nro. 921, declara la nulidad de lo actuado y tiene por no presentado el escrito de contestación de demanda.

Sin embargo, ante las particularidades fácticas descriptas, creemos ajustado evaluar la presentación del doctor Formaro a la luz de las normas relativas a la falta de justificación de la personería y no a través de la figura del gestor procesal.

Repárese que la abogada y el citado profesional letrado instaron en momentos diferentes el trámite e invocaron calidades distintas que si bien se encontraban relacionadas no resultan inescindibles. Y es la última calidad invocada –apoderado de la accionada- la que fue puesta en cuestión por la actora.

La tesis contraria pierde de vista la finalidad de sendos actos y su regulación adjetiva.

En los presentes se constata -con el instrumento obrante a fs. 72/78 vta.- que el letrado era apoderado de la demandada al momento de ejercer su derecho. Pero no lo acreditó en esa oportunidad.

Desde allí entonces, la situación debe subsumirse 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 este análisis es insoslayable 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, en cuanto prescriben:

"La persona que se presente en juicio por un derecho que no sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste" (Art. 46 C.P.C.y C.).

"Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder" (Art. 47 C.P.C.y C.).

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, se exige a los letrados la presentación de los poderes que justifican la intervención en representación de sus mandantes, 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 Nro. 921, simple carta poder o poder apud-acta).

Frente al incumplimiento de dicho deber puede 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 a la Judicatura disponer que se subsanen las deficiencias, irregularidades o ausencia de poder.

4. En definitiva, contrariamente a lo sostenido por la Judicatura anterior, la situación en juzgamiento cae en la órbita de los Arts. 46 y 47 del Código Procesal Civil y Comercial.

Por ello, en el caso, una vez advertida la real situación, hubiera correspondido la intimación al letrado para que acredite la representación invocada (Art. 29° de la Ley 921).

Tal solución se presenta como la más razonable frente a la acreditación de un poder que data de fecha incluso anterior a la consiguiente ratificación (cfr. Art. 28 de la Constitución Nacional).

Por otra parte, es la más respetuosa del principio rector que orienta 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), que se vería comprometida con la declaración de la nulidad de la primigenia gestión que, vale destacar, se había tenido por ratificada (fs. 54).

Entonces, en los casos de falta de justificación de la personería corresponde intimar a la presentación de los documentos pertinentes.

Reiterando conceptos ya vertidos, se destaca que si bien -en principio- cuestiones como la planteada no constituyen materia de este recurso y quedan reservadas a la ponderación que efectúen en su labor propia los jueces de la causa, debe hacerse excepción a tal regla, cuando se demuestre –tal el caso- que la decisión vulnera el derecho de defensa del litigante (Acuerdo Nro. 29/2007, ya citado).

5. En síntesis, conforme las constancias de autos, la situación se subsume en los Arts. 6° de la Ley 921 y 47 del C.P.C. y C. -por aplicación supletoria, conforme el Art. 54° del ritual laboral-.

Dentro de los parámetros fijados por los preceptos examinados, cabe concluir que el recurrente ostentaba el carácter de apoderado de la accionada al momento de ratificar –en tiempo oportuno- la contestación de demanda gestionada por la doctora Ivanna Negrete a fs. 32/43, tal como se desprende del mencionado instrumento que luce a fs. 72/78 vta.

Partiendo de las reflexiones precedentes se advierte que la utilización de la sanción legal (nulidad) en el decisorio bajo análisis configura la violación legal que se imputa a la sentencia en crisis. Por lo que corresponde casar el decisorio recurrido, sobre la base de las causales previstas por el Art. 15°, incisos a) y b), de la Ley 1.406.

Seguidamente, y siendo los elementos colectados suficientes para el dictado de un nuevo pronunciamiento en los términos previstos por el Art. 17, inc. c), del ritual, sobre la base de los fundamentos desarrollados, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido, a fs. 79/83, por ende, revocar la resolución de Primera Instancia obrante a fs. 67/68 y devolver los autos al Juzgado de origen, a fin de que retome las actuaciones y continúe el trámite de la causa según su estado. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

III. Que en lo atinente a las costas, propicio que se impongan las generadas por esta etapa casatoria en el orden causado con fundamento en la falta de contradicción y las de ambas instancias anteriores también en el orden causado pues el error de la demandada, luego subsanado, bien puedo alentar el derecho de la actora a controvertir y coadyuvó a la necesidad de revisión (Arts. 68, 2º párr., del C.P.C. y C. y 12º del ritual).

El señor vocal doctor EVALDO D. MOYA, 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. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, oído el señor Fiscal General, SE RESUELVE: 1º) DECLARAR PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada EXPERTA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO SOCIEDAD ANÓNIMA, a fs. 126/147, contra la sentencia, obrante a fs. 114/120, dictada por la Cámara del Fuero con sede en la ciudad de Zapala –Sala I- y CASAR, en consecuencia, dicho fallo en virtud de las causales previstas en el Art. 15°, incisos a) y b), de la Ley 1.406, con relación a los Arts. 6°, 9° de la Ley 921 y 47 del C.P.C. y C. 2º) Por imperio de lo dispuesto en

el Art. 17°, inc. c), del ritual casatorio, corresponde recomponer el litigio mediante el acogimiento del recurso de apelación deducido por la demandada, a fs. 79/83, por ende, revocar la resolución de Primera Instancia obrante a fs. 67/68 y devolver los autos al Juzgado de origen, a fin de que retome las actuaciones y continúe el trámite de la causa según su estado. 3º) Imponer las costas en todos las instancias en el orden causado de conformidad con los fundamentos expuestos (Arts. 68, 2º párr., del C.P.C. y C. y 12º del ritual). 4º) Diferir la regulación de los honorarios correspondientes para su oportunidad (Art. 15°, Ley Arancelaria). 5º) Disponer la devolución del depósito, cuya constancia obra a fs. 166 (Art. 11°, L.C.). 6°) RECARATÚLENSE por Secretaría las presentes actuaciones tal como fue antes consignado. 7°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos a origen. Con lo que se da por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación firman los Señores Magistrados por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. EVALDO D. MOYA

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

**"M. G. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 59900/2016) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 26/05/2017

DERECHO PROCESAL PENAL: Impugnación extraordinaria.

TRIBUNAL DE IMPUGNACION. SENTENCIA. FALTA DE FUNDAMENTACION. EXTINCION DE LA ACCION PENAL. PLAZOS PROCESALES. COMPUTO DE LOS PLAZOS. ERROR PROCESAL. NULIDAD DE LA SENTENCIA.

Cabe hacer lugar a impugnación deducia por el Ministerio Público Fiscal, contra el voto mayoritario del Tribunal de Impuganación que declaró extinguida la acción seguida contra el imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, en virtud del agotamiento del plazo procesal previsto en el artículo 158 del Código Procesal Penal, y declarar la nulidad de tal pronunciamiento, pues no se verificara traspasado el umbral temporal que ella misma dispone, ello es que en la etapa preparatoria el cómputo de los cuatro meses debe realizarse desde la denominada "apertura de la investigación", desde que ambas partes han concordado –y el sistema Dextra así lo demuestra- que no se produjo hasta la fecha una medida procesal de tal tenor. Consecuentemente, es evidente que está faltando un elemento básico para la computación temporal efectuada, aspecto ignorado por el magistrado de garantías y por el Tribunal de Impugnación en su faena revisora. Tal error es de significativa entidad, pues desiste abiertamente de ponderar ese acto procesal y computa, en pos de la extinción de la acción penal, otras piezas bien diferentes que no se hallan previstas en la ley. Al ser ello de este modo, la decisión aparece ausente de fundamento legal, ya que deja impune una gravísima ofensa penal introduciendo una hipótesis de extinción de la acción penal que el Código Procesal no ha previsto de ese modo, lo cual violenta las pautas exegéticas más elementales.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 4 /2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiséis días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI y el Dr. OSCAR E. MASSEI, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. Andrés Triemstra, para resolver en los presentes autos caratulados: "M. G. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" (LEG. MPFNQ 59900/16).

ANTECEDENTES: El Tribunal de Impugnación, por el voto mayoritario de sus integrantes, confirmó la resolución del Juez de Garantías por la cual declaró extinguida la acción penal seguida contra el imputado G. O. M. por el delito de abuso sexual con acceso carnal, en virtud del agotamiento del plazo procesal previsto en el artículo 158 del Código Procesal Penal (cfr. fs. 10).

Contra dicha decisión, el Ministerio Público Fiscal dedujo la impugnación extraordinaria que concita la atención de esta Sala (cfr. fs. 11/20 vta.).

El recurso dice afirmarse en los dos últimos andariveles que regla el artículo 248 del Código Adjetivo (fs. 11 vta., primer párrafo) conforme a los agravios que, en prieta síntesis, se mencionan a continuación:

a) La errónea exégesis efectuada por el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación, bajo la cual considera que el plazo máximo de cuatro meses para culminar la etapa preparatoria se contabiliza -para el caso en que no hubiere formulación de cargos- desde el vencimiento de los sesenta días que la Fiscalía posee para culminar la averiguación preliminar; b) la extralimitación de la competencia del tribunal de Alzada al objetar el modo de dirigir la investigación Fiscal, trazando hipótesis de cómo debió haberse actuado en el caso, c) el arbitrario análisis del Tribunal de Impugnación al afirmar que no correspondía el archivo de las actuaciones, desconociendo situaciones fácticas, tales como un informe policial en donde se consigna que se intentó localizar al imputado en su domicilio particular en diferentes días y horarios, sin lograr ubicarlo, y d) el desconocimiento de los efectos que concita el archivo aludido, al interpretárselo como un artilugio de la parte acusadora para evitar un eventual vencimiento de plazos.

En fecha 11 de mayo del año en curso se celebró ante esta Sala la audiencia para mejora y refutación de argumentos. A la misma asistió la parte recurrente, representada por los Fiscales Pablo Vignaroli y Mariana Córdoba y la Defensa Particular de M., conformada por el Dr. Marcelo Inaudi y la Dra. María Guadalupe Inaudi.

En tal ocasión los funcionarios de la Fiscalía desarrollaron sus agravios de un modo acorde al escrito de formalización.

El mismo fue refutado por el Dr. Marcelo Inaudi. Postuló este último letrado como pretensión principal que se declare la inadmisibilidad del recurso con base en la falta de indicación de los carriles por los cuales se articuló tal Control Extraordinario. Subsidiariamente argumentó que el mismo debe ser rechazado ya que la resolución apelada está correctamente fundada en derecho.

Destaca en este plano el evidente paso del tiempo sin que se hubiere concretado la formulación de cargos y que no existieron motivos valederos que habiliten el archivo dispuesto por la Fiscalía. Puso especial realce en que el imputado era fácilmente ubicable, al punto que fue localizado en el domicilio señalado en la denuncia y que no se daban ninguna de las tres hipótesis que marca el Código para un archivo semejante.

Las referencias completas de ambas argumentaciones están receptadas en las grabaciones pertinentes y en el acta de práctica (cfr. fs. 31/34).

Culminada la audiencia los integrantes de la Sala Penal pasaron a deliberar en sesión secreta con la presencia del señor Secretario, quedando el legajo en condiciones de ser resuelto.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por sus integrantes el orden siguiente: Dr. Oscar E. Massei y la Dra. María Soledad Genanri.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 449 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente procedente la impugnación extraordinaria interpuesta; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿Qué solución corresponde adoptar?; 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: el escrito mediante el cual se propone este Control Extraordinario se encuentra deducido en término (cfr. cargo de recepción de fs. 20 vta.) y fue deducido por quien se encuentra legitimado para ello. Por otra parte, la decisión apelada pone fin a la causa, causando a la parte un perjuicio de imposible reparación ulterior; de allí que se encuentra igualmente satisfecho el requisito de sentencia definitiva.

La Defensa afirmó que la parte agraviada no detalló los carriles por los cuales transitaba su impugnación (postulando a partir de allí un déficit insuperable desde el plano formal). Pero ello no es así, ya que contrariamente a lo expresado por el Dr. Inaudi tales hipótesis de procedencia no sólo estuvieron especificadas en el documento recursivo (fs. 11 vta., primer párrafo), sino que también fueron indicadas de manera expresa durante la audiencia celebrada al efecto (cfr. audio, minutos 2:33 y acta de fs. 31/4).

Si bien hubiera sido de una mejor técnica forense expresar separadamente cada uno de los motivos de procedencia con su respectiva argumentación, no es menos exacto que el reclamo central del apelante se sustenta en supuestos de arbitrariedad fáctica y normativa que llevarían –siempre desde su punto de mira- a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido, aserto éste que fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental y que no puede ser descartado a priori en esta fase del análisis.

Por ello entiendo que el recurso de Control Extraordinario que aquí pende de decisión ha superado los ápices formales inherentes a este tipo de impugnaciones y es admisible desde tal plano. Tal es mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: coincido con el tratamiento y solución dado por el señor vocal preopinante a esta primera cuestión. Mi voto.

A la segunda cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: Atento a que son dos los motivos de acudimiento a esta Alzada, razones sistemáticas que imperan en el ámbito recursivo lleva a que se analice en primer término la alegada cuestión federal por arbitrariedad, pues de existir esa tacha devendría insustancial el tratamiento de los demás argumentos por no existir una sentencia propiamente dicha (C.S.J.N., Fallos 322:904; 323:2504; sentencia de fecha 14/08/2007 “Casas, Anastasio Marcelino c/ Dirección General Impositiva y otro s/ Despido” c. 1324 XL RHE, entre otros).

Sentado ello, si bien las objeciones del apelante se vinculan con cuestiones de hecho, derecho común y procesal ajenas –como regla y por su naturaleza- a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cabe hacer excepción a este principio cuando la decisión recurrida se aparta de la solución legal prevista para el caso mediante una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa y la torna inoperante (Fallos 301:865; 306:1462; 307:933; 321:793 y 326:1864, entre otros).

Ello, a mi modo de ver, es lo que ocurre en el caso de autos. Veamos:

El artículo 158 del C.P.P.N. -que es el que se dice aplicado para convalidar la extinción de la acción penal- dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de cuatro (4) meses desde la apertura de la investigación. Transcurrido ese plazo se producirá la extinción de la acción penal y deberá dictarse el sobreseimiento del imputado…”.

Con solo atenerse a la literalidad de ese texto puede apreciarse que el cómputo de los cuatro meses debe realizarse desde la denominada “apertura de la investigación”.

Sin embargo, ambas partes han concordado –y el sistema Dextra así lo demuestra- que no se produjo hasta la fecha una medida procesal de tal tenor.

Consecuentemente, es evidente que está faltando un elemento básico para la computación temporal efectuada, aspecto ignorado por el magistrado de garantías y por el Tribunal de Impugnación en su faena revisora.

Tal error es de significativa entidad, pues desiste abiertamente de ponderar ese acto procesal y computa, en pos de la extinción de la acción penal, otras piezas bien diferentes que no se hallan previstas en la ley.

Al ser ello de este modo, la decisión aparece ausente de fundamento legal, ya que deja impune una gravísima ofensa penal introduciendo una hipótesis de extinción de la acción penal que el Código Procesal no ha previsto de ese modo, lo cual violenta las pautas exegéticas más elementales.

Más extravagante se vuelve la decisión adoptada por el Tribunal de Impugnación cuando el voto mayoritario, aun reconociendo la vigencia de la acción conforme a esos términos legales, falló en un sentido inverso integrando la norma con fundamentos de otra naturaleza, vinculados a la corrección jurídica (o no) de un archivo dispuesto por la Fiscalía durante su investigación preliminar. Y es claro que a la luz del contenido del artículo transliterado ut supra, esta cuestión devenía completamente insustancial.

En vista de lo expuesto arribo a la conclusión de que el Tribunal de Impugnación, al confirmar la decisión de grado, efectuó una interpretación del artículo 158 del C.P.P.N. prescindente de sus previsiones esenciales, al reputar extinguida la acción penal sin que se verificara traspasado el umbral temporal que ella misma dispone.

Tal circunstancia descalifica de plano la sentencia apelada, lo que torna insustancial el tratamiento de los demás agravios que complementan el recurso.

Por todo lo dicho entiendo que la Impugnación Extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal debe ser receptada favorablemente. Tal es mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: Adhiero a los fundamentos dados por el señor Magistrado preopinante a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: el déficit de motivación expuesto previamente resulta insubsanable y acarrea su nulidad (art. 98 C.P.P.N.).

Si bien dicha invalidación genera habitualmente la devolución de los autos a origen en los términos del artículo 247 del Código Adjetivo, considero ello innecesario en tanto la correcta aplicación del artículo 158 del C.P.P.N. lleva a que se declare vigente la

acción penal seguida contra el imputado (art. 246, in fine, del C.P.P.N.).

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: Comparto la solución expuesta por el Dr. Massei a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: atento el resultado arribado, corresponde la eximición de costas en la instancia (art. 268, in fine, del C.P.P.N.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: Adhiero al temperamento aplicado por el señor Vocal preopinante a esta cuarta y última cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso de Control Extraordinario deducido por el Ministerio Público Fiscal (arts. 227 Y 248 del C.P.P.N.).

II.- HACER LUGAR a dicha impugnación, DECLARANDO LA NULIDAD del pronunciamiento dictado por el Tribunal de Impugnación en el marco de la audiencia celebrada el día 15 de marzo del corriente año (arts. 98 y 248 inc. 2° del C.P.P.N.).

III.- DECLARAR VIGENTE la acción penal seguida contra el imputado G. O. M., debiendo continuar los autos según su estado (conf. arts. 158 y 246, último párrafo del C.P.P.N.).

IV.- REGÍSTRESE, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a la Oficina Judicial.

Con lo que finalizó el acto, firmando la señora Magistrada y el señor Magistrado que aquí sufragan, previa lectura y ratificación por parte del Actuario que certifica.

Dr.OSCAR E. MASSEI - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

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

**"AYBAR MARIO RICARDO C/ CONSOLIDAR ART S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 419023/2010) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 21/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. CULPA DE LA VICTIMA. VALORACION DE LA PRUEBA. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION. INGRESO BASE. RECIBOS. PORCENTAJE DE INCAPACIDAD. INFORME PERICIAL. DETERMINACION DE LA INCAPACIDAD.

1.- Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda por accidente de trabajo, toda vez que de la mecánica del accidente no surge con la certeza requerida la culpa de la víctima. Por el contrario, lo expuesto por los testigos pone en evidencia que la empleadora ordenó al accionante operar una máquina –challenger- para la que no estaba suficientemente capacitado y que ésta solía "chorrear" gasoil, lo cual presumiblemente hizo que la superficie estuviera más resbaladiza (…). En ese contexto, que el día fuera lluvioso no permite concluir sin más que el resbalón deba atribuirse a la imprudencia del actor.

2.- La queja relativa a la valoración de la prueba pericial psicológica tampoco tendrá andamiento: no resulta atendible el planteo del recurrente que pareciera pretender que el porcentual incapacitante sea reconocido exclusivamente bajo el sistema de la LRT, y no por la

vía civil, cuando en esta última esfera la reparación, conforme los principios que lo informan, debe ser integral.

3.- En punto al daño moral establecido por la instancia de grado, es dable considerar que el accidente tuvo gran entidad y que el actor padece una incapacidad física permanente. Surge de la historia clínica y las pericias realizadas la gravedad de las lesiones padecidas, los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas a los que debió someterse (...), que ellas incidieron en sus actividades habituales, que estuvo internado y en un largo período de recuperación; que no tiene posibilidad de sortear un examen preocupacional para las tareas que realizaba, así como los síntomas de ánimo depresivo en relación al cambio de vida operado a raíz de la secuela grave en el pie derecho que compromete -anatómica y funcionalmente- la bipedestación y la marcha. Por ello, de acuerdo con los precedentes de esta Alzada, la cuantificación efectuada debe ser confirmada.

4.- Tampoco cabe hacer lugar al cuestionamiento vinculado a los ingresos del actor considerados en la sentencia, en tanto el recurrente se limita a señalar que no se tuvieron en cuenta los recibos acompañados por su parte, más sin señalar cuál o cuáles puntualmente debieron ponderarse y qué monto concreto, máxime cuando los recibos que se agregan (...) son posteriores al accidente, y la suma que tomó como base de cálculo el Sr. Juez resulta conteste con los importes que surgen de los recibos (...).

5.- En torno al agravio relativo a la valoración de la prueba pericial médica y la consiguiente determinación de incapacidad, tampoco puede prosperar. 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).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “AYBAR MARIO RICARDO C/ CONSOLIDAR ART S.A. Y OTRO S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART” (JNQLA1 EXP Nº 419023/2010) 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.- La empleadora apela la sentencia de grado.

En primer lugar, sostiene que ha mediado culpa de la víctima por no tomar los recaudos necesarios que la maniobra exigía. Afirma que las condiciones climáticas ameritaban prudencia.

Seguidamente, se queja de la valoración de la prueba pericial psicológica.

Considera excesiva la condena a su parte por el porcentual fijado, el cual podría encontrar su fundamento en las tabulaciones aplicables a las consecuencias de los accidentes de trabajo por las ART, pero no para el empleador con fundamento en la reparación civil.

También lo agravia la elevada condena por reparación del daño moral y tratamiento psicológico. Dice que no corresponde tal partida cuando no se trata de un acto o hecho ilícito.

En cuarto orden, cuestiona la determinación del ingreso base sin merituar la prueba documental acompañada.

A continuación, esgrime que el apego al dictamen pericial médico causa gravamen irreparable a su parte, por ser arbitrario y excesivo en sus conclusiones.

Corrido el traslado del recurso, la contraria guarda silencio.

2.- Así planteados los agravios, serán tratados en el orden que han sido propuestos.

2. a) Con respecto a la incidencia de la imprudencia de la víctima el día del accidente, entiendo que la valoración efectuada por el magistrado sobre el punto es correcta.

Es que el art. 1113 del Código Civil, cuya aplicación al caso no se halla cuestionada, 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.

Desde esta perspectiva (y, sin siquiera entrar en la connotación de si la eximente requiere la existencia de culpa o se trata sólo del simple hecho de la víctima), lo cierto es que en el caso, no se ha acreditado que el accionar del actor haya incidido causalmente en la provocación del daño: y afirmo esto porque aún 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 norma referida consagró, como factor de atribución de la responsabilidad, al riesgo creado. Este factor objetivo atiende a los comportamientos que siendo lícitos son creadores de riesgos o peligros. En este caso, quien aprovecha de la cosa considerada peligrosa, sólo puede liberarse acreditando la incidencia de factores extraños que interrumpan la relación causal (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas Miguel A. (Directores), Código Civil Comentado… Responsabilidad Civil. Artículos 1066 a 1136, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 333 y s.s.). La finalidad de esta regla es lograr el cumplimiento efectivo del deber jurídico de reparar (S.C. Mza, 28/12/1999, L.L. Gran Cuyo 2000-211)… la eximente de culpa de la víctima, alegada en autos por la accionada, debe ser suficientemente probada por ésta. Y debe ser la única causa del hecho para eximir, totalmente, de responsabilidad, además de reunir los caracteres de inevitabilidad e imprevisibilidad (C.S.J.N, 4/9/2001, D.J. 2001-3-1022, L.L. 2002-A-488).

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).

Conforme ha quedado expuesto, de la mecánica del accidente no surge con la certeza requerida la culpa de la víctima. Por el contrario, lo expuesto por los testigos pone en evidencia que la empleadora ordenó al accionante operar una máquina –challenger- para la que no estaba suficientemente capacitado y que ésta solía “chorrear” gasoil, lo cual presumiblemente hizo que la superficie estuviera más resbaladiza (Rasquetti, hoja 276 vta; Chávez, hoja 278 vta. y 279; Pino, hoja 446 vta). En ese contexto, que el día fuera lluvioso no permite concluir sin más que el resbalón deba atribuirse a la imprudencia del Sr. Aybar.

2. b) La queja relativa a la valoración de la prueba pericial psicológica tampoco tendrá andamiento: no resulta atendible el planteo del recurrente que pareciera pretender que el porcentual incapacitante sea reconocido exclusivamente bajo el sistema de la LRT, y no por la vía civil, cuando en esta última esfera la reparación, conforme los principios que lo informan, debe ser integral.

Tampoco resulta acertada la afirmación en punto a que el baremo utilizado es exclusivo del régimen especial, toda vez que en las acciones civiles no existe un baremo obligatorio.

Como ha señalado esta Cámara “…tanto los “baremos” como las “fórmulas matemáticas” cuantificadoras, resultan elementos valiosos mas no absolutos sino coadyuvantes de la decisión judicial. (Así, en doctrina, por ej., Pizarro, “La lesión física a la persona...”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 1, p. 141: “En los sistemas forfatarios, en los que se aplica el criterio del punto o de una fórmula matemática, y ello no es un límite, el Juez debe siempre fundar la sentencia... Debe salvaguardarse siempre el ‘espacio equitativo’ del Juez”; y la jurisprudencia, por su lado –fallos citados en Revista de Derecho de Daños, “Cuantificación del Daño”, 2001-1: CNCom Sala A, “Álvarez… c/ Transportes Automotores La Plata SA” (ps.358/359); CNCiv Sala L, “Cosmes… c/Okoon SRL” (ps. 358/359; C2a CCom La Plata, “Enríquez… c/Mercado…” (p.420); CCom San Nicolás, “Gómez… c/López…” (ps.420/421); CCCom San Isidro, Sala I, “S.C.A. c/Ferrovías SA” (p.428); CCCLMin Neuquen, Sala I, in re: “Villablanca,

Miguel Ramón c/Cadesa SA", Expte. nº 730-CA-98, etc.)…" (cfr. "ALBERICH MARIA ROSA Y OTROS CONTRA JARAMILLO OSCAR ALFREDO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. Nº 257406/1).

Indicándose en similar sentido que "en el fuero civil no rigen las indemnizaciones tarifadas, por ello resulta improcedente el cuestionamiento de la pericia en torno a la aplicación de tal o cual baremo, máxime si se tiene en cuenta que los porcentajes estimados pericialmente no pasan de ser un dato más a considerarse".

Al respecto, esta Alzada también ha dicho que "…al no regir en el fuero civil las indemnizaciones tarifadas, los porcentajes estimados pericialmente no pasan de ser un dato más a considerarse, de los que corresponde valorar las circunstancias concretas del caso como son la edad, el sexo, situación familiar, ocupación habitual, etc., las que permitirán traducir, a una cifra con criterio de prudencia, los probables ingresos futuros de los que la víctima se verá privada" (Sala II-PS.2006-T°III-F°407/413. Ver Exptes. Nº 500065/2013 y Nº 353392/2007, entre otros).

2. c) Las críticas relativas al daño moral tampoco podrán prosperar.

En primer lugar, su procedencia resulta incuestionable, puesto que siempre las lesiones contra la intangibilidad sicofísica de un ser humano desencadenan un daño moral (cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, T. 2 a, Hammurabi, p. 465).

Con relación a la suma otorgada, tal 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-TºVIFº1167/1171-Sala II, 28/10/11).

Ahora bien, como ya se señalara, 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.

Es claro, entonces, que el límite de la indemnización a otorgar por los daños soportados es el del perjuicio realmente sufrido; no menos, pero tampoco más.

Y el análisis de este rubro nuevamente refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a las 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 en sí, 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).

Traídas todas estas consideraciones al caso analizado, ha quedado sentado que el accidente tuvo gran entidad y que el actor padece una incapacidad física permanente. Surge de la historia clínica y las pericias realizadas la gravedad de las lesiones padecidas, los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas a los que debió someterse (cfr. hojas 179/182, 215/223 y 296/320), que ellas incidieron en sus actividades habituales, que estuvo internado y en un largo período de recuperación; que no tiene posibilidad de sortear un examen preocupacional para las tareas que realizaba, así como los síntomas de ánimo depresivo en relación al cambio de vida operado a raíz de la secuela grave en el pie derecho que compromete -anatómica y funcionalmente- la bipedestación y la marcha. Por ello, de acuerdo con los precedentes de esta Alzada, la cuantificación efectuada debe ser confirmada.

Luego, la queja por la suma destinada a afrontar el tratamiento psicológico que sugiere la perito interviniente, solo denota discrepancia subjetiva con lo decidido, de modo que no se observan elementos de peso que ameriten revocar este tramo del decisorio.

2. d) Lo propio cabe decir con respecto al cuestionamiento vinculado a los ingresos del actor considerados en la sentencia, en tanto el recurrente se limita a señalar que no se tuvieron en cuenta los recibos acompañados por su parte, más sin señalar cuál o cuáles puntualmente debieron ponderarse y qué monto concreto, máxime cuando los recibos que se agregan en hojas 371/384 son posteriores al accidente, y la suma que tomó como base de cálculo el Sr. Juez resulta conteste con los importes que surgen de los

recibos de hojas 352 y 354.

2. e) Por último, el agravio relativo a la valoración de la prueba pericial médica y la consiguiente determinación de incapacidad, tampoco puede prosperar.

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 profesión o 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).

En este contexto, la crítica efectuada sólo traduce la disconformidad con lo decidido pero no se aportan razones suficientes para desechar la decisión jurisdiccional de no apartarse de lo dictaminado por la perito (me remito a los términos de la pericia obrante a fs. 215/218 y a la contestación de las observaciones efectuada a fs. 234/235).

Nótese que uno de los principales cuestionamientos radica en que se otorgó un porcentaje por trastornos funcionales mayor que el previsto para la amputación, pero la parte no repara que la perito detectó un compromiso en todos los dedos del pie –individualizando el grado de flexión- y no en uno solo. Tampoco se observa excesiva la valoración de la dificultad para la realización de la tarea, frente a la rigidez de la articulación, la dificultad para la marcha y el compromiso neurológico hallado. Por lo tanto, circunscribiéndose el embate a la valoración de la pericia, el agravio no puede prosperar.

Por estas consideraciones, propongo al Acuerdo el rechazo del recurso impetrado, debiendo el recurrente asumir las costas por su intervención en esta instancia. 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 SKANSKA S.A. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 527/538 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 17, ley 921 y 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

**"ROVERA NILTON EDUARDO Y OTRO C/ LA ERA S.R.L. S/ SUMARISIMO LEY 2268”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 451440/2011) – Sentencia: 51/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

OBRA EN CONSTRUCCION. RESPONSABILIDAD POR RUINA. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. DAÑOS Y PERJUICIOS. DETERMINACION DEL DAÑO. DAÑO MORAL.

1.- En todos los casos es necesario demostrar, para que nazca la responsabilidad prevista por el art. 1646 del CC, la existencia de una amenaza de ruina, un peligro actual que no deje dudas que la ruina se producirá.

En el caso de autos, no estamos ante un caso de ausencia de prueba, en tanto la Jueza, luego de referirse al desconocimiento del informe realizado por el arquitecto y su falta de ratificación, sino también al deficiente ofrecimiento de la prueba pericial valoró el Acta N° 64, y la consideró insuficiente a los fines de tener por acreditada la ruina del inmueble que invocaron los actores.

2.- Atento que los actores no acreditaron efectivamente que el perjuicio sufrido posea entidad suficiente que implique una pérdida de la tranquilidad y afecciones a sus sentimientos, en tanto no ofrecieron prueba a tal fin y de las testimoniales brindadas en autos no surge acabadamente tal circunstancia, el agravio con relación al daño moral tampoco resulta procedente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ROVERA NILTON EDUARDO Y OTRO C/ LA ERA S.R.L. S/ SUMARISIMO LEY 2268” (JNQCI6 EXP Nº 451440/2011) 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 el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 310/316 la A-quo dictó sentencia haciendo lugar a la demanda y condenando a La ERA SRL a abonar la suma de $ 7.000 con más intereses y costas.

A fs. 318/322 expresaron agravios los actores. Dicen, que se sienten agraviados por la interpretación del derecho aplicable al caso de autos y peticionan que se aplique el Código Civil y Comercial.

Además, se quejan por la valoración que efectúa la Sentenciante en cuanto a la pericia particular realizada en febrero de 2011. Consideran, que el acta del arquitecto posee la eficacia probatoria de un instrumento público y que esa presunción abarca la circunstancia de haberse realizado y la información que contiene. Agregan, que si bien no reviste el carácter de prueba pericial, debe valorarse conforme las reglas de la sana crítica.

Alegan, la omisión de la A-quo en cuanto a la valoración de las declaraciones testimoniales que esa parte aportó.

Luego, manifiestan que por aplicación de la ley 24.240, ante la supuesta orfandad probatoria debe aplicarse el principio de la carga dinámica de la prueba, quedando en todo caso en manos de la accionada producir la contraria a sus dichos.

Además, dicen que fundamentan su reclamo en el art. 1646 del CC en referencia a la ruina parcial de la vivienda, señalan que del informe del arquitecto Masid surge que en la vivienda existen vicios graves, que son defectos que exceden la medida de las imperfecciones que se debe esperar de una construcción, lo cual desnaturaliza su esencia de los ocupantes y calidad de vida a mediano y largo plazo de los mismos. Dicen, que a ello debe agregarse que las cartas documentos acompañadas y no desconocidas demuestran que la constructora no desconoció sus incumplimientos, tanto de plazos como de la calidad de la obra.

También se agravian por la cuantificación del incumplimiento contractual.

Por último, critican la improcedencia del daño moral. Manifiestan, que debió tenerse en cuenta la circunstancia de que la obra ruinosa por la que se reclama es la vivienda del actor y su familia. Agregan, que teniendo en cuenta las características de los daños descriptos debieron haberse ponderado los padecimientos que debió sufrir la familia, los que superan las meras molestias o contrariedades de la vida cotidiana y resultan suficientes para acoger el resarcimiento del daño moral.

La letrada de esa parte apela sus honorarios por bajos.

A fs. 326/330 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo con costas.

A fs. 323 la letrada de la parte demandada apelo sus honorarios por bajos.

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 las apelaciones de las partes.

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.

En el caso de autos, no se encuentra controvertida la celebración del contrato de fs. 17/19 en fecha 06 de Mayo de 2008 ni su resolución, como tampoco la existencia de vicios ocultos o defectos constructivos en la obra realizada para los actores, aunque sí los alcances de dichos vicios y los daños consecuentes (cfr. fs. 312).

1. En primer lugar, los actores cuestionan la aplicación del C.C. porque entienden que la Jueza de grado debió resolver conforme las normas del C.C. y C.

Al respecto se ha sostenido que: “El primer punto de partida es el artículo 962 ya recordado: “Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible”.

La regla es, pues, que el CCYC no es aplicable a los contratos constituidos, modificados o extinguidos conforme al CC o al Código de Comercio, pues se trata de normas supletorias”, (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, pág. 148, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015).

“En definitiva, la nueva norma de carácter supletorio no afecta a la situación jurídica pendiente de origen contractual que continuará regida, en todo lo que hace a su constitución, modificación o extinción, como en lo relativo a todas sus consecuencias, anteriores y posteriores, por la ley que estaba en vigencia al tiempo de celebrarse el contrato” (Ob. cit. pág. 47).

A partir de lo expuesto, es que comparto el marco legal dado por la Jueza de grado.

A mayor abundamiento, cabe señalar que más allá de la crítica en cuanto a la aplicación al caso de autos de las cargas dinámicas probatorias, no refiere que las normas de consumo incorporadas al nuevo Código Civil y Comercial le sean más favorables en el caso de autos y menos aún efectúa un análisis de su aplicación, incumpliendo de tal forma la carga del art. 265 del C.P.C. y C.

2. Luego, en cuanto a la queja por la aplicación del art. 1646 del C.C. alegada por la actora en el punto 5 de su escrito recursivo, tiene dicho esta Alzada que: “Existen varias acepciones diferentes del vocablo ruina. Y dada la importancia del concepto dentro del Cód. Civil reformado, resulta trascendente determinar cuál de todas ellas es la que tuvo en mira el reformador de 1968. En un sentido estricto, ruina es la caída total o parcial de los materiales que integran un edificio... En cambio, para una postura lata o extensiva, en el concepto de ruina estarían involucrados todos los defectos que, por exceder la medida de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato o de las reglas del arte, aún cuando no afecten la solidez o la estabilidad de la construcción; o sea en suma que sería ruina todo deterioro importante, como por ej., la aparición de defectos en el techado que permitan filtraciones, la falta de desagües pluviales o los problemas de impermeabilización en el techo, etc. Para la mayoría de la doctrina, el concepto de ruina debe entenderse en sentido amplio, por lo que no se requiere la caída brusca de todo o parte del edificio, sino que en su concepto se comprende a todo deterioro importante de la obra, que haga peligrar su solidez y duración. (Tratado de la Responsabilidad Civil - Félix A. Trigo Represas - Marcelo J. López Mesa- TºIII, pág. 904- ed. La Ley)”.

“Flexibilizando el concepto de ruina, se ha pronunciado la mayoría de nuestros tribunales, afirmando que”:

“El término ruina a que se refiere el art. 1646 del Cód. Civil debe ser entendido como toda caída o todo inminencia de caída cuando la obra no concluyó su vida técnica o económicamente útil, abarcando aquellos “defectos” que la tornan no idónea para su fin, no siendo necesario un derrumbe o destrucción de la cosa, sino que basta un deterioro importante. Para que exista ruina de la obra no es necesario que las fallas comprometan la estabilidad o solidez del edificio, pues basta que las deficiencias impidan el normal uso y goce de la cosa, desnaturalicen el fin de la obra o impidan su aprovechamiento adecuado” (CNCiv; Sala H, 19/12/96, “Barone, Felipe c Clasca, Ricardo y otro” LL, 1997-C-250)(…)”.

“Sobre la base de la doctrina y jurisprudencia reseñada, considero que en líneas generales se puede hablar de ruina total o parcial, cuando la construcción posee vicios tales que la hagan impropia para su destino, no siendo necesario que ésta se haya producido efectivamente, bastando la existencia de un defecto que no deje lugar a dudas de que se producirá”.

“Es importante destacar que estos “vicios” que darían lugar a la indemnización por “ruina” total o parcial de la obra, pueden tener su origen en defectos o fallas del proyecto (planos incorrectos); errores de cálculo (resistencia de estructuras) o en su caso, en el uso de materiales inadecuados”.

“De manera tal que el “vicio de la construcción” implica no construir de acuerdo a las reglas del arte, lo que provoca precisamente

el colapso o inutilización de la construcción a consecuencia de haber infringido en sus variados aspectos la regla mencionada.", (Sala III, en autos "DOS SANTOS MARIA LAURA CONTRA VERNERI MARIANA S/ D. Y P. RES. CONTRACTUAL PARTICULARES", Expte. Nº 413320/10).

En el caso de autos, las críticas de los recurrentes no resultan suficientes a los fines de desvirtuar las conclusiones de la Sentenciante en cuanto a que "No probaron los actores que en su vivienda se diesen causas de ruina (v.gr. vicios del suelo, mala calidad de los materiales, errores en los cálculos de estructura, en los planos o en la dirección de obra, errores o fallas en la ejecución de la obra). Y en todos los casos es necesario demostrar, para que nazca la responsabilidad prevista por el art. 1646 del CC, la existencia de una amenaza de ruina, un peligro actual que no deje dudas que la ruina se producirá.", (fs. 314 y vta.).

Ello, porque al referirse a los defectos en la construcción aluden al informe técnico efectuado por el arquitecto Gustavo Masid que obra a fs. 43/89, el cual fue impugnado a fs. 138 vta. por la demandada y a fs. 134 se desconocieron las fotografías acompañadas al mismo, sin que se produjera otra prueba a los fines de corroborar lo allí expuesto, y el mismo, no se trata de un instrumento público como alega la recurrente.

Además, tales errores o fallas con la existencia de una amenaza de ruina, no surgen de las testimoniales producidas en autos. Es que, la testigo Leitina del Carmen Armijo Ortiz a fs. 155, dijo que "una casa nueva se supone que es habitable, estaba totalmente inhabitable, no se cerraba la puerta de adelante, las aberturas de la ventanas, sin instalación de gas, había filtraciones, volvieron a pintar la casa, no era una casa nueva. Era una casa mal hecha".

"Había filtraciones del techo, del baño de arriba hacia abajo, todas las paredes del techo estaban con humedad, había humedad en el techo".

Por su parte, la Sra. Blanca Ester Barros a fs. 156 y vta., expresó: "si, la vi, estaban las paredes mal pintadas, no en las condiciones en que deberían estar, una puerta no cerraba, en mi segunda visita vi el techo de la cocina roto, porque tenían pérdidas en el baño de arriba, también tenía un problema de gas, cuando fueron a vivir a la casa no tenían calefacción". "La humedad de la cocina fue terrible, porque tuvieron que romper la parte del techo para solucionar la pérdida de agua".

Luego, la Sra. Carola del Carmen Mora Barahona a fs. 157 y vta. expresó que la vivienda tenía "pérdidas de cañería en el baño de arriba, el tema de la pintura que no estaba en buen estado, sé que tiene pérdidas de agua actualmente cuando la voy a visitar, la puerta del baño no cierra bien, y le veo el hueco en el techo, por el tema de las cañerías". "Lo del baño, veo el hueco, la puerta del baño que me llama la atención, la mesada no ha hecho ni el bajo mesada por toda la estructura cómo está. Cuando uno sube la escalera es muy frágil la cubierta de la pared, está dañada."

Por último, la Sra. Concepción Olga Cuevas a fs. 158 y vta., dijo: "no parecía una casa nueva, había detalles feos, algún principio de pared que no estaba revocado, no había baranda, rejas ni postigo en la ventanas, había como manchas de humedad y como brotadas, lo que más me impresionó fue el techo de la cocina, con chapas viejas y rotas. Creo que cuando yo fui no tenía conectado el termotanque". Y en cuanto al estado en general sostuvo: "no era totalmente destruido pero tenía muchos detalles que no tenía que tener una casa recién habitada".

En definitiva, ninguno de los testigos señaló vicios actuales que acrediten la ruina de la vivienda en cuestión o que la misma se producirá, lo cual conlleva a la desestimación del agravio al respecto.

3. Luego, en cuanto a la apreciación de la prueba, los actores se quejan porque entienden que no se aplicó la Ley de Defensa del Consumidor y en particular la teoría de la carga dinámica de la prueba pero cabe recordar que: "El problema de la carga de la prueba surge, en rigor, frente a la ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes" (Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, pág. 398, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998), (esta Sala en autos "MOLINA CECILIA RITA Y OTRO CONTRA HSBC ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. RESPONSAB. CONTRACTUAL PARTICULARES", Expte. Nº 419915/10).

En el caso de autos, no estamos ante un caso de ausencia de prueba, en tanto la Jueza, luego de referirse al desconocimiento del informe realizado por el arquitecto Masid y su falta de ratificación, sino también al deficiente ofrecimiento de la prueba pericial (cfr. fs. 98) valoró el Acta N° 64 de fs. 32/34 (fs. 313vta., 314 y vta., 315), y la consideró insuficiente a los fines de tener por acreditada la ruina del inmueble que invocaron los actores.

Repárese que el informe técnico privado fue incorporado como documental, que la contraria lo desconoció y que no se ofreció la prueba de reconocimiento del mismo. Asimismo, se desestimó la pericial ofrecida porque lo fue de forma ambigua y sin acompañar los puntos de pericia (fs. 148).

4. Luego, la recurrente dice a fs. 321 y vta. que se agravia por la cuantificación del incumplimiento contractual y se refiere a las sanciones previstas en el artículo 10 del decreto reglamentario 1784/1994, pero no efectúa una petición concreta al respecto señalando el por qué de su queja, si es que se refiere a los gastos de colocación por los faltantes en la obra o la compensación por

los alquileres (fs. 315), ni menciona qué sanción peticiona y en su caso cuál es el monto que estima justo en lo que refiere a dicha cuantificación. En definitiva, no especifica concretamente la relación de su queja con respecto a la sentencia de grado, lo cual impide su consideración en esta instancia al no efectuar una critica concreta y razonada de la decisión recurrida (art. 265 del C.P.C. y C.).

5. En relación con la queja por daño moral, el agravio tampoco resulta procedente. Al respecto, esta Sala sostuvo: "el daño es recaudo ineludible para que haya responsabilidad civil (artículo 1067 del Código Civil) y su resarcimiento supone la plena certidumbre acerca de su existencia, quedando en manos de quien alega haberlo sufrido, la comprobación correspondiente. En esto, ninguna influencia tiene la preceptiva del consumidor".

"Es que el daño es el presupuesto inicial de la responsabilidad; sin la existencia de ese menoscabo o deterioro, la responsabilidad no se pone en movimiento".

"Como claramente lo expone Matilde Zavala de González: "...el daño es extremo constitutivo y esencial de la acción resarcitoria (así como el peligro del daño lo es de la acción preventiva) 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 (…)".

"Al respecto se ha sostenido que: "En materia contractual, donde resulta de aplicación el art. 522 del C.C., el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien lo invoca, la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido" (conf. Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, Sala II, causa 99.816, sent. del 4/XII/97 en JA, 1998-III-369, LA LEY, 1999-D, 774). "Habiendo entendido también este Tribunal que no es posible atender a una susceptibilidad excesiva quedando a cargo de quien invoca, la acreditación precisa del perjuicio sufrido, en el caso, las afecciones y pérdida de tranquilidad anímica sufrida" (ibidem, Sala Primera, causa 119.795, sent. del 11/III/2003, citada en "Alfageme, Esteban R. c. Banco Francés", LLBA 2005,980 ED 216-440)".

"Consecuentemente, la reparación pretendida no puede ser favorablemente acogida, en el entendimiento de que no ha logrado la parte actora demostrar los presupuestos necesarios para obtener reparación del daño moral que peticiona (arts. 520, 522 Cód. Civil; art. 375, C.P.C.C, y mi voto en autos "MOLINA c/HSBC ARGENTINA S.A. s/D. Y P.", EXP Nº 419915/10)", (Sala I en autos "VILLAR FERNANDO RAUL CONTRA VALDERRAMA ELFI Y OTRO S/ACCION REINVINDICATORIA", Expte. Nº 360739/7 y "VALDERRAMA ELFY ASUNCION C/COOP. DE VIV. RIO GRANDE LTDA. S/ESCRITURACION", Expte. N° 368950/8).

A partir de lo expuesto, atento que los actores no acreditaron efectivamente que el perjuicio sufrido posea entidad suficiente que implique una pérdida de la tranquilidad y afecciones a sus sentimientos, en tanto no ofrecieron prueba a tal fin y de las testimoniales brindadas en autos no surge acabadamente tal circunstancia, el agravio con relación al daño moral tampoco resulta procedente.

6. Luego, en cuanto a los recursos arancelarios de las Dras. ... y ... por bajos, corresponde hacer lugar a los mismos, debiendo efectuarse una nueva regulación en la instancia de grado conforme el art. 20 de la ley 1594 y el art. 2 de la ley 2933.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por los actores a fs. 318/322 vta., y hacer lugar a los recursos arancelarios de las Dra. ... y ..., debiendo efectuarse una nueva regulación en la instancia de grado conforme el art. 20 de la ley 1594 y el art. 2 de la ley 2933.

Imponer las costas de Alzada a los actores en su condición de vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Coincido con el Dr. Pascuarelli, en cuanto a la deficiencia que presentan los agravios, en su formulación.

No obstante ello, entiendo necesario indicar que, en el campo de la defensa del consumidor, rige el principio de colaboración, el cual no puede confundirse con las cargas probatorias dinámicas.

Entiendo aquí, nuevamente pertinente "… traer a colación la distinción efectuada por Gianinni entre las "cargas probatorias dinámicas" y el principio de colaboración, en cuanto indica:

"…la teoría de las cargas dinámicas, sintéticamente expresada, implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo (dejemos por ahora de lado en qué condiciones, usualmente calificadas como excepcionales, corresponde aplicar esta doctrina).

b) Por la otra, el principio de colaboración, en su consecuencia procesal más notable en el ámbito de la prueba, conlleva a la posibilidad de extraer indicios (o "argumentos de prueba") derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (conf. art. 163, inc. 5, CPCN)…

Puede ocurrir que entre las dos partes sea posible medir cuál de ellas se encuentra en mejores condiciones de probar (pesando así indefectiblemente sobre sus espaldas las consecuencias de la incertidumbre si acudiéramos a la "teoría de las cargas dinámicas") pero que, aun aplicando sus mejores esfuerzos (razonablemente evaluados), no llegue a convencer al judicante respecto de su tesitura sobre los hechos. Así puede suceder —para acudir a un ejemplo frecuente— que en un juicio de mala praxis el médico accionado haya cumplido acabadamente con su carga de colaboración en el proceso, afirmando el modo en que los hechos sucedieron (es decir, sin ampararse en una mera negativa vacía de contenido), aportando en la litis la totalidad de los medios razonablemente disponibles para sustentar su postura … y aun así no lograr la convicción del juez.

En este último caso, a diferencia del anterior, se advierte claramente la incidencia de una buena conceptualización de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba y su distinción respecto de la influencia del principio de colaboración en el proceso. Así, si en el ejemplo citado aplicáramos la primera institución, debería acogerse la pretensión ante la ausencia de prueba porque, entre el paciente y el médico, es este último quien objetivamente se encuentra en mejores condiciones de probar. Por el contrario, si valoramos el caso sobre la base de las reglas tradicionales del art. 377 del CPCN (íd., 375, CPCBA) y acudimos, entre los elementos de convicción aportados en la especie, al principio de colaboración procesal, llegaremos a la conclusión opuesta (rechazo de la demanda) dado que: I) era el actor quien tenía la carga de probar los presupuestos fácticos de la impericia profesional; y II) el demandado cumplió adecuadamente con la carga de cooperar en el esclarecimiento de la verdad, sin ampararse en una mera negativa y aportando todos los elementos que razonablemente tenía a su disposición, por lo que no puede extraerse de su conducta indicio alguno.

La diferencia relevante entre ambas instituciones se exhibe así evidente y sus efectos prácticos son notables: mientras que en un caso (teoría de las "cargas dinámicas") nos encontramos ante una regla (más) de inversión de la carga de la prueba, en el otro (incumplimiento del postulado de colaboración) nos movemos en el campo de la valoración de la prueba, es decir, que aplicamos las pautas tradicionales de distribución del ‘onus probandi’ (vg., art. 377, CPCN), aunque teniendo en cuenta la conducta de los litigantes como indicio para estimar la suerte de la pretensión…” (cfr. Giannini, Leandro J. “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba”, Laleyonline)…”, (cfr. mi voto en autos “MOLINA CECILIA RITA Y OTRO CONTRA HSBC ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. RESPONSAB. CONTRACTUAL PARTICULARES”, Expte. Nº 419915/10).

Desde esta perspectiva, es claro que el agravio es deficiente, en tanto no indica en qué modo ha influido concretamente la falta de colaboración; con lo cual, no invirtiéndose las reglas de la carga probatoria, el razonamiento de la sentenciante es correcto.

2. En cuanto a la apelación arancelaria y, tal como lo hemos señalado en reiteradas oportunidades, la parte carece de legitimación para apelar los honorarios por bajos, siendo interés exclusivo del letrado a favor de quien se regularon.

Con estas precisiones y la disidencia en punto a la apelación arancelaria, adhiero en lo restante al voto de mi colega. 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 los actores a fs. 318/322 vta.

2.- Hacer lugar al recurso arancelario deducido a fs. 323 por la Dra. ..., debiendo efectuarse una nueva regulación en la instancia de grado conforme el art. 20 de la ley 1594 y el art. 2 de la ley 2933.

3.- Imponer las costas de Alzada a los actores en su condición de vencidos (art. 68 del CPCC) y regular los honorarios por la actuación en esta etapa en un 30% de los de primera instancia (art. 15, 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

**"NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial

– Secretaría Sala I – (Expte.: 509359/2016) – Sentencia: 62/17 – Fecha: 04/04/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de Amparo.

HABER JUBILATORIO. IMPUESTOS. IMPUESTO A LAS GANANCIAS. AGENTE DE RETENCION. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia que declara la inadmisión de la acción de amparo, por la que se cuestiona la procedencia del descuento que realiza la autoridad administratvia en concepto de impuesto a las ganancias, toda vez que la vía del amparo debe reservarse para las situaciones graves y urgentes que no admiten dilación. Y en el caso, el haber iniciado la acción nueve meses después del inicio del descuento, sumado a la falta de acreditación sobre el modo en que el descuento operado en los ingresos afecta a la amparista en su subsistencia, permitan afirmar que no existe una urgencia de impostergable tratamiento.

2.- Determinar si el obrar del Instituto es ilegítimo o, en términos distintos, si le asiste a la amparista el derecho que dice infringido, exige indagar en un complejo entramado de disposiciones normativas de naturaleza fiscal tributaria. Luego, falta aquí uno de los requisitos para la procedencia del amparo: "…el acto impugnado debe ser palmariamente ilegítimo, y que tal circunstancia debe emerger sin necesidad de debate detenido o extenso; de ahí que si el caso planteado versa sobre cuestiones fácticas o jurídicas opinables, o reclama -por su índole- un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que éstos sean juzgados con sujeción a las formas legales establecidas al efecto. En síntesis, el acto lesivo debe surgir en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos ni de amplio debate o prueba" (cfr. Sala III, "Guerrero Vilma C/ ISSN").

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO" (JNQLA6 EXP Nº 509359/2016) 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. El Juez interviniente declara la inadmisión de la acción de amparo.

Para así hacerlo, considera: "…que el cuestionamiento relativo a la procedencia o improcedencia del descuento que realiza la autoridad administrativa en función de la aplicación de la norma tributaria en cuestión, no devela una ilegalidad manifiesta que justifique la habilitación de la vía del amparo y sobre todo considerando que el planteo se realiza nueve meses después de haber consentido pacíficamente el ejercicio de las facultades que la autoridad administrativa tiene para proceder a tales descuentos, es por esta razón que corresponde decretar la inadmisibilidad de la acción…"

Consecuencia de ello, rechaza la acción de amparo e impone las costas en el orden causado "en atención a que la diversidad de criterios sostenidos tanto en la justicia provincial y nacional, pudo entender la actora con derecho a accionar como lo hizo…"

Ambas partes apelan el pronunciamiento.

2. La actora sostiene que la declaración de inadmisión es errónea por dos razones.

En primer lugar, porque entiende que el inciso 6 del artículo 3 de la ley provincial de amparo tiene aplicación absolutamente acotada a los casos en que se impugna un acto administrativo, instantáneo, nunca para un comportamiento que se considera

manifiestamente ilegítimo y que se perpetúa, reiterándose en el tiempo como aquí ha acontecido.

Sostiene que el requisito temporal al que hace alusión el magistrado no se encuentra amparado en el artículo 59 de la Constitución Provincial.

Concluye que el hecho de que la actora no haya accionado en nueve meses, no puede erigirse en un valladar infranqueable para la admisión de la acción, porque resulta contrario al artículo 59 de la Constitución Provincial y a innúmeros precedentes en la materia.

Solicita, en consecuencia, que se deje de lado dicho recaudo y no se lo considere a los efectos de la admisión de la acción.

En segundo término, se queja de que se haya determinado que el amparo es inadmisible por requerirse para el mismo mayor debate y prueba.

Indica aquí que ninguna de las cuestiones abordadas por el magistrado fueron planteadas por su parte, sino que el embate se circunscribió a sostener que la actora está exenta del pago del impuesto a las ganancias y que, por lo tanto, el agente de retención actuó con manifiesta ilegalidad al retener de sus haberes jubilatorios, ese impuesto.

Expone así que su beneficio previsional ley 859 también está exento, por aplicación del inciso r´ del artículo 20 de la ley de impuesto a la ganancia.

Los agravios son contestados en hojas 182/190.

2.1. Ahora bien, conforme lo he sostenido en varias oportunidades, entiendo que el recaudo temporal de interposición de la acción de amparo (término de caducidad) choca con las disposiciones constitucionales locales y desde allí, que –en sí mismo- no pueda ser un obstáculo para la admisión.

Es que del texto del artículo 59 de la Constitución Provincial y de los antecedentes habidos de la Convención, surge que el plazo de caducidad se contrapone a la nueva directiva constitucional.

Dispone el artículo 59:

“Toda persona afectada puede interponer acción expedita y rápida de amparo en las modalidades que se prevean en la ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que garantice una tutela judicial efectiva, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y la Constitución Nacional.

Podrán también interponer esta acción en lo relativo a los derechos colectivos, cualquier persona, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas que propendan a esos fines.

La acción de amparo puede interponerse mientras subsistan los requisitos exigidos en el presente artículo…”

Nótese que la fórmula resaltada, descarta la posibilidad de condicionar la interposición de la acción a un plazo determinado, lo cual, además, encuentra claro correlato en la voluntad de los constituyentes, expresada en la Convención de 2006.

En efecto, en la REUNION Nº 6, de la segunda sesión ordinaria de fecha 06 de febrero de 2006, sostuvo el convencional Prieto, en su carácter de miembro informante: “…Pero como proceso, como acción, las provincias tienen otras potestades porque regular la actuación ante la Justicia es una facultad no delegada al Congreso de la Nación y sobre la que las provincias tienen amplias facultades para disponer. De modo que quede perfectamente claro que el nuevo artículo del amparo, de ningún modo aparece o puede interpretarse como reiterativo de lo que ya dispone la propia Constitución nacional porque en cuanto ésta no rige directamente, la Provincia tiene las potestades para reglar el instituto, instituto que se caracteriza, en primer lugar, por dos presupuestos esenciales que son precisamente los que rigen en todo el país por estar contenidos en el artículo 43 de la Constitución…”

“…Junto a estos presupuestos esenciales del amparo, están las condiciones del amparo y que, aquí sí, se trata de la materia procesal específicamente asignada en el reparto de competencias a las provincias y a los diversos aspectos que ella comprende me voy a referir…”

“...Otra innovación también procesal que es sumamente importante es la vinculada al tiempo en el cual se puede interponer la acción y aquí se especifica que puede interponerse mientras subsistan los requisitos exigidos en el presente artículo, de modo que no hay aquí plazos que por su solo vencimiento imposibiliten el ejercicio de esta acción. Luego hay una innovación importante que es la vinculada a la imposición de costas al vencido…”

Y, en igual línea, agrega la convencional NOVOA: “Es para adelantar el voto positivo del Bloque del Movimiento Popular Neuquino y destacar la importancia del presente Despacho en todos los aspectos que fueron resaltados por el miembro informante y sobre todo en uno de los aspectos en los que no se hizo demasiado hincapié pero que tiene singular importancia, que es el plazo que se tiene para la presentación de la acción de amparo. En este punto, el proyecto que estamos debatiendo es superador de cualquier otra cláusula en este sentido en el Derecho Constitucional comparado provincial, ya que no establece límite para el plazo de la

presentación, sino que establece específicamente que mientras se mantenga el principio de admisibilidad y procedencia, más allá del tiempo que haya transcurrido desde la emisión del acto lesivo, la acción de amparo puede promoverse por los sujetos legitimados al efecto…"

En mi criterio, es claro que la voluntad del constituyente neuquino ha sido la de dejar de lado el plazo de caducidad para promover la acción de amparo, desde donde, es cierto que no podría condicionarse la presentación de la acción al plazo de caducidad (cfr. en extenso, caso "Ulloa", entre otros.

3. Sin embargo entiendo que la razón dada por el magistrado en este punto, no se encuentra vinculada al incumplimiento de este recaudo, sino a la nota de excepcionalidad de la vía intentada.

"…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).

Es en este esquema, en el cual comparto el razonamiento efectuado y entiendo que su aplicación al caso es correcta: La circunstancia de que la situación subsistiera durante 9 meses, denota que la urgencia requerida para justificar la actuación judicial por esta vía, en términos de impostergabilidad de la decisión final, se encuentre ausente.

3.1. Es que debe insistirse en la visión del constituyente neuquino de 2006, el cual no dimensionó al amparo como una vía ordinaria ni para que en su contexto se ventile cualquier controversia jurídica.

En la REUNION Nº 6, de la segunda sesión ordinaria de fecha 06 de febrero de 2006, sostuvo el convencional Prieto, en su carácter de miembro informante: "…

Luego, segundo recaudo, segunda condición del amparo es el de la inexistencia de otras vías judiciales como elemento necesario para que pueda ser viable.

Aquí valen dos precisiones que son muy importantes; en primer lugar, entendemos al amparo como una vía residual, subsidiaria de las otras judiciales que el mismo ordenamiento prevea para hacer efectiva la tutela del derecho vulnerado y relacionado con esto mismo el juicio de idoneidad que debe realizarse para verificar si es el amparo la vía procesal más idónea para la defensa del derecho, debe ser realizado en nuestra Provincia -como en cualquier otra- de un modo particularizado teniendo en cuenta los distintos remedios que judicialmente o para la actuación ante la Justicia ofrece el ordenamiento procesal. Digo esto porque en el orden nacional, por ejemplo, por vía de principio, el amparo es la vía más idónea y rara vez puede existir un remedio más expedito y rápido que la acción de amparo pero no sucede lo mismo en nuestra Provincia donde hay toda una panoplea de acciones procesales tendientes a hacer efectivos los derechos vulnerados, especialmente cuando se trata de vulneración por parte de la administración, de modo que aquí en el juicio de idoneidad del amparo, está vinculado específicamente al primer carácter del amparo original, luego diremos algo sobre esto que es el aspecto subjetivo de protección del derecho vulnerado a un particular…"

"…Con estas consideraciones sobre la explicación específica de los principales puntos de la acción de amparo, vale hacer un breve análisis de cuál es la función que cumple el amparo en el sistema jurídico. En primer lugar, existe, opera el amparo como una garantía a favor de los habitantes que requieren tutela contra la afectación de sus derechos constitucionales cuando esto es grave y manifiesto; no es el amparo una acción pensada para cualquier derecho ni como un juicio ordinario, se requiere urgencia ante la violación grave, manifiesta, de sus derechos constitucionales…" (discurso del miembro informante Prieto).

3.2. Tenemos, entonces, que 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.

En este punto es necesario destacar que ni el artículo 43 de la C.N. ni –conforme lo expuesto, menos aún- el artículo 59 de la Constitución Provincial permiten afirmar que la acción de amparo no sea 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 existe 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 que señalara en los autos "Ulloa" ya citados y que he reiterado en innumerables ocasiones:

1) En primer lugar, porque no puede "confundirse un contencioso de ilegitimidad de actos administrativos, con un contencioso de inconstitucionalidad. 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, la pretensión cuenta con vías idóneas de respuesta jurisdiccional: por caso, en el ámbito local, la acción procesal administrativa (ver en este sentido que se encuentra en trámite la causa "CUCURULLO NESTOR ARMANDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 6175/2015). Puede, incluso en ese ámbito, efectuar peticiones de corte cautelar anticipatorio –con antelación al inicio de la acción ordinaria de conocimiento- medidas cautelares de corte anticipatorio con resultado similar al buscado en esta causa.

3) En tercer lugar, 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 a 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" (consid. 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. Un régimen de tutelas 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)

4. Por ello, las tutelas de excepción deben, desde este prisma, ser analizadas restrictivamente; pero entiéndase bien lo que intento señalar: no pretendo con esto decir que la protección constitucional y urgente debe ser retaceada sino que la vía del amparo debe reservarse para las situaciones graves y urgentes que no admiten dilación.

Y es por eso que, enfatizo, en este contexto al dato temporal y a la ausencia de elementos que permitan afirmar que existe una urgencia de impostergable tratamiento: el tiempo transcurrido entre el inicio del descuento y la interposición del amparo, sumado a la falta de acreditación sobre el modo en que el descuento operado en los ingresos afecta a la amparista en su subsistencia, hacen que el argumento dado por el magistrado tenga consistencia.

5. Si bien tal razón de por sí es determinante, coadyuva a la decisión, el restante argumento dado por el magistrado, el que se centra en el recaudo relativo a que el acto de la autoridad pública, que se cuestiona, sea manifiestamente arbitrario o manifiestamente ilegítimo, es decir, debe tratarse de algo descubierto, patente, claro; tanto la doctrina como la jurisprudencia han exigido que los vicios sean inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles.

El acto lesivo, fundamento de la acción de amparo, exige como requisito la ilegalidad manifiesta, significando ello, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 244:179, 245:351), que el amparo no procede respecto de la actividad administrativa sino cuando ésta es inequívoca y manifiestamente ilegal, porque la razón de la institución de aquel no es someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, sino proveer el remedio inmediato contra la arbitraria invasión palmaria de derechos reconocidos por la Constitución Nacional (PS.1993-III-523, Sala I) (JUBA7-NQN- Q0000362).

Por ello es que la viabilidad del recurso a la vía excepcional del amparo requiere, entre otros presupuestos, que el derecho esgrimido sea cierto y líquido, de manera tal que no exija una indagación profunda para su elucidación.

Así hemos citado a Rivas, quien señala: “La función del juez en el amparo es la de, simplemente, verificar conforme los elementos de juicio aportados, la existencia y titularidad del derecho, pero no la de darle certidumbre ni admitir al efecto debates y probanzas que transformen la finalidad de la vía intentada, ya que establecer la liquidez del derecho invocado no es objetivo sino presupuesto, en ese tipo de litigio" (Rivas, "El Amparo", pág. 54)…” (cfr. JUBA7-NQN- Q0004118), “MADARIETA DE OCHOA SILVIA G. C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ACCION DE AMPARO”, (Expte. Nº1277-CA-1 PI 2002-TºI - Fº59/60 - Nº31. del 21/02/02), “PERALTA DORA ELMA C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ACCIÓN DE AMPARO” (Expte. N° 447/2002)”. (“VIDAL JORGE OMAR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO”, (Expte. Nº 313640/4), PI-2004-IV-360-788/793, sent. 02 de noviembre de 2004, sala II, entre otros).

Desde esta perspectiva, entiendo que el caso analizado no reúne estos requisitos y, por lo tanto, la acción no es procedente.

Tal como indica la demandada, su accionar no se presenta carente de sustento normativo alguno: determinar si el obrar del Instituto es ilegítimo o, en términos distintos, si le asiste a la amparista el derecho que dice infringido, exige indagar en un complejo entramado de disposiciones normativas de naturaleza fiscal tributaria: en este caso la normativa citada en el responde (Resolución AFIP 2437, Ley de Impuestos a las Ganancias, Ley de Procedimiento Fiscal) da soporte jurídico plausible al obrar cuestionado.

Reitero, entonces, en rigor, falta aquí uno de los requisitos para la procedencia del amparo: "…el acto impugnado debe ser palmariamente ilegítimo, y que tal circunstancia debe emerger sin necesidad de debate detenido o extenso; de ahí que si el caso planteado versa sobre cuestiones fácticas o jurídicas opinables, o reclama -por su índole- un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que éstos sean juzgados con sujeción a las formas legales establecidas al efecto. En síntesis, el acto lesivo debe surgir en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos ni de amplio debate o prueba" (cfr. Sala III, "Guerrero Vilma C/ ISSN").

6. Por último, no puedo dejar de señalar que conforme lo ha indicado el TSJ en la causa Buteler, que "…La acción de amparo presupone la existencia de un derecho o garantía incontrovertidos, ciertos. Este extremo no se halla sujeto a un amplio debate o prueba sino a la mera verificación de la conducta u omisión lesiva y el agravio resultante.

En este sentido, corresponde destacar que la posibilidad de revisar en el presente marco la validez de las normas en que se funda el acto u omisión lesiva siempre estará sujeta a que la conculcación de los derechos o garantías derive de un acto u omisión manifiestamente arbitrario o ilegal (Art. 43, Constitución Nacional). Aspecto en el que se requiere que los jueces extremen su prudencia dado el sumarísimo procedimiento en el que se decide.

En consonancia con estos conceptos, conviene tener en consideración la directriz que emana de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien ha expresado:

"[…] Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad del art. 79, inc. c), de la ley 20.628- en cuanto alcanzó con el impuesto a las ganancias los haberes jubilatorios de los actores-, pues asiste razón al recurrente al afirmar que la vía utilizada para cuestionar que el impuesto a las ganancias grave sus respectivos haberes previsionales y que en el caso importe un despojo confiscatorio de ellos, es claramente improcedente porque no demostraron que el actuar estatal adolezca de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta ni cuál es el perjuicio concreto que les produce en su esfera de derechos. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- (cfr. "Dejeanne Oscar Alfredo y otro c/ Administracion Federal de Ingresos Públicos s/amparo", D. 248. XLVII. REX, 10/12/2013).

En igual sentido, O. 184. XLVII. "Osnaghi, Emilio Jorge y otro cl Administración Federal de Ingresos Públicos si amparo", sentencia del 6/03/2014; C. 1464.XLVII. "Carbone, Antonio c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) -suc. CTES.- s/ amparo", sentencia del 1/04/2014.

El Máximo Tribunal de la Nación ha expuesto que el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en la que, por carencias de otras vías aptas, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares -arbitrariedad o ilegalidad manifiesta- y que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios se origine un daño concreto y grave sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva, además de que la omisión de la autoridad pública resulte en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un amplio debate o prueba (cfr. FALLOS: 310:576; 313:433 y 315:1485). Dichos extremos, cuya demostración por parte del reclamante es decisiva para su procedencia, han sido calificados como imprescindibles (FALLOS: 319:2955; 321:1252; 323:1825, -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- 331:1403, entre otros)…" (cfr. R.I. 125/16).

En definitiva y por todas estas consideraciones, propongo al Acuerdo desestimar el recurso de apelación de la actora.

7. En cuanto al recurso de apelación de la demandada, tampoco podrá prosperar.

El aludido precedente dictado en la causa "Buteler" no incide en el punto, en tanto las razones para desestimar la presentación se centraron en el ámbito del recurso de casación local y por incumplimiento de sus específicos recaudos.

Como indica la actora al contestar los agravios y lo transcribiera más arriba, el magistrado da razones para eximir de costas a la accionante, pese a su calidad de vencida.

Razones que, además se comparten, en tanto esta misma Sala ha sostenido que las costas de ambas instancias deben ser impuestas 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.

Por ello y siendo de aplicación tales parámetros en el caso, será esa la solución que corresponderá dar en el presente.

8. En síntesis, bajo estas consideraciones, entiendo que la vía del amparo no es admisible en el caso traído a resolución y que la imposición de costas encuentra suficiente sustento en las razones dadas por el magistrado, las que se comparten y se aplicarán para esta instancia.

Propongo, en consecuencia, que se desestimen ambos recursos, confirmándose el pronunciamiento de grado en punto a la declaración de inadmisión del proceso y la imposición de costas efectuadas.

Las costas de esta instancia se impondrán en el orden causado. 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 los recursos de apelación deducidos por las partes y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 155/161 vta. en cuanto fue materia de recursos 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 regulada 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

**"MULBAYER LUIS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUÉN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 473963/2012) – Sentencia: 65/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.

BANCO. CUENTAS SUELDO Y PROVISIONAL. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. EXCESO RITUAL MANIFIESTO. LITISCONSORCIO NECESARIO. HECHOS LITIGIOSOS. PRUEBA DE CONFESION. VALORACION. PRESUNCION.

1.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda, pues pese a que el demandado invoca la aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor, ni en la demanda, ni en esta instancia, el quejoso afirma cuál es la implicancia efectiva que el régimen tuitivo tiene en el caso, o bien cuál es el deber de conducta concretamente incumplido por la accionada al efectivizar la solicitud de cierre y apertura de las cuentas sueldo y provisional, respectivamente.

2.- Lo propio puede decirse con respecto a la doctrina del exceso ritual manifiesto que cita el apelante, desde que aquélla no resulta últil para suplir la inactividad de las partes, sin perjuicio de que ninguna referencia al caso concreto se realiza sobre el punto.

3.- […] “la confesión o la admisión de un hecho formulada por uno o por algunos de los litisconsortes no puede ser invocada contra los restantes, en tanto el hecho de que se trate no hubiera sido probado con relación a estos últimos, valiendo esa confesión o admisión sólo como una presunción” (conf. HIGHTON, E., y AREÁN, B., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales – análisis doctrinal y jurisprudencial”, Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 345).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 6 de abril de 2017
Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MULBAYER LUIS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUÉN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” (JNQCI3 EXP Nº 473963/12) 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 deduce recurso de apelación contra la sentencia que rechaza la demanda.

Plantea tres agravios. El primero, apunta a la errónea apreciación de las constancias de autos, puesto que no se analizó que se trata de un empleado público que se vio obligado a suscribir con el BPN un contrato de caja de ahorros de sueldos. Agrega que tampoco valoró que se trata de contratos de adhesión y que nunca el actor pidió la eliminación del producto.

El segundo, refiere a la equivocada interpretación jurídica, dado que se debió aplicar la legislación, doctrina y jurisprudencia de protección al consumidor.

Asevera que la ley de defensa la consumidor confiere tutela particular al consumidor y cita un fallo de la Sala III de esta Cámara.

Por último, sostiene que la sentencia padece un excesivo rigorismo formal, a cuyos efectos cita un precedente jurisprudencial de la provincia de San Juan.

La contraria responde agravios y solicita el rechazo del remedio, con costas.

2.- Adelanto que recurso no resulta procedente.

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.

Sin embargo, 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 pese a invocar la aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor, ni en la demanda, ni en esta instancia, el quejoso afirma cuál es la implicancia efectiva que el régimen tuitivo tiene en el caso, o bien cuál es el deber de conducta concretamente incumplido por la accionada al efectivizar la solicitud de cierre y apertura de las cuentas sueldo y provisional, respectivamente.

Al ser ello así, la mera cita de fallos o afirmaciones genéricas, no resultan suficientes para revertir lo decidido, desde que si bien los jueces pueden hacer una aplicación oficiosa de la ley de Defensa al Consumidor -por ser de orden público-, ello no puede conducir a expedirse sobre hechos no afirmados o imputaciones jurídicas no alegadas.

Lo propio puede decirse con respecto a la doctrina del exceso ritual manifiesto que cita el apelante, desde que aquélla no resulta últil para suplir la inactividad de las partes, sin perjuicio de que ninguna referencia al caso concreto se realiza sobre el punto.

Más allá de esta grave deficiencia, como argumento de cierre, añado que existe otro grave impedimento para el progreso de la acción en los términos planteados.

Éste se relaciona con la falta de prueba acerca de que el actor haya salido favorecido en el sorteo mensual, en el mes de febrero de 2012; cuestión expresamente negada por el banco accionado (hoja 54 vta.) y que no logró acreditarse en la causa (ver contestación del perito en la hoja 111, pregunta Nº 4).

La prueba de ese hecho era fundamental a los efectos de acreditar el nexo causal con el daño invocado.

No obsta esta conclusión, la falta de negativa de la codemandada Alcance S.A. o incluso la admisión del sorteo (ver hoja 70), toda vez que en el caso del litisconsorcio pasivo, los actos referidos a alguno de los coaccionados no benefician ni perjudican al resto.

Como he señalado en otras oportunidades, “la confesión o la admisión de un hecho formulada por uno o por algunos de los litisconsortes no puede ser invocada contra los restantes, en tanto el hecho de que se trate no hubiera sido probado con relación a estos últimos, valiendo esa confesión o admisión sólo como una presunción” (conf. HIGHTON, E., y AREÁN, B., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales – análisis doctrinal y jurisprudencial”, Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 345).

Porque debe insistirse en que “la admisión de un hecho común formulado por uno de los litisconsortes no perjudica al otro, desde que la confesión y el juramento de un litisconsorte surte efecto respecto de él, pero no puede influir en la sentencia en cuanto a los restantes, si la circunstancia a que se refiere no está probada con relación a éstos” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F • Prado, Eduardo R. c. Siegh, Salvador y otro” AR/JUR/2931/ 1979) (“SANCHEZ HECTOR ARIEL Y OTRO CONTRA AFINCAR S.A. Y OTRO S/RESOLUCION DE CONTRATO”, Expte. Nº 298279/2003).

Por estas razones, entiendo que el recurso debe ser rechazado, con costas. 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.- Confirmar la sentencia de fs. 193/199 en cuanto fue materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

**"PARODI PABLO SEBASTIAN Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 74741/2016) – Sentencia: 70/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

DERECHO A LA SALUD. PERSONAS DISCAPACITADAS. COBERTURA INTEGRAL DE SUS NECESIDADES. OBRAS SOCIALES. OBRA SOCIAL PROVINCIAL. CENTRO DE REHABILITACIÓN. NO PRESTADOR. CONDENA A LA OBRA SOCIAL. LIMITES. NOMENCLADORES.

1.- El derecho a la salud (artículos 42 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) está indisolublemente unido a la calidad de vida y, por ende, a la dignidad de la persona.

2.- Si bien la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y la ley Nacional 24.901 no se encontraban vigentes al momento en que los accionantes reclamaron la cobertura integral de las prestaciones para la niña, las obligaciones a cargo de la Obra Social derivaban del plexo constitucional vigente desde el año 1994, que privilegia el "interés superior del niño" y consagra el derecho a la protección especial de aquellos sectores particularmente vulnerables, como son las personas con discapacidad y los menores de edad.

3.- Era una obligación legal para la obra social provincial -con base constitucional- cubrir en forma integral las prestaciones reclamadas, por ello el comportamiento en sede administrativa, como en este ámbito, sosteniendo una actitud reticente al reconocimiento pretendido aparece como inadmisible a la luz de los principios que deben regir su accionar con relación a la atención de la salud y la vida de sus afiliados.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 11 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PARODI PABLO SEBASTIAN Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO" (JNQFA2 EXP

Nº 74741/2016) 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 de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La Sra. Jueza hace lugar a la acción de amparo.

Para así hacerlo, considera que "…la demandada debe asegurar la cobertura integral de P. N. en el modo en que es indicado por los profesionales que lo asisten en el Centro Vida Nueva, independientemente de cual sea en la actualidad su vinculación contractual con ésta entidad.

Ello así por cuanto, más allá de que no se introdujo formalmente el hecho de la desafectación del Centro Vida Nueva como prestador de la Obra Social, esto surge del informe suscripto por la Lic. Stuller, que no ha sido cuestionado por las partes.

Desde que la accionada no ha discutido la cobertura del tratamiento en el Centro Vida Nueva –y ha consentido la medida cautelar dictada en autos- el hecho controvertido se centra en el porcentaje a abonar.

Es decir, la cobertura integral que el ISSN abona es el %100 del valor de sus nomencladores pero por lo que se encuentra acreditado en autos no se ajusta a los valores establecidos por el Ministerio de Salud de la Nación.

Tal como lo he afirmado en precedentes similares, el vínculo que un niño genera con sus profesionales tratantes implica un plus que influye positivamente en los resultados del tratamiento y, por lo tanto cualquier cambio del equipo de profesionales devendría en una involución de los logros obtenidos en la salud de la niño.

Es por ello que todo el trabajo que se viene desarrollando en el Centro Vida Nueva y los logros obtenidos, deben valorarse al momento de decidir.

Por lo antes expuesto, considero que la conducta de la obra social demandada ha sido manifiestamente ilegítima y violatoria del derecho a la salud del niño P. N. por cuanto habiendo reconocido la afección y prestaciones requeridas por el niño a través del pago del %100 del costo del tratamiento en Vida Nueva, en la realidad niega el pago del costo total y real del tratamiento en dicha Institución.

A mi criterio, tal conducta es lesiva de los derechos constitucionales en juego ya que pone en riesgo la continuidad del tratamiento y es menester reparar ello a través de esta vía expedita haciendo lugar al reclamo de los amparistas.

En función de ello, y probada tal circunstancia excepcional, es que corresponde hacer lugar a la demanda impetrada ordenándose la cobertura integral del 100% de los montos que facture el Centro Vida Nueva a los valores fijados por el Ministerio de Salud de la Nación para dichos tratamientos.

En lo atinente a la cobertura del acompañante terapéutico de apoyo a la integración escolar en autos, no se encuentra discutida su procedencia, es más, las declaraciones testimoniales han abundado en los motivos de su necesidad…"

Consecuentemente, ordena a la obra social la cobertura del % 100 del costo del tratamiento indicado al niño de autos en el centro Vida Nueva a los valores fijados por el Ministerio de Salud de la Nación para dichos tratamientos así como el costo total del acompañante terapéutico en el horario escolar del niño en la modalidad indicada por el equipo tratante.

1.1. Este pronunciamiento es recurrido por el ISSN.

Dice que la prestación se ha acordado en un 100%, en forma ininterrumpida hasta la fecha.

Agrega que, por decisión de los prestadores, se rescindió el contrato que vinculaba al centro con la obra social, debido a que el centro comenzó a regir el valor de sus prestaciones de conformidad a lo establecido por el Ministerio de Salud de la Nación.

No obstante ello, indica que se les otorgó por vía de excepción el reintegro del costo de tratamiento, a valores del ISSN, tratándolo al igual que los restantes centros no prestadores.

Dice que el ISSN puede otorgar cobertura a través de sus prestadores, no debiéndose hacer cargo de los mayores costos producto de la libre elección del afiliado.

Indica que se han vulnerado gravemente las facultades de auditoría y control.

Cita antecedentes jurisprudenciales, entre otros, el pronunciamiento recaído en esta Sala, en autos "Gonzalez Trinidad".

Sostiene que no puede ser obligado a pagar el 100% a los costos que establece el centro prestador unilateralmente, desde donde no ha quedado acreditada la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Se queja luego de que se halla condenado a la cobertura de un acompañante terapéutico para la integración escolar, cuando la actora solicitó la cobertura de una maestra integradora y no, un acompañante terapéutico.

Aduce que tal función corresponde al Consejo Provincial de Educación, no pudiendo su parte controlar la idoneidad del prestador.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 108/111, requiriéndose que el recurso sea desestimado.

2. La cuestión que aquí se presenta, es análoga a otras resueltas por esta Cámara, en sus distintas Salas, y ha merecido también tratamiento por parte el TSJ, en sentido adverso a los planteos del recurrente.

En efecto, señaló el TSJ:

"…situados en la perspectiva constitucional de los Derechos Humanos receptada en los Pactos Internacionales reseñados y la legislación citada, no cabe otra conclusión que otorgar responsabilidad al Estado por la falta de oportuna cobertura asistencial plena e integral de la menor B.F., a fin de lograr su integración social en todos los aspectos requeridos.

Es que, a la luz de tales principios, la negativa dada por la Obra Social frente al requerimiento de cubrir el 100% de las prestaciones a favor de la niña con discapacidad, aparece como irrazonable, desde que se aleja del estándar de protección y de asistencia integral de la discapacidad y desconoce el principio del "interés superior" de las personas de menor edad, cuya tutela prioriza la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

En efecto, la Obra Social argumenta que las personas con discapacidad tienen cubierto el 100% de las prestaciones que requieran –siempre y cuando sean de prestadores autorizados- y bajo el sistema de módulos, siempre que se cuente con el certificado de discapacidad emitido por la JUCAID.

Mas ello resulta insuficiente e inadecuado a los fines de cubrir las necesidades y requerimientos de prevención, asistencia, tratamiento, rehabilitación, estimulación y promoción de las personas con discapacidad de suerte tal de facilitar su integración social, procurando el óptimo desarrollo de sus capacidades y su autonomía, en respeto a su dignidad.

En este contexto, el diagnóstico, tratamiento de afecciones y patologías, y la estimulación temprana de una niña, nacida prematuramente y con Síndrome de Down, aparece como una necesidad que debió ser solventada integralmente por la Obra Social, no siendo razonable la aplicación del sistema de prestaciones por módulos o las limitaciones relativas a prestadores autorizados; máxime teniendo en cuenta que la menor en cuestión contaba con el certificado expedido por la autoridad provincial de Rio Negro, el 17/08/2001 (cfr. fs. 10/12 Expte. administrativo 2369-046745/4 Alc. 0000 Año 2003).

Es que, en el caso particular, se encuentra en juego el derecho a la salud de una niña menor de edad y con discapacidad, que merece una protección especial y específica por parte del Estado -en este caso, a través de su Obra Social-.

En este análisis no puede soslayarse que, si bien la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y la ley Nacional 24.901 no se encontraban vigentes al momento en que los accionantes reclamaron la cobertura integral de las prestaciones para la niña, las obligaciones a cargo de la Obra Social derivaban del plexo constitucional vigente desde el año 1994, que privilegia el "interés superior del niño" y consagra el derecho a la protección especial de aquellos sectores particularmente vulnerables, como son las personas con discapacidad y los menores de edad.

Conforme lo tiene dicho el Máximo Tribunal "La primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

La Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Fallos 327:3677; 332:2043) y "garantizar" significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar las medidas que pudieran tener repercusiones negativas", según indica en su Observación General nº 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional" (Fallos 332:709).

La irrazonabilidad de la negativa se evidencia en mayor medida si se analiza el caso desde la perspectiva de las fuentes internas (Ley 24.901 y Ley provincial 2644) e internacionales antes mencionadas –en especial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- que posteriormente fueron delineando, con mayor precisión, los derechos consagrados constitucionalmente a partir de la reforma de 1994.

No hay dudas, entonces, respecto al deber de garantizar los derechos humanos fundamentales, en especial el derecho a la salud y con mayor resguardo por tratarse de una menor con discapacidad.

Desde la jurisprudencia nacional ese es el norte trazado, inspirada indudablemente en el principio "Pro Homine", criterio hermenéutico que informa toda la legislación referida a los Derechos Humanos y que prescribe que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

Es que el derecho a la salud (artículos 42 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) está indisolublemente unido a la calidad de vida y, por ende, a la dignidad de la persona.

En este sentido, la Corte Suprema de la Nación afirmó que: "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de la naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental, con respecto al cual

los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Causa RH – Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Ministerio de Salud y acción social –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas neoplásicas"; 24/10/2000 (J.A. 2001-III-464).

Desde allí, que el requerimiento a la cobertura integral de las prestaciones y la protección bajo análisis, en el marco específico, constitucional e internacional que la consagra, avala el reconocimiento del derecho vulnerado, tal como oportunamente fue reconocido en la acción de amparo.

Era una obligación legal para el ISSN -con base constitucional- cubrir en forma integral las prestaciones reclamadas, por ello el comportamiento en sede administrativa, como en este ámbito, sosteniendo una actitud reticente al reconocimiento pretendido aparece como inadmisible a la luz de los principios que deben regir su accionar con relación a la atención de la salud y la vida de sus afiliados.

Las pautas interpretativas aludidas reafirman la solución aquí establecida y determinan el incumplimiento por parte de la Obra Social –durante el período reclamado-…" (cfr. en extenso, Acuerdo 50/15 "F. J. M. Y OTRA C/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2160/07).

Desde estos lineamientos que se comparten y han sido base de las decisiones dictadas en las tres Salas de esta Cámara, es claro que el recurso en punto a la inexistencia de ilegalidad manifiesta no puede prosperar.

La situación dada en la causa y los términos del recurso patentizan el incumplimiento del demandado: no puede sostener que sólo se encuentra obligado al pago del 100%, en tanto se trate de prestadores del instituto.

En este caso, tampoco puedo dejar de considerar, que inicialmente la institución terapéutica se encontraba dentro de los prestadores, desde lo cual, siquiera se podría alegar que no se intentara inicialmente efectuar el tratamiento con un prestador.

La importancia de la continuidad y los logros alcanzados, de los que da cuenta el pronunciamiento de grado y no son motivo de queja alguna, ni prueba en contrario, coadyuvan al acierto de la decisión adoptada.

3. Y en cuanto a la asistencia escolar, y la mentada incongruencia, señaló el Dr. Pascuarelli, en voto al que adhiriera:

"…la decisión no resulta incongruente porque el A-quo resolvió de acuerdo a los términos que surgen de la pretensión y la contestación de la recurrente calificando la prestación requerida conforme la situación fáctica alegada y acreditada en autos.

Ello porque los actores solicitaron, más allá de la denominación, que se cubriera la prestación para el apoyo a la integración escolar que resulta imprescindible para la inclusión social y educativa de la niña (fs. 81), cuestión sobre la que se desarrolló el expediente administrativo y el debate de autos.

En ese marco, el A-quo, primero dispuso la medida cautelar ordenando al ISSN que cubriera el 100% del valor del módulo del acompañante terapéutico, lo que no fue cuestionado por la demandada y, luego, hizo lugar a la pretensión.

Además, de los considerandos del fallo impugnado surge que se refiere a prestaciones terapéuticas educativas.

Así, a partir de lo expuesto en cuanto a la medida cautelar, los términos de la demanda, el informe y los considerandos del fallo impugnado, se observa que no estamos ante un error en la fijación de los hechos o la aplicación del derecho (cfr. PETERS GABRIELA LORENA CONTRA I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", Expte. Nº 70808/2015), por lo que la decisión no resulta incongruente.

Tampoco resulta procedente el segundo agravio porque el art. 2 de de la ley 24.901 señala que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la misma y el art. 17 comprende a las prestaciones educativas.

Además, cabe señalar que a fs. 278 el Sentenciante sostuvo que "más allá de la denominación que se le dé a la prestación, acompañante terapéutico como refiere la actora o maestro escolar como lo denomina la demandada, lo cierto es que es esta última la obligada a brindar cobertura, dentro del marco legal señalado".

Por último, en punto a la prestación a otorgar, es necesario señalar que la sentencia dispone que la obra social deberá brindar o cubrir el 100% del costo de la prestación para que la acompañe en su proceso de inclusión social y educativa, así como establece que los terapeutas de la niña y sus médicos tratantes deberán efectuar la prescripción correspondiente respecto a la extensión y modalidad de la misma (fs. 279), lo cual denota que las necesidades de A.P. al respecto constituyen los límites de la prestación…" (cfr. de esta Sala I, "U. R. I. C/ I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO" EXP Nº 72440/2015).

Como se advierte, estos conceptos son plenamente trasladables al presente y dan respuesta adversa al agravio.

Es que, como también señalara la Sala II, de esta Cámara:

"…en lo que se refiere a la asistencia para la integración escolar, tal como lo precisa la sentencia de grado, tal asistencia se encuentra prevista en el art. 17 de la Ley 24.901, régimen al que ha adherido la Provincia del Neuquén. Cabe recordar que las prestaciones que determina la ya citada Ley 24.901 están a cargo de la obra social (art. 2), más allá de la necesidad que los programas de integración escolar, conforme lo requiere la última parte del referido art. 17, deban ser inscriptos y supervisados por

la autoridad competente, en el ámbito provincial, el Consejo Provincial de Educación, recaudo este último, que puede ser exigido por la demandada a efectos de cumplir con la cobertura ordenada" (cfr. "Tramaglia C/ ISSN", Expte. 54699/2012).

Agregándose: "…En todo caso, podría la demandada otorgar la cobertura de maestra integradora acudiendo ella al Consejo Provincial de Educación, pero no puede denegar la prestación en tanto, como se señaló, la ley la ha puesto a su cargo.

Cabe señalar que las restantes Salas de esta Cámara de Apelaciones coinciden, en líneas generales, con lo manifestado en el fallo "Tramaglia".

Por su parte la jurisprudencia nacional también es coincidente con dicha posición. Así, la Cámara 2da. en lo Civil y Comercial de Córdoba determinó que la obra social provincial demandada está obligada a brindar cobertura integral del tratamiento para el autismo recomendado para el hijo de los amparistas en un centro médico no incluido en la nómina de prestadores, pues, si bien la negativa de aquella se fundó en una norma local, el derecho constitucional a la salud del niño discapacitado se encuentra tutelado por normas de rango superior, máxime cuando su dolencia lo coloca en una situación de extrema vulnerabilidad (autos "A.L., A.N. c/ Administración Provincial de Seguro de Salud", 14/5/2014, LL AR/JUR/19433/2014). En igual sentido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, sostuvo que la obra social está obligada a brindar cobertura integral a su afiliada que porta una discapacidad, más allá de los topes máximos que financia la administración de programas especiales a las obras sociales, en tanto es la única obligada frente al beneficiario (autos "L.V.V. c/ OSADEF", 5/12/2014, DFYP 2015, pág. 267).

En tanto que la Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial II determinó que la obra social debe brindar cobertura integral y gratuita del costo que demande la prestación de una maestra orientadora integradora para asistir sanitariamente a un menor de edad que padece un retraso mental leve con deterioro del comportamiento de grado no especificado, y perturbación de la actividad y la atención, ya que están comprometidos derechos esenciales como son el derecho a la salud y a una mejor calidad de vida (autos "D.V. c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos", 1/7/2014, LL AR/JUR/35960/2014).

Lo dicho no sólo otorga razón a la sentenciante de grado respecto de la condena impuesta a la demandada, sino que también brinda respuesta a la queja de esa parte respecto a la existencia de un acto manifiestamente ilegal que compromete, en forma actual e inminente, el derecho a la salud de la niña de autos. Desde el momento que se afecta la integralidad de la prestación requerida por la hija del amparista, no solamente se viola la ley, sino que se vulnera el derecho a la salud de la persona menor de edad, portadora de una discapacidad…" (cfr. Sala II, "SCABECE JORGE ANTONIO C/ I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO", Expte. Nº 72638/2015).

4. Por último, debo señalar que el antecedente que cita el recurrente, correspondiente a esta Sala y dictado en la causa "Gonzalez Delma Trinidad", no es aplicable en la especie. A diferencia de aquél, en este caso, nos encontramos frente a un supuesto en el cual, se encuentran comprometidos derechos de un niño con discapacidad. Tales situaciones de vulnerabilidad, son objeto de una especial protección constitucional y convencional que determinan que la decisión adoptada por la magistrada, debe ser confirmada.

En orden a todas estas razones, propongo al Acuerdo que se desestime el recurso de apelación, confirmándose el pronunciamiento de grado, en todo cuanto fuera motivo de agravios, con costas a cargo del recurrente vencido. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 92/98 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 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

**"ROSALES LUIS MARCELO 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.: 500828/2013) – Sentencia: 75/17 – Fecha: 27/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

PERITO MEDICO. RECUSACION DEL PERITO. PLAZO. LESION EN EL ROSTRO. CICATRICES. RECONOCIMIENTO EN SEDE ADMINISTRATIVA. INFORME PERICIAL. APRECIACION DE LA PRUEBA. BAREMO.

1.- Los cuestionamientos acerca de la parcialidad de la perito, que se entroncan con el planteo recusatorio subyacente no puede prosperar, toda vez que el planteo –como se señalara- fue efectuado con posterioridad a la presentación del informe, sino que –además- lo fue con posterioridad a los cinco días de conocer el motivo en el cual se funda: Nótese que adjunta una presentación de fecha 15/05/2015; que el 01/06/2015 pide se intime a la presentación de pericia y el planteo se concreta con fecha 18/06/2015.

2.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda al considerar el A quo que no se ha acreditado que exista por las cicatrices - lineales (verticales) en el lado izquierdo de la frente e imperceptibles a distancia social (3 metros) y que han evolucionado favorablemente-, un saldo incapacitante pendiente de resarcimiento –en sede administrativa el actor percibió el resarcimiento del 12% de incapacidad-. Ello es así, pues la parte actora no adujo en la demanda, en el alegato ni en la queja que las heridas sufridas posean alguna característica específica que pudiese dar pie a pensar que es incapacitante en mayor grado que el reconocido. Así, no adujo, que las cicatrices sean queloides, que hayan tenido un proceso patológico de curación, que la sensibilidad esté aumentada ni que dicha herida suturada afecte algunas de la funciones de la cara.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ROSALES LUIS MARCELO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA1 EXP Nº 500828/2013) 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 Sr. Juez rechaza la demanda en todas sus partes. Para así hacerlo considera:

"…De la pericia médica practicada en autos que obra glosada a fs. 137/138 y que mereciera la impugnación de la actora según su escrito de fs. 144/149, se extrae que el actor no padece secuela incapacitante alguna con motivo de las cicatrices resultantes del accidente por cuanto, según lo describe el experto, estas son imperceptibles a distancia social (3 metros) y han evolucionado favorablemente.

La impugnación de fs. 144 no pasa de ser una discrepancia subjetiva con las conclusiones del experto puesto que no produce ninguna disputa con el núcleo de la principal afirmación de la perito que sostiene que las cicatrices son "imperceptibles" y que por esto no son generadoras de incapacidad indemnizable.

Si bien no comparto, plenamente, con la perito que no corresponda otorgar porcentaje alguno de incapacidad ante tal circunstancia, lo que resulta claro es que en autos no ha quedado en modo alguno acreditado que el porcentaje fijado en sede

administrativa y en función del cual el actor percibiera el resarcimiento del 12% de incapacidad, muestre que resultara insuficiente en el caso.

De modo que, no habiéndose acreditado en autos que exista un saldo incapacitante pendiente de resarcimiento, la acción no podrá prosperar…"

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de hojas 201/216 y cuyo traslado no es respondido.

1.2. Los agravios planteados se resumen en las siguientes cuestiones:

a) Sostiene que el magistrado no tuvo en cuenta las impugnaciones que oportunamente efectuara. Dice que el perito no respondió en la forma debida, desconociéndose la grave incapacidad que afecta al actor.

Dice que las lesiones producidas son dos heridas en el rostro, en la región frontal izquierda. Indica que las heridas sufridas han interesado a las capas más profundas de la dermis.

Se refiere al Baremo aplicable y dice que la perito se aparta de sus preceptivas. Alude a los términos de la impugnación.

b) En este mismo punto, alude a la falta de imparcialidad de la perito. Indica que la perito tiene una visión sesgada de la normativa aplicable que perjudica al trabajador. Dice que su situación es encuadrable en las causales de recusación, en tanto existe conflicto de intereses y se afecta la garantía de imparcialidad, atento a que la misma se ha desempeñado en el ámbito de las ART.

Dice que, además, las graves deficiencias del dictamen no han sido receptadas por el magistrado, lo que afecta su derecho de defensa.

c) Se explaya sobre la importancia de la pericia y dice que el magistrado omitió ponderar el informe médico adjuntado por su parte, del cual surge la incapacidad reclamada.

Solicita que en su caso y de considerarse necesario, se practique nueva pericia ante esta Alzada.

2. En primer término debo señalar que los cuestionamientos acerca de la parcialidad de la perito, que se entroncan con el planteo recusatorio subyacente no puede prosperar.

Más allá del análisis de atendibilidad, no puedo dejar de señalar que no se cuestionó oportunamente a la perito, sino sólo a partir de que la auxiliar evacuara el informe encomendado.

Al respecto señalan Koch y Rodríguez Saumell:

"…el perito designado de oficio por el juez sólo puede ser recusado con justa causa, dentro del quinto día de notificado el nombramiento… Si bien el plazo antes mencionado es perentorio, se refiere a las causales de recusación ya existentes al momento de su designación. Por lo tanto, nada obsta a que en el supuesto de que se comprobara la existencia "sobreviniente" de causales de recusación con posterioridad a la designación del perito, las mismas puedan ser invocadas.

Aún más, la causal de recusación pudo existir con anterioridad y no ser conocida por la parte…"

Pero, aún en estas hipótesis, "…deberá deducírsela dentro del quinto día de haber llegado a conocimiento del recusante la causal pertinente" y ello, además, con un límite: "…Así como la recusación con causa de los jueces, deberá deducirse antes de quedar el expediente en estado de sentencia, por analogía se interpreta que la recusación con causa de los peritos puede deducirse hasta el momento de la presentación del dictamen…" (cfr. Koch, Eduardo Alfredo - Rodríguez Saumell, Mariana "Informe pericial - (Su impugnación. Distintos supuestos. Poderes y deberes del juez)", Publicado en: LA LEY 1990-A, 881).

Como se advierte, ninguno de los extremos concurre en el caso, no sólo por cuanto el planteo –como se señalara- fue efectuado con posterioridad a la presentación del informe, sino que –además- lo fue con posterioridad a los cinco días de conocer el motivo en el cual se funda: Nótese que adjunta una presentación de fecha 15/05/2015; que el 01/06/2015 pide se intime a la presentación de pericia y el planteo se concreta con fecha 18/06/2015.

Por ello y en orden, además, a las razones dadas por el magistrado en hojas 156, tal planteo no habrá de prosperar.

3. Sentado lo anterior, tampoco advierto que el dictamen efectuado carezca de argumentaciones serias, a punto tal de carecer de sustento.

En este sentido, en realidad, el recurrente no rebate el argumento central del magistrado: "la impugnación de fs. 144 no pasa de ser una discrepancia subjetiva con las conclusiones del experto puesto que no produce ninguna disputa con el núcleo de la principal afirmación de la perito que sostiene que las cicatrices son "imperceptibles" y que por esto no son generadoras de incapacidad indemnizable".

Nótese que, al efectuar el dictamen, La Comisión Médica Nro 9 consignó: "…

Rostro: Se observan cuatro cicatrices lineales superficiales en la frente.

Todas son lineales de bordes prolijos y todas tienen un ancho de 1 mm. Todas son verticales en el lado izquierdo de la frente. La primera de 4 cm, otra paralela y a 1 cm. de 3 cm. Otras dos, en la cola de la ceja izquierda que forman una V. Una de las ramas mide 1 cm y la otra 1.5 cm… que si bien en el examen efectuado en la audiencia se constataron cicatrices lineales superficiales de

trazo uniforme, oblicuas, paralelas, de bordes finos, con una separación idéntica entre cada una de ellas… Que las cicatrices son prácticamente imperceptibles y desaparecerán con el paso del tiempo, haciéndose visibles con buena luz y a una distancia de 50 cm…".

En base a ello, se determina una incapacidad del 12%, no aplicándose factores de ponderación.

Luego, al practicarse la pericia, se indica: "Rostro simétrico, sin deformidades. En región frontal izquierda presenta dos cicatrices paralelas y en sentido oblicuo al eje transversal frontal. Ambas cicatrices de iguales características: lineales de 4.5 y 3.5 cm respectivamente, ligeramente hipocrómicas en relación a la piel perilesional, no adheridas a planos profundos. Visibles a una distancia social de 3 mts".

Determina la inexistencia de incapacidad, indicando que "sólo toman la capa superficial de la piel, sin dañar tejido celular subcutáneo… Las heridas de capas superficiales con el transcurso del tiempo se va aclarando (hipocrómica) su superficie hasta hacerse imperceptibles como en el caso de autos que no son visibles a una distancia social de 3 mts".

Debo aquí hacer notar que más allá de que el Baremo previsto por el Decreto 659/96 contempla la incapacidad por cicatrices en el rostro, lo hace en el siguiente contexto que el mismo recurrente invoca: Al referirse a las lesiones de la piel indica que "La evaluación de las mismas toma en cuenta: las zonas afectadas, la profundidad y extensión de la lesión, la repercusión funcional y el grado de dificultad laboral que ocasionan; en función de estos factores, se fijará el grado de incapacidad dentro del rango establecido". Y, en punto al rostro, nuevamente consigna, en similar línea: "Para la evaluación de las lesiones producidas en la cabeza y el rostro se tendrán en cuenta: la zona afectada, la extensión de la lesión, la profundidad de la misma, el aspecto, complicaciones, cambios de color y el compromiso anátomo-funcional de los distintos órganos allí localizados. Asimismo se valorará la repercusión estética…"

Es que, en términos generales, la lesión estética constituye daño resarcible "siempre y cuando se den los siguientes factores: 1. El daño estético sea visible, es decir apreciable exteriormente, 2. Se genere por una lesión anatómica -observable a simple vista- o funcional -perceptible en la dinámica del desenvolvimiento somático del sujeto- y 3. Debe subsistir. En otras palabras, debe tener estabilidad temporal al momento de ser apreciado (conf. Zavala de González, "Daños a las personas", t. 2.a, ps. 150/55).

En el campo del derecho laboral, se ha establecido que la lesión que afecta la estética del trabajador es indemnizable en los términos de la ley 9.688 sólo cuando pueda significar disminución de ganancia, dificultad o imposibilidad para obtener trabajo, circunstancia a decidir en cada caso concreto (CNTr. acuerdo plenario n° 56, 30/07/59, "Silva, Heliodoro c/Florio y Cía SRL").

Si bien la ley 24.557 ha reemplazado a la n° 9688 no puede dudarse que la doctrina plenaria transcripta goza de buena salud pues en el caso que nos ocupa (CNTr. Sala II, 31/08/16, "Zambelli, Aníbal Gustavo c/Consolidar ART SA s/Accidente-ley especial") se defiende similar postura ante un siniestro laboral…" (cfr. Pawlowski de Pose, Amanda Lucía, "Sobre las lesiones estéticas y el régimen de tutela impuesto por ley 24.557", Publicado en: DT 2017 (marzo), 507).

Y así se ha dicho: "…Tratándose de una lesión estética y sin necesidad de efectuar un análisis exhaustivo respecto a su naturaleza, es claro que si la misma no es susceptible de afectar la aptitud laboral del trabajador, no resulta resarcible en función de las pautas fijadas en legislación específica en la materia. En tal caso, le asiste a víctima la posibilidad de acudir a las normas del derecho común, que en cuanto a la lesión estética consideran a los fines del resarcimiento otros parámetros que se vinculan no sólo con la actividad funcional, sino con otros aspectos propios de la vida de relación del individuo y esencialmente teniendo en vista la noción de integridad corporal que es, en definitiva, un bien extrapatrimonial.

Por lo tanto, si como en el caso que nos ocupa las cicatrices no resultan generadoras de ningún menoscabo de la capacidad funcional o laboral del Sr. V., no cabe computar las mismas a los fines de la incapacidad laboral prevista en los términos de la ley 24.557, 26.773 y normas concordantes…." (cfr. Cámara Segunda del trabajo de Bariloche, V., A. A. c. S.M.G. A.R.T. S.A. s/ accidente de trabajo • 23/09/2015 Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/46484/2015).

Y así también se ha sostenido que "Desde el punto de vista médico legal, sólo interesan las cicatrices "viciosas", ya que las cicatrices normales, planas, libres, no retráctiles ni adherentes a los planos profundos, que no desfiguran, ni incapacitan en forma parcial ni permanente o que sólo provocan una incapacidad temporal no interesan, en tanto sólo la cicatriz cutánea viciosa puede generar incapacidad laborativa…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, Alfaro, Walter c. Tintorería y Estampería Industrial Nueva Pompeya S. A. • 12/07/1996 Publicado en: DT 1996-B, 2908),

3.1. Sin embargo, a esta altura del desarrollo es importante destacar que, como lo indicara precedentemente, el Baremo de aplicación efectúa un específico tratamiento de las cicatrices en el rostro; según lo interpreto, esto es lo que da fundamento a la consideración que efectúa el magistrado, al consignar "…no comparto, plenamente, con la perito que no corresponda otorgar porcentaje alguno de incapacidad ante tal circunstancia…".

Pero lo cierto es que, en orden a las constancias existentes, también encuentro acertado el razonamiento que efectúa renglón

seguido: “lo que resulta claro es que en autos no ha quedado en modo alguno acreditado que el porcentaje fijado en sede administrativa y en función del cual el actor percibiera el resarcimiento del 12% de incapacidad, muestre que resultara insuficiente en el caso…”.

Nótese aquí que el apelante no adujo en la demanda, en el alegato ni en la queja que las heridas sufridas posean alguna característica específica que pudiese dar pie a pensar que es incapacitante en mayor grado que el reconocido.

Así, no adujo, que las cicatrices sean queloides, que hayan tenido un proceso patológico de curación, que la sensibilidad esté aumentada ni que dicha herida suturada afecte algunas de la funciones de la cara.

Nada de esto surge tampoco del informe elaborado por el médico particular.

Véase que, por el contrario, y en línea coincidente con los restantes dictámenes, se refiere a las cicatrices de la siguiente manera: “Se observan tres cicatrices lineales [el recurrente al impugnar y en el recurso hace alusión sólo a dos] superficiales en la frente, de bordes prolijos, normopigmentadas. Todas tienen un ancho de 1 mm. Todas son verticales en el lado izquierdo de la frente. Sobre el arco ciliar, en cercanía de la unión con el cuero cabelludo se extienden dos de ellas, la más importante de 4 cm de longitud, la otra de 3 cm. A 2 cm de la cola de la ceja se proyecta la tercera de un 1 cm de longitud. No se observan retracciones”.

4. Es que, en definitiva, “…Bernabé L. Chirinos señala que los baremos pretenden crear criterios objetivos de evaluación de incapacidades; pero, como criterio de medición, debe ser utilizado en función del paciente, dado que basado en el principio que no hay enfermedad sino enfermos, siempre tiene que tenerse en cuenta los factores personales. De allí que para ponderar en definitiva el grado de incapacidad, además de las tablas o baremos se tendrán en cuenta, entre otros factores, la edad del trabajador, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral (los tres mandados incorporar por el decreto n° 659/1996) –cfr. aut. cit., “La reparación del daño en la ley de Riesgos del Trabajo”, DT 2014, pág. 987-.

“Ahora bien, teniendo en cuenta que el recurso a los baremos es a mero título instrumental, puesto que su valor es sólo indiciario (cfr. CNAT, Sala VI, “Alem c/ Marifan Internacional S.A.”, 11/8/1997; ídem., Sala X, “Carbonel c/ Con Ser S.A.”, 26/3/2001, ambos citados por Mark, Mariano – Vardé, Francisco, “Manual de jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, Ed. LexisNexis, 2007, pág. 35)” y que, en definitiva, es el magistrado judicial quién, en ejercicio de sus potestades decisorias, debe apreciar la pericia judicial en consonancia con los restantes elementos probatorios (art. 476, CPCyC de aplicación en el sub lite en virtud de lo dispuesto por el art. 54 de la Ley 921)” debo aquí concluir que el análisis efectuado por el magistrado se ajusta a las constancias de la causa, mostrándose como una solución razonable (cfr. “RAMIREZ JUAN CARLOS C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ RECURSO ART.46 - LEY 24557”, Expte. Nº 470307/2012, del registro de la Sala II).

En mérito a estas razones, propongo al Acuerdo, desestimar el recurso de apelación, confirmando el pronunciamiento de grado, en todo cuanto ha sido materia de agravio. 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.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 194/197 vta. en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 17, Ley 921 y 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

**"TALADRIZ NELSON C/ INGENIERIA SIMA S.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de

Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 399259/2009) – Sentencia: 77/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. DESPIDO APRESURADO. FALTA DE INJURIA LABORAL.

El despido indirecto decidido por el trabajador ante la negativa del empleador de reintegrarle tareas hasta tanto una junta médica privada dirimiera la discrepancia suscitada con relación a su aptitud laboral, sin brindar explicación alguna respecto del ofrecimiento de someterse a dicha junta, resulta una decisión apresurada que torna improcedente el reclamo de las indemnizaciones derivadas del despido.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TALADRIZ NELSON C/ INGENIERIA SIMA S.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES" (JNQLA4 EXP Nº 399259/2009) 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. 443/446vta. la demandada apela la sentencia de fs. 432/440 por la cual se hizo lugar a la demanda con costas.

En primer lugar, se agravia porque se consideró que la única función que le da al empleador la LCT es la del control de la enfermedad del trabajador. Dice, que tenía el deber de ser diligente y responsable por la salud del empleado y chequear su estado de salud debido al alta. Expresa, que en junio el actor presentó un certificado comunicando alta para tareas livianas y un mes después para tareas normales, por lo que le correspondía chequear dicha condición de salud para evitar mayores perjuicios. Sostiene, que por eso, frente a la intimación a otorgar tareas solicitó una junta médica.

Luego, se queja porque se sostuvo que ante el alta médica debió otorgar tareas o en su defecto iniciar acción sumarísima y no citar a un control médico. Dice, que no hay obligación normativa a que inicie una acción judicial, que el trabajador era de edad avanzada, tuvo una fractura expuesta y que sus tareas normales requieren de esfuerzo físico. Expresa, que en esas condiciones debía verificar su estado de salud. Agrega, que el control médico no se pudo realizar por el apresurado despido del actor.

Expresa, que ante el alta para tareas livianas ordenó un control médico y ante la discrepancia de criterios negó la reincorporación por lo que ante el nuevo certificado se debía seguir el mismo procedimiento.

En tercer lugar, alega la incorrecta valoración de la prueba. Dice, que el perito médico expresó que el actor no podía realizar tareas de esfuerzo, sí tareas livianas, y que no se puede tener certeza de sus condiciones de salud porque no fue evaluado en la fecha de las dolencias. Entiende, que ello desvirtúa el alta para tareas normales y justifica la revisión médica requerida ante el alta.

En el punto siguiente critica la consideración de que fue correcto darse por despedido. Se refiere a que el despido indirecto fue apresurado e improcedente porque no existió injuria suficiente.

A fs. 450/454 la contraria contesta el memorial. Solicita el rechazo de los agravios, con costas.

II. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas en el recurso de la demandada, el aspecto decisivo del debate de autos es determinar si el despido indirecto del accionante resulta ajustado a derecho.

En primer lugar, no se encuentra discutido que a partir del accidente de tránsito del 14/12/07 el actor comenzó la licencia por enfermedad del art. 208 LCT y desde enero de 2009 comenzó a operar la reserva de puesto del art. 211 LCT, así como que percibía la suma de $ 3.500 desde ese momento.

La demandada, por carta documento del 16/06/09, comunicó al actor que se encontraba en condiciones de jubilarse e intimó para que se inicien los trámites (fs. 20).

Luego, por telegrama de fecha 17/06/09 el actor comunicó que se le había otorgado el alta médica por el Dr. ... con fecha 01/06/09 para realizar tareas livianas y ante la negativa a dar tareas solicitó se aclare situación laboral (fs. 19).

La empleadora la rechazó por carta documento del 23/06/09 (fs. 21) manifestando que se encuentra con reserva de puesto sin alta

médica, que no tiene tareas livianas para darle, que conforme informe del Dr. ... aún no se encuentra en condiciones de asumir tareas normales y habituales sin riesgo para la salud.

El actor, por telegrama del 06/07/09, rechazó las cartas documentos anteriores, expresó que tenía alta médica para tareas livianas extendido por el Dr. ... por treinta días desde el 01/06/09 y, habiendo vencido, se encontraba apto para realizar sus tareas cotidianas, intimando para la dación de trabajo, así como expresó que rechazaba el informe del Dr. ... (fs. 18).

La demandada rechazó el telegrama anterior por carta documento del 13/07/09 (fs. 56) donde agregó que a efectos de evaluar si se encontraba en condiciones de realizar tareas normales y habituales se presente para ser evaluado por el médico laboral de la empresa.

El actor, por telegrama del 20/07/09, rechazó la misiva anterior así como presentarse a una nueva evaluación médica por considerarla dilatoria, que se encontraba apto para sus tareas habituales y se consideró despedido por la negativa de trabajo (fs. 17).

Por carta documento del 24/07/09 la empleadora rechazó el despido del actor, negó que se presentara a control médico, manifestó que se le abonaba la suma de $ 3.500 desde que comenzó el período de reserva, que la actitud del empleado era de mala fe, ofreció la retractación del despido poniendo a disposición un nuevo control médico.

Asimismo, cabe considerar que el perito médico expresó que si bien el actor le manifestó que a la fecha del alta no presentaba síntomas que le impidiesen realizar sus tareas habituales "[…] no se puede tener certeza porque en esa fecha no fue evaluado por quien suscribe. Además en las radiografías evaluadas se puede observar que tenía fractura tratada consolidada, por lo que se puede determinar que podía trabajar con las limitaciones propias del caso, es decir, no realizar tareas de esfuerzo" y después agregó que se encontraba en condiciones de realizar tareas livianas (fs. 319/321vta.).

En ese contexto entiendo aplicable lo resuelto por esta Alzada en punto a que:

"Esta situación no fue contemplada por el actor al darse por despedido directamente cuando, a partir de lo dispuesto por el art. 10 de la LCT, se debe optar por la continuidad del contrato."

"De tal manera que la decisión de darse directamente por despedido luce apresurada y contraria a los principios de buena fe y conservación del contrato, que deben observar ambas partes (arts. 10 y 63 LCT), por lo que se impone confirmar este punto de la sentencia apelada."

"En este sentido se ha sostenido que: "Resulta improcedente el despido en que se coloca la trabajadora [...], por no haber formulado, antes de comunicar tal extrema determinación, reclamo alguno a la empresa en procura del mantenimiento de las condiciones de trabajo (en el caso que no se llevase a cabo el invocado traslado). Tal apresurado proceder de la trabajadora implica la inobservancia del deber de buena fe con que debe conducirse durante toda la vigencia del contrato", (CNTrab., Sala IV, "Blehm Cynthia Lorena c/ Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión s/ despido", 12/05/08, SD 93294)", ("RAMIREZ RODRIGUEZ FRANCISCO CONTRA NEUQUEN PRODUCE S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP Nº 389944/9; "JARA GUTIERREZ HERNAN GABRIEL CONTRA INDALO S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP Nº 394691/2009).

Luego, a mayor abundamiento, cabe señalar que la decisión de la empleadora de convocarlo a una nueva junta médica, conforme el art. 210 LCT, no resulta irrazonable a tenor de sus problemas de salud, las tareas que venía desempañando y las que podría realizar (cfr. "JARA GUTIERREZ HERNAN GABRIEL CONTRA INDALO S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP Nº 394691/2009).

En este sentido, esta Alzada ha sostenido que: "Si bien es cierto que ninguna norma legal o convencional impone en forma expresa la obligación de la empresa de convocar a una Junta Médica ante la discrepancia que se produzca entre las certificaciones médicas presentadas por un trabajador y el resultado del control médico previsto en el art. 210, LCT, cabe recordar que el art. 62, LCT ha establecido una regla genérica que determina el modo en que deben actuar las partes del contrato de trabajo para superar aquellas cuestiones que no estén previstas en forma específica. Esta regla genérica de conducta resulta aplicable al caso en el que deriva de las reglas de los arts. 208/210, LCT, la necesidad de resolver con criterio de colaboración y solidaridad, las controversias que se plantean …"(ibid, p. 853, citado en "CORCHETE", Expte. Nº 401361/9, Sala II)."

"Y bien, analizando el caso conforme las pautas de colaboración, solidaridad y buena fe reseñadas, considero que frente a la discrepancia entre el psicólogo particular de la trabajadora y lo manifestado por la demandada, con sustento en la Junta Médica, no resulta ajustado a derecho el despido indirecto en que se puso la actora, si tales discrepancias pudieron despejarse con la nueva Junta Médica que proponía la empleadora."

"De suerte tal que mientras esta última intentó agotar las alternativas que pudieran zanjar el conflicto, la actora tomó una decisión apresurada, que no se condecía con los deberes de conducta antes indicados […]".

"El despido indirecto decidido por el trabajador ante la negativa del empleador de reintegrarle tareas hasta tanto una junta médica privada dirimiera la discrepancia suscitada con relación a su aptitud laboral, sin brindar explicación alguna respecto del ofrecimiento de someterse a dicha junta, resulta una decisión apresurada que torna improcedente el reclamo de las indemnizaciones derivadas del despido" (Ortiz, Christian Javier c. Organización Coordinadora Argentina S.R.L., Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, 29/04/2009, AR/JUR/13568/2009)", ("BEUTE MARIA INES CONTRA ASOC. MUT. SERV. EDUC. JEAN PIAGET S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP Nº 377948/8; "JARA GUTIERREZ HERNAN GABRIEL CONTRA INDALO S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP Nº 394691/2009).

A partir de ello, resulta que el despido indirecto en que se coloca el actor, analizado conforme las pautas de los artículos 10, 63 y 242 LCT, resulta prematuro y desproporcionado por lo cual deviene improcedente.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar a la apelación de la demandada deducida a fs. 443/446vta. y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 432/440 y rechazar la demanda por las razones expuestas en los considerandos. Imponer las costas de ambas instancias al actor vencido (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) debiendo readecuarse los honorarios de primera instancia (art. 279 del C.P.C. y C.) y regular los de esta etapa en un 30% de aquéllos (art. 15, LA).

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 a la apelación de la demandada deducida a fs. 443/446 vta. y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 432/440 y rechazar la demanda por las razones expuestas en los considerandos.

2. Imponer las costas de ambas instancias al actor vencido (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.); readecuar los honorarios de la instancia de grado (art. 279 del C.P.C. y C.) debiendo remitirse los presentes a origen a efectos de que proceda a practicarse una nueva regulación, previa planilla de liquidación (art. 20, LA) y regular los de esta etapa en un 30% de los anteriores (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

**"AQUEVEQUE MOLL MAKARENA J. C/ ADT SECURITY SERVICES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 467557/2012) – Sentencia: 78/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

ABANDONO DE TRABAJO. CERTIFICADO MEDICO. PRESENTACION. VALORACION DE LA PRUEBA. LIQUIDACION FINAL. RUBROS RECONOCIDOS.

1.- Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda atento a la falta de configuración del abandono de trabajo para justificar el despido, pues el certificado médico […] tiene una constancia de recepción de la demandada con sello […] y esta prueba documental acompañada en la demanda por la actora no fue expresamente desconocida por la empleadora, dado que se limitó a efectuar un desconocimiento general porque no se le había

acompañado copias […] cuando en la cédula de notificación se le comunicó que se eximió a la actora de acompañar copias encontrándose a disposición de la contraria en Secretaria. Lo cual, valorado en conjunto con la declaración de la testigo H. conforme las reglas de la sana crítica (art. 386 del C.P.C. y C.) conduce a tener por acreditada la presentación de dicho certificado.

2.- […] los rubros abonados por liquidación final -$ 17.860- (indemnización por clientela, vacaciones no gozadas, SAC s/vacaciones no gozadas, redondeo), no se corresponden con los reclamados en la demanda, […], que se tuvieron como procedentes en la sentencia, […]. (indemnización por antigüedad, integración mes de despido, indemnización sustitutiva de preaviso, SAC s/preaviso, multa art. 2 ley 25323 y multa art. 80 LCT), por lo cual la demanda prosperá por la suma de $ 68.513,83.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "AQUEVEQUE MOLL MAKARENA J. C/ ADT SECURITY SERVICES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (JNQLA1 EXP Nº 467557/2012) 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. 289/294 vta. se dicta sentencia por la cual se hace lugar a la demanda y condena a la demandada al pago de la suma de $ 50.653,83 más intereses y costas.

A fs. 297/298 vta. apela la actora. Se agravia porque se ordenó descontar la suma de $ 17.860 porque fueron abonados por la demandada en concepto de liquidación final. Dice, que los conceptos abonados por liquidación final no se superponen con los reclamados en autos y reconocidos en la liquidación practicada por el perito contador por lo que no corresponde su compensación.

A fs. 303/305vta. apela y expresa agravios la demandada. Sostiene, que el A-quo parte del vicio de considerar que el día 8/11/11 la actora se encontraba cubierta por licencia médica en virtud de un supuesto certificado del 04/11/11, lo cual considera incorrecto.

Alega la inexistencia de licencia médica el día que se produjo el despido porque negó que la actora presentara certificado médico el 04/11/11 y la accionante no probó la autenticidad del certificado ni que se hubiese entregado a la empresa. Respecto a la autenticidad, dice que se ofreció la testimonial del Dr. Hugo Rosen pero luego se desistió de esa prueba. Agrega, que tampoco se acreditó su presentación porque la testigo Hirschfeld se refiere a que presentó un sobre pero no vio que contenía. Expresa, que no habiendo acreditado la actora la presentación del certificado médico resulta procedente el despido por abandono de trabajo.

A fs. 308/309 la actora contesta el traslado del recurso de la contraria.

Solicita su rechazo, con costas.

II. Ingresando al análisis de las apelaciones corresponde comenzar por el tratamiento del recurso de la demandada porque hace a la plataforma fáctica.

1. Al respecto, cabe partir de considerar que, como sostiene la contraria el certificado médico de fs. 44 tiene una constancia de recepción de la demandada con sello "Natalia Quiroga, Recepción, ADT Security Services S.A.", con fecha 4/11/11 y esta prueba documental acompañada en la demanda por la actora no fue expresamente desconocida por la empleadora, dado que se limitó a efectuar un desconocimiento general porque no se le había acompañado copias (fs. 80) cuando en la cédula de notificación se le comunicó que se eximió a la actora de acompañar copias encontrándose a disposición de la contraria en Secretaria.

Lo cual, valorado en conjunto con la declaración de la testigo Hirschfeld conforme las reglas de la sana crítica (art. 386 del C.P.C. y C.) conduce a tener por acreditada la presentación de dicho certificado.

Asimismo, más allá de lo expuesto, la crítica de la recurrente resulta insuficiente para desvirtuar el razonamiento del A-quo porque no se dirige a rebatir sus fundamentos respecto a la falta de configuración del abandono de trabajo para justificar el despido (fs. 292).

2. Luego, respecto a la apelación de la actora entiendo que resulta procedente por cuanto, como sostiene en el recurso, los rubros abonados por liquidación final, conforme el recibo de fs. 63 y la pericia contable a fs. 144 (indemnización por clientela, vacaciones no gozadas, SAC s/vacaciones no gozadas, redondeo), no se corresponden con los reclamados en la demanda, liquidación de fs.

48vta., que se tuvieron como procedentes en la sentencia, liquidación de fs. 293 vta. (indemnización por antigüedad, integración mes de despido, indemnización sustitutiva de preaviso, SAC s/preaviso, multa art. 2 ley 25323 y multa art. 80 LCT), por lo cual la demanda prosperá por la suma de $ 68.513,83.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 303/305 vta. y hacer lugar al de la actora planteado a fs. 297/298vta. En consecuencia, modificar la sentencia de fs. 289/294 vta. en cuanto al monto de condena que asciende a la suma de $ 68.513,83 con más los intereses allí determinados. 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 instancia en un 30% de los de la anterior.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Adhiero al voto de mi colega. Como indica, las sumas contempladas en el recibo obrante en hoja 63, no se corresponden con los rubros reclamados.

Por lo demás, nótese que el rubro más relevante se refiere a “indemnización por clientela” y en este sentido he señalado, en argumento que coadyuva al razonamiento de mi colega:

“…Más allá de que el razonamiento esbozado no surge de la letra de las normas en juego, lo cierto es que tampoco halla correlato el ámbito doctrinario y jurisprudencial, puesto que en ambas esferas se coincide en que la indemnización por clientela prevista en el art. 14 de la ley 14.546 es “sin perjuicio de lo que corresponda de acuerdo con la ley común” (cfr. VAZQUEZ VIALARD, Antonio, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, T.I., Ed. Astrea, p. 717), es decir, que “no excluye a las que el viajante tenga derecho por las leyes generales del trabajo” (GRISOLÍA, Julio, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, T.II, Ed. Abeledo Perrot, p. 1336).

Acorde con ello, explica Mario ACKERMAN que la norma en cuestión, aplicable a un sector de trabajadores, constituye una ley especial –un estatuto- que, en el caso, sólo regula algunos aspectos de la relación que contempla. Por ello, el régimen de la ley 14.546 se integra con las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo en todo lo no legislado expresamente, en la medida que sea compatible. En ese sentido, cabe observar que si bien el art. 3º del estatuto remite, en su primera parte, a los arts. 154 a 169 del Código de Comercio en tanto no se opongan a sus propias normas, esa remisión debe entenderse referida en la actualidad a la norma que reemplazó aquellas disposiciones legales, esto es, la Ley de Contrato de Trabajo. Así, en atención a que el viajante está vinculado con el empleador por una relación laboral, le resultan aplicables las normas generales en materia de extinción del contrato de trabajo que rigen para los trabajadores dependientes. Ello se ve corroborado por lo establecido en el art. 3 del estatuto, cuya directiva debe considerarse referida a la L.C.T. y a todas las disposiciones legales relacionadas con la institución del despido (cfr. aut. cit, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo V, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 104/105).

Así: “la indemnización por clientela regulada en el art. 14 de la ley 14.546 está conformada por un monto equivalente al 25% de lo que hubiera correspondido al viajante en caso de despido intempestivo e injustificado; vale decir que dicho porcentaje está referido a las indemnizaciones por antigüedad y –si se diere el caso- sustitutiva de preaviso y los haberes de integración” (Sup. Corte Bs. As., 18/11/97, “Reyes, Ángel v. Stagnaro, Juan”, DT 1998-B-1865)….” (cfr. esta Sala, “RODRIGUEZ GUILLERMO DANIEL CONTRA AMX ARGENTINA S.A. Y OTRO S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, Expte. Nº 351567/7). ASI VOTO.

Por ello, esta Sala I,

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 303/305 vta. y hacer lugar al de la actora planteado a fs. 297/298 vta. y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 289/294 vta. en cuanto al monto de condena que asciende a la suma de $ 68.513,83 con más los intereses allí determinados.

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 instancia 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

**"DEFENSORIA DEL PUEBLO C/ E.P.A.S Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 505532/2014) – Sentencia: 79/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

AMPARO COLECTIVO. SERVICIOS PUBLICOS. SERVICIO DE AGUA POTABLE. ACTOS U OMISIONES DE AUTORIDADES PÚBLICAS. ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (EPAS). DESBORDES CLOACALES. VIA PÚBLICA. OBRAS DE MANTENIMIENTO. PLAZO DE EJECUCION. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. SANCIONES CONMINATORIAS. ASTREINTES. PLAZO. COMPUTO. DISIDENCIA.

1.- El Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS) debe realizar las obras que permitan evitar definitivamente los desbordes cloacales que ocurren en una zona de la ciudad, como así también el mantenimiento y continuidad de las acciones paliativas y de las acciones de restauración, presentando, en un plazo que no excederá de los cuatro meses, contados a partir de encontrarse firme la presente, [y no dentro del plazo de 180 días hábiles de encontrarse firme la presente, fijado por el a-quo] el plan de obras a su cargo, para cuya realización deberán detallarse los plazos parciales y totales, con precisión de las fuentes de financiamiento. Este plan que, en los términos expuestos en el pronunciamiento de grado, deberá "evitar definitivamente los desbordes cloacales que ocurren en las bocas de registro de la red troncal Necochea, evitando además que escurran en la vía pública así como en el canal del mismo nombre" estará sujeto al control y aprobación judicial, en la etapa procesal de ejecución. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría).

2.- Al haber ocasionado la deficiente prestación de servicio un daño, éste debe ser reparado, siendo entonces responsable el EPAS por las consecuencias derivadas de la omisión o de la deficiente o insuficiente ejecución de los cometidos a su cargo. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría).

3.- En orden a las astreintes, siendo que notificado y ejecutoriado el auto que las impone, recién la sanción –en su faz de penalidad- resulta aplicable. Luego, cabe hacer lugar al planteo del EPAS quien entiende que las astreintes no deben devengarse desde la fecha del apercibimiento, sino a partir de que se hicieran efectivas; en el caso, desde que quedó firme la resolución que las impuso. (del voto de la Dra. Pamphile, mayoría).

4.- En tanto la queja no resulta suficiente para sostener que resulta arbitrario el plazo fijado por la A-quo, corresponde aclarar la sentencia en el sentido que el plazo es de 180 días hábiles desde que se encuentre firme. (del voto del Dr. Pascuarelli, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "DEFENSORIA DEL PUEBLO c/ E.P.A.S Y OTRO s/ ACCION DE AMPARO" (JNQCI4 505532/2014) 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, la Dra. CECILIA PAMPHILE dijo:

1. La Sra. Jueza hace lugar al amparo ambiental colectivo instado por la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Neuquén contra el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS) y contra la Municipalidad de Neuquén y, en su mérito, condena "…al primero a realizar las obras que permitan evitar definitivamente los desbordes cloacales que ocurren en las bocas de registro de la red troncal Necochea, evitando además que escurran en la vía pública así como en el canal del mismo nombre. Además y a fin de componer debidamente el conflicto, lo condeno también a que remedie las aguas y el cauce del canal Necochea para que no existan allí residuos cloacales que contaminen ese curso de agua, desde que en función de lo previsto en el artículo 32 de la ley 25675, deberá además recomponer el suelo degradado por la presencia constante de desechos cloacales, disponiendo las medidas adecuadas a tal fin. Y a la Municipalidad de Neuquén la condeno a realizar los trabajos que considere convenientes para cumplir con la norma constitucional del artículo 273 de la Constitución Provincial, inciso a) ya citado, debiendo entonces mantener el canal Necochea limpio para que las aguas escurran. Todo ello dentro del plazo de 180 días hábiles de encontrarse firme la presente…"

Contra este pronunciamiento, apela el EPAS, planteando tres agravios.

En primer lugar, se queja de que la magistrada considere que no ha ejecutado sus tareas.

Indica que su parte manifestó que, pese a llevarse a cabo una serie de obras menores, era necesario realizar otras de gran envergadura que traerían aparejada la solución definitiva a los desbordes cloacales que ocurren en las bocas de registro de la red troncal Necochea.

Marca que, entre las primeras, se encuentra la puesta en funcionamiento de la Planta de Tratamiento HIBEPA, como así también, el aliviadero cloacal del Barrio San Lorenzo. A éstas, dice, se debe sumar la obra de Derivación referida al Bombeo de los Pozos Cloacales Nro. 2 y 3, ubicados a metros de la calle Necochea y República de Italia.

Dice que todas estas obras fueron realizadas por el Ente, dentro del marco del objeto del amparo, con el fin de evitar derrames y descomprimir la saturación que presenta la red Troncal Necochea.

Menciona, además, el grado de avance de las obras de gran envergadura, tal la "Colectora Central Máxima" y la "Ampliación de la Planta Tronador". Dice que éstas contribuyen a aliviar el problema en toda la ciudad de Neuquén.

Explica que, al haberse efectuado estas obras y, al surgir del informe del perito actuante, que los derrames cesaron al momento de practicarse la pericia y que los posteriores, no son de responsabilidad del Epas, la magistrada se equivoca en su valoración.

Argumenta que el EPAS llevó a cabo tareas paliativas y, además, está llevando a cabo obras de gran magnitud. De aquí que considera infundado que haya habido inejecución por parte del EPAS en las tareas que permitan dar por superada la situación.

En base a esto, requiere que se revoque la orden "de realizar obras que permitan evitar definitivamente los desbordes cloacales".

En segundo y relacionado lugar, se queja del plazo de 180 días acordado para llevar adelante las obras.

Aquí indica y resalta que, tal como se desprende de los considerandos de la sentencia, fue el mismo perito técnico ambiental quien en su informe expresó que la solución final se obtendrá con la ejecución de la obra "Plan Director Cloacal Oeste". Trae a colación que las autoridades del ente vienen gestionando la financiación que representa una cantidad estimada de $304.133.294,00, con un plazo de ejecución de 720 días.

Indica que, a la fecha no se cuenta con crédito presupuestario, a pesar de los pedidos efectuados.

Dice que, por lo tanto, carece de fundamento alguno lo sentenciado, en cuanto fija arbitrariamente un plazo de 180 días para realizar las obras que permitan evitar definitivamente los desbordes cloacales, cuando el perito indicó que el plazo de ejecución era de 720.

En tercer y último lugar, se queja de que se haya condenado al EPAS a remediar las aguas, el cauce del canal Necochea y recomponer el suelo degradado.

Dice que, ha quedado acreditado que el EPAS ha realizado las tareas de remediación, que comprendieron la extracción de líquido cloacal y recambio de la superficie del cauce del canal que fue afectada.

Sostiene que si bien el agua volvió, no se debió a los desbordes, sino a otras causas.

Por último, acompaña como hecho nuevo, las actuaciones administrativas relativas a la obra "Colector Cloacal del Oeste II".

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 674/675 por el Municipio, quien solicita que se rechace el recurso.

Concretamente y con relación al tercer agravio, dice que si el EPAS es el responsable del correcto control y gestión del desagüe cloacal, en casos de deficiencias del sistema, debe reparar los inconvenientes que ha producido.

La actora no contesta.

2. Luego de analizada la sentencia y los argumentos expuestos en el recurso, a la luz de la totalidad de las constancias de autos, entiendo que el recurso no ha de prosperar, con excepción del alcance y plazo acordado en la parte resolutiva del

pronunciamiento.

Siguiendo, entonces, el hilo argumental de los agravios expuestos, daré las razones que fundamentan esta decisión.

2.1. En primer lugar debo señalar que, más allá de las obras llevadas a cabo para dar una solución provisoria y urgente a la problemática ambiental planteada (lo cual, además, era debido en el marco de la orden cautelar), como lo indica la magistrada (y la parte no rebate, de hecho en el propio recurso lo expone y reconoce), la solución con miras de definitividad pasa por la realización de otras obras, tal el caso del "Plan Director Cloacal del Oeste", aludiéndose, expresamente en el recurso, a la gestión de la financiación de la obra "Colectora Central 2 del Oeste".

En efecto, nótese que a lo largo de las actuaciones, han quedado demostradas las deficiencias en la prestación del servicio que genera el daño que, es claro, no sólo debe ser paliado en forma urgente, sino que debe ser erradicado, con nota de definitividad.

Así, de la nota de fecha 31 de julio de 2014, y en el marco de los reclamos efectuados por los vecinos que, finalmente desemboca en la promoción de esta acción, surge que el Epas se compromete a presentar un estudio técnico económico para la reactivación de la Planta Cloacal HIBEPA, en tres meses.

Por nota de fecha 25 de agosto de 2014, dirigida por el Gerente General de Servicios de Neuquén del EPAS al Presidente, se reitera la preocupación en lo concerniente al tratamiento y conducción de efluentes cloacales.

El gerente hace referencia a la insuficiencia del sistema cloacal y la necesidad de terminar la Colectora Central Máxima y ampliación del sector de la Planta Tronador. Y agrega: "si bien el marco técnico administrativo descripto han permitido transitar casi dos años en un contexto de relativa tranquilidad, no escapan a su conocimiento los recurrentes reclamos de los vecinos, principalmente del oeste de la ciudad, relacionados a desbordes cloacales en la vía pública y/o inundaciones con líquidos cloacales en domicilios e instalaciones particulares, con un alto costo de multas municipales e indemnizaciones que, en algunos casos, han podido resolverse extrajudicialmente y, en otros, existen sentencias judiciales que comprometen seriamente las ya menguadas finanzas de nuestro ente…"

Así, pone a consideración un plan de acción, proponiéndose, entre otras, que se intensifiquen las gestiones para construir un nuevo colector del oeste; concluye en que "ante la gravedad de la situación, pongo a su consideración lo informado para su análisis, evaluación y acciones que estime corresponder" (ver hojas 27/28).

La medida cautelar se dicta en hojas 48/49, con fecha 02 de diciembre de 2014, sin que –tal como lo pondera la magistrada- a la fecha se haya dado una solución definitiva al problema.

Las actuaciones administrativas obrantes, en copia, a partir de hojas 63, dan también cuenta de la existencia del problema y su gravedad.

En este último sentido, sostiene el perito en hojas 336 y ss., que la presencia y circulación de líquidos cloacales crudos a cielo abierto, pueden traer consecuencias de diferente tipo y gravedad y hace referencia a los distintos tipos de bacterias, transmisión de virus, enfermedades.

El perito informa con fecha 10/08/2015 que, si bien las obras llevadas a cabo ("Aliviadero Cloacal Barrio San Lorenzo" y "Adecuación de la Planta de Tratamiento Modular HIbepa") son importantes, "la solución final se obtendrá por la obra PLAN DIRECTOR CLOACAL DEL OESTE, la misma está en gestión y demandará una suma superior a los doscientos millones de pesos (según me lo informaron verbalmente, y se realice con financiamiento de la Nación)…" (hoja 342).

No sólo el peritaje no es impugnado, ni observado por el recurrente, sino que es el mismo EPAS, quien refiere y concreta, en nota de fecha 07/09/2015 las obras a llevar a cabo (hojas 364/365).

En hojas 510, obra nota del Gerente General del EPAS, de fecha 31/03/2016 en la que se menciona a la Red Cloacal sector Centro Oeste, indicándose que el proyecto se encuentra en ejecución.

En hojas 608, por nota de fecha 03/05/2016, nuevamente el gerente del EPAS expresa "cabe insistir en que la solución definitiva se verá materializada con el ejecución del COLECTOR DEL OESTE II. Dicha obra cuenta con proyecto ejecutivo en fase de actualización, estando el Gobierno Provincial abocado a la búsqueda de financiamiento. Los montos evaluados para su ejecución rondan los $270.000.000" y concluye: "Por las experiencias recientes, resulta fácil intuir que en muy poco tiempo, la situación se volverá a repetir si no se concreta la ejecución urgente, de la obra referida".

2.2. Parece importante aquí señalar, que "…en materia de responsabilidad del Estado (Derecho Administrativo)… la cuestión va más allá de lo fáctico y remite de lleno a la consideración de los fundamentos políticos del deber de obrar, el cual consideramos vinculado con el sustento jurídico de la irrenunciabilidad de la competencia. Cuando el derecho positivo atribuye poderes, facultades y competencias a los organismos estatales impone como regla general su ejercicio, sin que le sea dado a las autoridades optar por la inacción.

La búsqueda del "bienestar general", anunciada en el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina, tiene como corolario la

irrenunciabilidad de la competencia. El no uso, injustificado, de las potestades públicas por parte de quienes las tienen atribuidas, constituye una irregularidad por las que -bajo determinadas condiciones- cabe responder.

La sociedad, representada por el constituyente y el legislador, le encomienda a determinados organismos administrativos la gestión de los intereses comunitarios, y los habilita para prestar servicios, adoptar medidas de fomento, ejercer las diversas formas del poder de policía y, en definitiva hacer todo lo conducente para impulsar el bien común.

Para ello los dota de las atribuciones concretas, explícitas o razonablemente implícitas en la competencia asignada. En ese marco la competencia deviene irrenunciable y las diversas reparticiones están obligadas a actuar, a desarrollar una conducta positiva y diligente…" (cfr. Botassi, Carlos A. "Responsabilidad del Estado por omisión", Publicado en UNLP 2005-36, 69).

Como correlato de ello, la primer consecuencia de la existencia de una obligación positiva por parte del Estado es legitimar al o los beneficiarios de la acción omitida, para exigir judicialmente el cumplimiento de la misma.

Y no cualquier cumplimiento: La responsabilidad del Estado como prestador de un servicio público no se agota en la puesta en práctica de un servicio deficiente, sino que debe velar, en forma permanente, por su adecuado funcionamiento. Se trata de que los estándares de servicio adecuado sean celosamente respetados; es que el ejercicio de toda función administrativa, implica la efectiva gestión para el cumplimiento de los objetivos jurídicamente impuestos, con evaluación concreta de resultados (cfr. D'Argenio, Inés A. "¿En qué consiste el ejercicio de la función administrativa?", Supl. Adm. 2009 (noviembre, 12) La Ley 2009-F, 477).

En este mismo orden de ideas, Alejandro Dalmacio Andrada "expresa que las empresas concesionarias deben cumplir con las obligaciones que han asumido para evitar los perjuicios que pudieran ocasionar, y que lo deben hacer acabadamente, no de un modo "cicatero, mínimo, mezquino".

Añade que las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil concluyeron que "en general, las obligaciones asumidas por las empresas prestadoras frente al usuario son de resultado y la responsabilidad de carácter objetivo. La empresa prestadora del servicio, además de la obligación específica, asume una obligación de seguridad. Este deber de indemnidad está presente en todo contrato de servicio y es invariablemente de resultado"…" (Ver:

"Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos", La ley, Buenos Aires, 2008, p. 335 y ss., citado por Juzgado Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal Nro. 2, La Plata, "Asociación para Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre y otro c. Aguas Argentinas s/ amparo" • 10/09/2014, Publicado en: Sup. Adm 2014 (noviembre), 81 • LA LEY 2014-F, 250. Cita online: AR/JUR/49959/2014).

Y, "Naturalmente, ese deber de indemnidad incluye a su conducta frente al medio ambiente. Como se ve, la concesionaria no puede acreditar haber adoptado todas las medidas destinadas a evitar el daño, ni ampararse en que el desequilibrio ambiental provocado por la introducción de agua proveniente del río haya sido responsabilidad exclusiva del concedente sin que medie culpa concurrente de su parte. En efecto, las graves deficiencias en la construcción de la red cloacal han provocado que los desechos con un alto contenido de nitratos que deberían ser conducidos a una planta de tratamiento adecuada quedaran acumulados en los pozos ciegos y contaminaran el acuífero freático el cual, a su vez, altamente contaminado, también contamina por transmisión al acuífero semiconfinado de donde se obtenía anteriormente el agua para consumo humano… El incumplimiento de los plazos y las modalidades para la instalación de una red cloacal eficiente hace recaer en la concesionaria la responsabilidad por la contaminación del acuífero freático provocada por la ausencia de tal sistema de cloacas." (ibídem).

3. Es claro, entonces, que la pretensión recursiva consistente en que se revoque la orden "de realizar obras que permitan evitar definitivamente los desbordes cloacales", no puede prosperar.

Nótese que, en rigor, partiendo de la directiva contenida en el art. 41 de la C.N., en punto a la cual, el ambiente debe ser sano -en términos de Falbo, no debe degradar, dañar, perjudicar, ni poner en riesgo la salud de los seres humanos, ni su estado de bienestar físico, mental y social (cfr. Falbo, Aníbal J., Derecho Ambiental, pág. 50 y ss)- el amparo estaba destinado a prosperar.

Es que, de las propias manifestaciones del EPAS, surge claro que el interés público coincide con el interés del demandante, que sólo reclama su realización concreta: Todas las partes están de acuerdo en la necesidad de un prioritario ejercicio de la función a cargo del EPAS; asimismo, de los propios informes que he transcripto, hay coincidencia, en punto a la necesidad de dar una solución definitiva mediante la realización de determinadas obras.

Desde ello, es igualmente claro que la magistrada no ha hecho más que acompañar esta situación desde la función judicial, condenando al cumplimiento de un deber legal admitido como tal.

Es que como señalara la CSJN, "…la alegación de "(i)nvasión de facultades correspondientes al Poder Ejecutivo por el Poder Judicial" y de "(v)iolación al principio de división de poderes" (fs. 493 vta.), se apoya en argumentaciones inconsistentes que no logran conmover el razonamiento del a quo según el cual "señalar que el Poder Judicial carece de atribuciones para conminar al

Poder Ejecutivo a realizar alguna obra eficaz para conjurar un riesgo verdadero, cuya certeza deriva de las conclusiones que el propio administrador elaboró a través del ORSEP, es desconocer cómo funciona un Estado organizado bajo el principio republicano que, paradójicamente, se invoca" …"

Y agrega: "…conviene remarcar, con el a quo, que el Estado Nacional se ha resistido a cumplir con "una verdad elaborada por él mismo" (ver fs. 447). Es una realidad incontrastable que la prueba reunida en la causa proviene de organismos públicos o de entidades privadas a las que el propio Estado encomendó tareas técnicas…" (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rozniatowski, Rosa Cristina c. EN - Secretaría de Energía de la Nación • 03/03/2009 Publicado en: LA LEY 30/03/2009, 11 • Sup. Adm. 2009 (mayo) 41 • LA LEY 2009-C, 272. Cita online: AR/JUR/403/2009).

3.1. Como lo señalara más arriba –con cita de Andrada- al haber ocasionado la deficiente prestación de servicio un daño, éste debe ser reparado, siendo entonces responsable por las consecuencias derivadas de la omisión o de la deficiente o insuficiente ejecución de los cometidos a su cargo.

Quedan así respondidos dos de los agravios, en sentido adverso al recurrente.

Me avocaré, seguidamente, al análisis del tercer agravio, referido al plazo de cumplimiento.

4. Ahora bien, como indicara la SCBA "sostener que en un caso así nada pueda hacerse, y que el obrar estatal debido sea algo fatalmente huidizo al control de los jueces, llevaría a privar de fuerza obligatoria a las prescripciones constitucionales…" (en el caso, concretadas a nivel legal, agrego. Ver: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires • 19/03/2003 Publicado en: JA 2003-II-152).

Señalo esto, porque si bien entiendo que, a la vista de la prueba producida en autos, es cierto que el plazo fijado está destinado, previsiblemente, a un incumplimiento (que la demandada no estará en condiciones de evitar), no lo es menos que ésta no propone ninguna alternativa concreta, lo cual sería esperable, en un serio ejercicio del cuestionamiento a lo decidido.

Debe, entonces, encontrarse una fórmula que pondere el margen de discreción que tiene la demandada y establecer una modalidad que viabilice el cumplimiento del deber que tiene acordado y –a la par- posibilitar un control de ese cumplimiento.

"Siguiendo este argumento, los tribunales deben examinar en cada caso concreto individualmente, y deben establecer soluciones apropiadas que no se basen en un análisis de reglas rígidas, de una manera que refleje todos los intereses pertinentes y que promueva los objetivos de política de Estado en concreto".

Así, "…los jueces deben respetar los límites constitucionales impuestos por la separación de poderes entre las diferentes ramas del gobierno y no pueden ir más allá de garantizar los derechos a través de mandatos orientados hacia un resultado. Allí es cuando las garantías de ejecución y la creación de "micro-instituciones" resultan relevantes. Eso significa que los fallos pueden contener una disposición que diga "un río debe limpiarse" y ordenar la presentación de un plan; o establecer que "las emisiones de gases contaminantes de los vehículos a motor debe terminar" y ordenar la adopción de medidas. El juez no especifica el contenido del plan o de las medidas que deben tomarse, que permanecen dentro del ámbito reservado a la administración. Los jueces que han cruzado esta línea lo han hecho porque estaban convencidos de que la administración no cumpliría con sus órdenes. Cuando se trata de controlar el cumplimiento, los tribunales pueden hacerlo sin interferir en los detalles, u ordenando la presentación de informes periódicos. Otro argumento a favor de este enfoque es que no hay certeza de que la administración está en una posición tal que le permita aplicar las medidas adecuadas. Sin embargo, no hay garantías de que los jueces están en una mejor posición que la administración para llevar a cabo estas tareas…" (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Remedios judiciales complejos en el litigio ambiental. La experiencia argentina", La ley 13/02/2017, 1).

4.1. Sobre estas premisas, sin perjuicio de la continuidad de la cautelar impuesta en autos, tal como lo consigna la magistrada en su resolutorio, lo que implicará el mantenimiento y continuidad de las acciones paliativas y de las acciones de restauración que deberán llevarse a cabo, el EPAS deberá presentar, en un plazo que no excederá de los cuatro meses, contados a partir de encontrarse firme la presente, el plan de obras a su cargo, para cuya realización deberán detallarse los plazos parciales y totales, con precisión de las fuentes de financiamiento.

Este plan que, en los términos expuestos en el pronunciamiento de grado, deberá "evitar definitivamente los desbordes cloacales que ocurren en las bocas de registro de la red troncal Necochea, evitando además que escurran en la vía pública así como en el canal del mismo nombre" estará sujeto al control y aprobación judicial, en la etapa procesal de ejecución.

Entiendo que esta solución posibilitará establecer objetivos concretos, que los responsables deberán cumplir, resguardando los valores en tensión señalados en el inicio de este punto. (cfr. causas ya citadas, "Asociación Civil…" y "Rozniatowski, Rosa Cristina").

Con este alcance, deberá hacerse lugar parcialmente al recurso de apelación, confirmándose en lo restante el pronunciamiento de grado. En cuanto a las costas de esta Alzada, en atención al modo en que se resuelve, serán soportadas en el orden causado.

5. Sentado lo anterior, que da respuesta al cuestionamiento del pronunciamiento de fondo dictado en autos, corresponderá abordar el tratamiento del recurso de apelación interpuesto, también por la demandada, contra el auto que hace efectiva la aplicación de astreintes.

5.1. En hojas 499/501, se denuncian nuevos desbordes de líquidos cloacales, producidos con posterioridad a la remediación efectuada por el Epas. Se solicita que tales tareas deben desarrollarse nuevamente. Asimismo requiere se informe el plazo de puesta en funcionamiento de la planta HIBEPA y requiere se convoque a una nueva audiencia.

Frente a ello, se dispone en hojas 503, con fecha 28/03/2016: "Atento lo manifestado por la actora, intímase a las demandadas para que en el plazo de dos días acrediten en autos el cumplimiento de la medida cautelar dispuesta con fecha 02/12/14 a fs. 48/49, bajo apercibimiento de imponerles astreintes por un monto de $ 615,58 por cada día de retardo. Notifíquese electrónicamente."

Con fecha 13 de abril, se ajunta informe en hojas 513/14, que da cuenta de las tareas llevadas a cabo y se explican las cuestiones que inciden en la recidiva del problema, entre ellas, residuos arrojados al canal y afectación de las redes por obras del Municipio.

Con fecha 14/04/2016 se corre traslado a la actora (hojas 516), el que es contestado en hojas 605.

Se indica, en esta oportunidad, que el desborde ocasional ya se ha transformado en permanente, conformando una especie de arroyo en el que confluyen en forma constante, líquidos cloacales.

La actora expone que la problemática no sólo no ha cesado, sino que se ha agravado, sin poder saber a ciencia cierta, si el EPAS ha previsto alguna solución provisoria o definitiva. Requiere que se intime al EPAS a dar estricto cumplimiento a la medida cautelar dispuesta en autos.

De esta presentación, se confiere traslado al EPAS (hoja 607), con fecha 29 de abril de 2016.

El EPAS contesta con fecha 11 de mayo de 2016 (hoja 609). Hace referencia a las obras llevadas a cabo, entre ellas a la Planta de tratamiento modular HIBEPA, la que indica se encuentra en funcionamiento y señala los desbordes que se producen dado el gran caudal que circula por la colectora de la calle Necochea.

Resalta: "cabe insistir en que la solución definitiva se verá materializada con el ejecución del COLECTOR DEL OESTE II. Dicha obra cuenta con proyecto ejecutivo en fase de actualización, estando el Gobierno Provincial abocado a la búsqueda de financiamiento. Los montos evaluados para su ejecución rondan los $270.000.000" y concluye: "Por las experiencias recientes, resulta fácil intuir que en muy poco tiempo, la situación se volverá a repetir si no se concreta la ejecución urgente, de la obra referida".

Frente a este reconocimiento de la situación, la actora solicita que se haga efectivo el apercibimiento.

Así se dispone en hojas 614: "En virtud de lo requerido, no habiendo cumplido la demandada EPAS con la intimación cursada a fs. 503 (28/3/16), hágase efectivo el apercibimiento allí dispuesto y en consecuencia, intímese al representante legal de tal entidad a acreditar el depósito de la suma de $32.133,60 ($714,08 X 45 días hábiles transcurridos desde que venciera el plazo para cumplir con la intimación) en una cuenta que deberá abrirse a la orden de este Juzgado y como perteneciente a las presentes actuaciones, en el término de diez días bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese electrónicamente".

Este proveído es cuestionado, por vía de revocatoria con apelación en subsidio.

El EPAS entiende que las astreintes no deben devengarse desde la fecha del apercibimiento, sino a partir de que se hicieran efectivas; en el caso, desde que quedó firme la resolución que las impuso, esto es, el 15/06/2016.

A esto se reduce el planteo impugnatorio.

5.2. Ahora bien, hemos sostenido en reiteradas oportunidades: "la secuencia que se debe presentar para posibilitar la ejecución efectiva de las astreintes abarca, al menos, tres estadios: 1) resolución por la cual se intima, bajo la amenaza de aplicar sanciones, debidamente notificada; 2) ante el incumplimiento, cabe dictar otra providencia que condena a pagar la suma fijada por día, por mes o por otro período de tiempo, hasta que la obligación sea ejecutada; 3) notificado y ejecutoriado el auto que las impone, recién la sanción –en su faz de penalidad- resulta aplicable. Por eso la sanción conminatoria es aplicable desde que el auto que la impone es notificado y ejecutoriado (CNCiv., Sala E, 7/10/80, "Chaibul de Pérez Lidia c.Pérez, Leonardo", J.A.,1981-III-síntesis)".

"Así se ha dicho que "si sólo medió intimación al cumplimiento de la medida ordenada, "bajo apercibimiento" de aplicar astreintes, pero no hubo una decisión expresa que las impusiera efectivamente haciendo actual el apercibimiento, no puede reclamarse el pago de sanciones que no fueron aplicadas." (P.I. 1990-I- 45/46 y PI-2002-VII-1391/1394, ambos de Sala II, entre tantos otros).

Y esto es así por dos razones:

a) En primer lugar, porque dado el carácter conminatorio –no resarcitorio- de la sanción, las astreintes constituyen una medida excepcional de interpretación restrictiva;

b) Debe distinguirse entre la intimación o amenaza que el Juez formula, tendiente a vencer la resistencia del deudor y la etapa en que, a la vista del resultado negativo de aquella, se hace efectivo el apercibimiento, tornándose entonces en “definitivas” las astreintes y por ende ejecutables;

c) Por lo tanto, si sólo medió intimación al cumplimiento de la medida ordenada, “bajo apercibimiento” de aplicar astreintes, pero no hubo una decisión expresa que las impusiera efectivamente, antes del cumplimiento, haciendo actual el apercibimiento, no puede reclamarse el pago de sanciones que no fueron aplicadas (cfr. P.I. 1990-I- 45/46, PI-2002-VII-1391/1394, y más recientemente PI-2005-Tº V-Fº 865/867, todos de Sala II)…” (cfr. "VALLEJOS DOMINGO A. CONTRA BIVANCO CARLOS ALFREDO S/DESALOJO POR FALTA DE PAGO" EXP Nº 358832/7; "RICCOMINI CARINA C/DIAZ HUGO ROSEN S/INCIDENTE DE APELACION E/A: 425873/10" INC Nº 43218/2014, entre otras).

Por lo tanto, siendo que notificado y ejecutoriado el auto que las impone, recién la sanción –en su faz de penalidad- resulta aplicable, es claro que asiste razón al apelante en este aspecto, debiéndose hacer lugar al recurso de apelación. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto que antecede excepto en lo que respecta al segundo agravio en el punto 4.

Es que el recurrente, en este agravio, únicamente se refiere al plazo (el fundamento de la queja consiste en que carece de fundamentación y es arbitrario el plazo de 180 días corridos fijado por la A-quo porque el perito sostuvo que la solución se obtendrá con la ejecución del Plan Director Cloacal del Oeste, el cual demanda un plazo de ejecución de 720 días corridos), pero no a la modificación de la condena de ejecución de la obra por la presentación de un plan de obras.

En primer lugar, el apelante se refiere a días corridos, lo que surge de fs. 627 y vta., empero en la resolución se estableció “Todo ello dentro del plazo de 180 días hábiles de encontrarse firme la presente”, (fs. 627vta. y 628), considerando que corresponde aclarar que cabe estar a éste último plazo porque fue determinado expresamente en el fallo (lo cual supera los cuatro meses).

Luego, el agravio del demandado implica establecer un plazo incierto porque señala comenzaría cuando cuente con el financiamiento, que el propio recurrente acompaña documental donde expresa que reiteradamente lo ha solicitado desde el año 2014 sin conseguirlo y tampoco dice otro momento donde comenzaría.

Entonces, teniendo en cuenta las fechas señaladas en la sentencia respecto al comienzo del problema y desarrollo (desde el 2004 en adelante, fs. 622vta. y sig.) la queja no resulta suficiente para sostener que resulta arbitrario el plazo fijado por la A-quo.

En consecuencia, entiendo que corresponde aclarar la sentencia en el sentido que el plazo es de 180 días hábiles desde que se encuentre firme.

Tal 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.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido contra la sentencia de hojas 617/628, con el alcance dispuesto en el punto 4.1. de los considerandos, confirmándose en lo restante.

2.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por el EPAS en hojas 629/630 vta., disponiendo que las astreintes son aplicables desde que quedó firme la resolución de fecha 15/06/2016.

3.- Imponer las costas de esta Alzada en el orden causado, en atención al modo en que se resuelve (art. 68 segundo párrafo del CPCC).

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de los de la anterior (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

**"PEÑA JOSE LUIS C/ LA CASA DE LAS HERRAMIENTAS S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"**

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474343/2013) – Sentencia: 81/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

REMUNERACIONES. PAGO EN NEGRO. PRUEBA TESTIMONIAL. VALORACION DE LA PRUEBA. CERTIFICADO DE TRABAJO. PLAZO DE ENTREGA.

1.- Cabe confirmar la decisión de no reconocer que el actor hubiera percibido sumas “en negro”, toda vez que sólo dos testigos hacen referencia a los pagos “en negro”. Uno de ellos, es muy débil, en tanto es el primo del accionante y tal declarada relación de parentesco no puede dejar de ponderarse al evaluar la relevancia probatoria de este testimonio. Esto nos enfrenta a la restante testigo, quien alude a la dinámica del pago, indicando que también trabajó para la demandada y le pagaban con dicha modalidad. Sin embargo, no es secundada por los restantes y su testimonio se presenta como indirecto en punto al concreto ingreso del actor y, además, como indica la magistrada, se desempeñó sólo durante un año (entre 2007 y 2008 y tres meses, P.).

2.- Cabe confirmar la decisión que no hace lugar a la multa del artículo 80 de la L.C.T., toda vez que el distracto se produjo a través de la misiva remitida el 14 de diciembre de 2012. De allí que, a los efectos de la aplicación de la multa, no sean conducentes las intimaciones realizadas con fecha 14 y 19 de diciembre de 2012, (...). En efecto, el artículo 80 de la LCT, reformado por el artículo 45 de la ley 25345, establece que el empleador deberá entregar al trabajador que lo intimará fehacientemente a tal fin, los certificados que la norma expresa "dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento". Por su parte, el artículo 3 del decreto 146/2001, reglamentario de dicha norma, dispone que "el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 80 de la LCT [...] dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo".

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PEÑA JOSE LUIS C/ LA CASA DE LAS HERRAMIENTAS S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES” (JNQLA2 EXP Nº 474343/2013) 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 actora apela la sentencia en tanto no reconoce los salarios en negro, deniega la aplicación de la multa prevista en el artículo 80 de la LCT y la prevista en el artículo 15 de la ley 24.013. Requiere también que la base salarial, como resultado de los planteos anteriores, sea fijada en la suma de $10.414,92.

Se queja de la valoración de los testimonios brindados en la causa y de que no se hayan considerado reunidos los recaudos previstos en el art. 80, en tanto su parte intimó a la entrega de los certificados, tal como surge de los telegramas de fecha 14 y 19 de diciembre de 2012.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 244/246.

Abordaré el tratamiento de los agravios, en el orden en el que han sido propuestos

2. Fue materia de controversia el importe de los haberes mensuales, específicamente, la demandada negó que el actor percibiera sumas “en negro”.

Como el mismo recurrente indica al citar mi voto en autos “MONTAÑO MARTIN ABELARDO CONTRA DISTRIBUIDORA NEUQUEN S.A SOBRE DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES” (EXP Nº 412973/2010), allí partí del reconocimiento de las dificultades que encierra la acreditación de la existencia de pagos clandestinos: los llamados pagos "en negro" constituyen una conducta ilícita, por lo que es lógico suponer que quien incurre en ella pretenda -con el objetivo de quedar impune- tomar todos los recaudos para dejar la menor cantidad de rastros posibles de su indebido accionar.

En este contexto, señalaba, a la hora de verificar si existieron irregularidades, resulta irrelevante la circunstancia de que los libros laborales y recibos de sueldo hubieran sido llevados en legal forma pues -en caso contrario, si se entendiese que la suma consignada en los libros y recibos resulta suficiente para probar la remuneración efectivamente percibida- se erigiría en presunción jure et de jure la del monto asentado en la contabilidad, aun cuando tales libros y recibos no son sino instrumentos privados unilateralmente confeccionados por el empleador, sin que obste a tal calificación la circunstancia de que lleven la firma del trabajador (cfr. SCBA, causa L. 70.380 cit., ap. 2., puntos "A)" y "B)" del voto del doctor de Lázzari).

Por ello, es claro que las registraciones contables y laborales del empleador, aun llevadas en legal forma, no hacen plena prueba de su contenido si existen otros elementos de juicio que los contradicen, ya que los datos allí volcados, al emanar exclusivamente de aquél, son inoponibles al trabajador (conf. C.N.A.T., sala II, "Schawrzfled, Christian Martín c. Arescar S.A.", sent. del 21/X/1997; C.N.A.T., sala III, "Rosengurten, Ludmila Vanesa c. Cabildo 1168 S.R.L. y otros", sent. del 31/V/2002; C.N.A.T., sala VII, "Chazarreta, Esteban c. Transub S.R.L. y otro", sent. del 24/IX/2002).

Pero, también decía “justamente, lo determinante es que existan otros elementos en el juicio que den un viso de realidad a la existencia de estos pagos clandestinos.

Es innecesario aclarar que la sola manifestación del empleado no es suficiente.

Podría concederse que, en la generalidad de los casos, será central la prueba testimonial, la que “cobra importancia en aquellos pleitos que versan sobre relaciones de trabajo parcialmente registradas, en las que el trabajador invoca que su salario es mayor al que figura en los libros, registros y recibos del empleador, ya que tal hecho, dado su carácter clandestino, "difícilmente se lo pueda demostrar a través de otro medio de prueba" (Murray, Cecilia M. y Pinotti, Mónica M. I. "La prueba de la remuneración en el proceso laboral", en "Revista de Derecho Laboral", Rubinzal-Culzoni Editores, T. 2004-II, pág. 325).

Sin embargo la prueba testimonial debe ser lo suficientemente sólida para crear la convicción de que las afirmaciones del actor son ciertas.

Y, en el caso, 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”.

Al igual que en el precedente citado, en este caso, no existe prueba testimonial unívoca.

Sólo dos testigos hacen referencia a los pagos “en negro”.

Uno de ellos, es muy débil, en tanto es el primo del accionante y tal declarada relación de parentesco no puede dejar de ponderarse al evaluar la relevancia probatoria de este testimonio.

Esto nos enfrenta a la restante testigo, quien alude a la dinámica del pago, indicando que también trabajó para la demandada y le pagaban con dicha modalidad.

Sin embargo, no es secundada por los restantes y su testimonio se presenta como indirecto en punto al concreto ingreso del actor y, además, como indica la magistrada, se desempeñó sólo durante un año (entre 2007 y 2008 y tres meses, Peña).

Estas dos circunstancias determinan que la prueba a favor de la versión del actor se presente insuficiente. A ello se suma que, como indica la magistrada, los restantes testigos no fueron contestes en la existencia de este hecho.

Entiendo que el razonamiento empleado por la magistrada es aceptable y no logra ser desvirtuado por los agravios. Desde ésto, al igual que aquélla debo concluir en que el actor no logró probar la existencia de pagos clandestinos.

3. En cuanto a la multa del artículo 80, conforme llega firme a esta instancia, el distracto se produjo a través de la misiva obrante en hoja 15, remitida con fecha 14 de diciembre de 2012.

De allí que, a los efectos de la aplicación de la multa, no sean conducentes las intimaciones realizadas con fecha 14 y 19 de diciembre de 2012, a las que alude el recurrente en apoyo de su postura.

En efecto, el artículo 80 de la LCT, reformado por el artículo 45 de la ley 25345, establece que el empleador deberá entregar al trabajador que lo intimará fehacientemente a tal fin, los certificados que la norma expresa "dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento".

Por su parte, el artículo 3 del decreto 146/2001, reglamentario de dicha norma, dispone que "el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 80 de la LCT [...] dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo".

Es que, "Tal como se señalara en autos "BELLANDE IGNACIO C/ARCOS DORADOS S.A. S/DESPIDO POR FALTA O DISMINUCIÓN" (EXP Nº 373552/8): "La extensión del plazo encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar, aunque la redacción de la norma pueda tolerar también esta última interpretación, sin perjuicio de señalar que el mismo se advierte destinado a otorgar al empleador un plazo mayor a 48 horas, a efectos de que proceda a la confección de los certificados en cuestión puesto que, en numerosos casos (ej. trabajadores con gran antigüedad, diversidad de categorías y formas de remuneración, etc.), dicho lapso podría ser claramente exiguo si se pondera que en el mismo debe recolectar toda la documentación e información necesaria para dar cumplimiento al requerimiento legal, so pena de, en caso de no satisfacerla en tiempo y forma, hacer frente a una sanción, por cierto, pecuniariamente gravosa [...]", (CNTrab., Sala II, 16/06/05, "Tocalli, Carolina c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/despido"), (autos: "JIMENEZ ARIAS LUCINDA MAGALI CONTRA BAROZZI JULIO ISMAEL S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP Nº 399278/9).

Además, esta Sala ha considerado que la omisión en la intimación previa no resulta subsanada con el reclamo impetrado al interponer la demanda (cfr., autos "ACUÑA DANIELA BEATRIZ Y OTROS CONTRA TATEDETUTI S.A. Y OTRO S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP Nº 358009/7) y en autos "BARROS MIREYA DEL CARMEN CONTRA MAPFRE ARGENTINA SEG. S.A. S/DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES", EXP Nº 383357/8, también se siguió este criterio pero se consideró cumplida con la intimación formulada antes de la demanda y casi dos meses después del distracto, a diferencia del presente.

También sostuvo que: "Relacionando ambas normativas, resulta entonces que la intimación del trabajador sólo sería eficaz a los fines de la indemnización prevista, cuando fuere hecha luego de los treinta días de la extinción del vínculo cualquiera fuera la causa del distracto y siempre que en ese plazo el empleador no le hubiese entregado las constancias o el certificado previsto en los párrafos 2° y 3° del art. 80 de la LCT" ("SALAS MARIO OSCAR CONTRA CIMAR SRL Y OTRO S/DESPIDO", EXP Nº 327897/5).

Como se advierte, estos extremos no se encuentran presentes en el caso, desde donde el razonamiento efectuado por la magistrada, también se adecua a las constancias existentes.

Conforme lo resuelto, el tratamiento de los restantes agravios deviene innecesario, proponiendo en consecuencia se confirme la resolución de grado en todo cuanto ha sido motivo de agravios.

En cuanto a las costas de la Alzada, no obstante el carácter de perdidoso, entiendo que la dificultad que encierra la prueba en el supuesto, pudo hacer creer al recurrente que le asistía razón suficiente para apelar, por lo que propongo que sea eximido de su pago, debiendo ser soportadas en el orden causado. 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. Confirmar la sentencia de hojas 225/235 en cuanto fue materia de recurso y agravios.
2. Imponer las costas de Alzada en el orden causado (arts. 17, Ley 921 y 68, segunda parte del CPCC).
3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de los de la instancia anterior (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

**"VILLALON ANDREA PAOLA C/ SANTA IRENE S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción

Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474770/2013) – Sentencia: 83/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO. PRINCIPIOS GENERALES. INDETERMINACION DEL PLAZO. DESPIDO POR EMBARAZO. COMUNICACION FEHACIENTE. IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION ESPECIAL.

1.- […] debemos partir del principio general establecido por la L.C.T., cual es, que el contrato de trabajo se celebra por tiempo indeterminado. Desde esta premisa, es fácil comprender, que reconocida –como en el caso- la prestación de servicios, la demostración del carácter eventual de la vinculación incumbe al empleador.

2.- […] la demandada insiste en el carácter excepcional de su vinculación con el Consejo Provincial de Educación; reitera que fue una contratación directa y excepcional, sin fecha de finalización exacta. Y aquí creo que incurre en una confusión: la circunstancia de que sus servicios hayan sido requeridos a través de un régimen de excepción, no necesariamente determina, ni obliga a suponer, que tal tarea impactara, en forma igualmente extraordinaria, en su propio giro empresarial. En otros términos: debió haber acreditado que tal práctica era extraordinaria para su giro y organización empresarial, que representaba un pico de trabajo extraordinario con relación a la organización propia, normal y habitual.

3.- La demandada debió acreditar cómo, concretamente y en el caso, se producía un pico de producción de servicios, que este se presentaba como atípico, temporario y efímero. Nada de esto ha acreditado, limitándose a enfatizar la aludida contratación –como eventual-. Desde aquí, el razonamiento de la magistrada no logra ser contrarrestado en tanto coincido con la misma, en que era carga del demandado, la acreditación de los extremos que permitiesen un apartamiento del principio general.

4.- [...] no entiendo operativo al art. 178 de la LCT, en tanto si bien es cierto que “este artículo establece la presunción de despido por causa de embarazo, pero para que opere dicha presunción es necesario que la trabajadora haya cumplido con la obligación de notificar y acreditar en forma el embarazo, ya que el art. 177 enuncia que se garantiza a la mujer la estabilidad en el empleo con carácter de derecho adquirido "a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación" acompañada de certificado médico (CNAT, Sala VIII in re "Gutiérrez H. c. Frischmann y Cía. S.A." del 23 de noviembre de 1987; en TySS, 1998-243).

5.- […] no encontrándose acreditada la notificación fehaciente del embarazo con antelación al despido efectuado, no es procedente la indemnización prevista en el artículo 182 de la L.C.T.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “VILLALON ANDREA PAOLA C/ SANTA IRENE S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES” (JNQLA2 EXP Nº 474770/2013) 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 Sra. Jueza de Primera Instancia hace lugar a la demanda y condena al pago de la suma de $57.276,33, con más sus intereses.

Para así hacerlo considera acreditado que se nos encontramos ante una relación de trabajo por tiempo indeterminado y que el despido se debió a la situación de embarazo, tornando aplicable la indemnización prevista en el artículo 182 de la LCT.

Contra este pronunciamiento apela la demandada.

Sostiene que la magistrada no ha ponderado debidamente la prueba, en tanto de la información suministrada por el Consejo Provincial de Educación, surge acreditado que el vínculo laboral era de tipo eventual. Sostiene que está probado que había sido contratada, de manera directa y por vía de excepción para brindar el servicio de limpieza en el Edificio Central, no teniendo fecha de finalización exacta.

En cuanto al embarazo, entiende que la magistrada ha obviado la aplicación de las concretas preceptivas legales. En este sentido indica que, para el agravamiento de la indemnización, es necesario que medie notificación fehaciente, lo que en el caso no ha acontecido.

Se refiere luego a la testimonial en base a la cual la magistrada entiende acreditado que la empleadora tenía conocimiento, la que luego de analizar, la lleva a concluir que es decididamente insuficiente.

Solicita en consecuencia, que se revoque el pronunciamiento, con costas a la actora.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Siguiendo el orden propuesto por el recurrente, debemos partir del principio general establecido por la L.C.T., cual es, que el contrato de trabajo se celebra por tiempo indeterminado.

Desde esta premisa, es fácil comprender, que reconocida –como en el caso- la prestación de servicios, la demostración del carácter eventual de la vinculación incumbe al empleador.

Sobre esta base, justamente, la magistrada pondera: “De modo que la justificación de la excepción, a la indeterminación del plazo del contrato solo se produce cuando de antemano el empleador y el trabajador conocen que, por tratarse de una actividad transitoria, los servicios del trabajador no serán necesarios finalizada la misma, circunstancia que no ha quedado acreditada, en función de las tareas que cumplía la actora y las de la demandada… En autos ha quedado acreditado que la tarea para la que fue contratado el trabajador se corresponde con la actividad principal, normal y habitual de la empresa demandada, y que la misma se continúa cumpliendo, desapareciendo en tal caso el supuesto de hecho que justifica la figura del contrato de trabajo eventual transformándose el contrato en uno de tiempo indeterminado, dado que a la postre, lo que en un principio se calificó como transitorio, no lo es teniendo en cuenta la naturaleza del mismo y las consideraciones expuestas.

En definitiva, debo concluir que la accionada no ha acercado ninguna prueba determinante que justifique tal forma de contratación, asistiendo razón a la trabajadora al considerar su contratación como de tiempo indeterminado…”

Nótese que, en lo agravios, la demandada insiste en el carácter excepcional de su vinculación con el Consejo Provincial de Educación; reitera que fue una contratación directa y excepcional, sin fecha de finalización exacta.

Y aquí creo que incurre en una confusión: la circunstancia de que sus servicios hayan sido requeridos a través de un régimen de excepción, no necesariamente determina, ni obliga a suponer, que tal tarea impactara, en forma igualmente extraordinaria, en su propio giro empresarial.

En otros términos: debió haber acreditado que tal práctica era extraordinaria para su giro y organización empresarial, que representaba un pico de trabajo extraordinario con relación a la organización propia, normal y habitual.

Nótese que la demandada no cuestiona que las tareas para las que fuera contratada la actora, fueran las propias de su giro y, como tales, integrantes del producto ofrecido al mercado, tal por caso, al presentarse a la licitación privada que trae a colación como justificativo.

Desde allí, que debió acreditar cómo, concretamente y en el caso, se producía un pico de producción de servicios, que este se presentaba como atípico, temporario y efímero.

Nada de esto ha acreditado, limitándose a enfatizar la aludida contratación.

Desde aquí, el razonamiento de la magistrada no logra ser contrarrestado en tanto coincido con la misma, en que era carga del demandado, la acreditación de los extremos que permitiesen un apartamiento del principio general.

El recurrente no ha logrado cumplir esta carga; este agravio será, por lo tanto, desestimado.

3. Distinta es la suerte del restante y aquí nuevamente entra a jugar la cuestión de la carga probatoria.

En efecto, sostuve con relación al artículo 181 de la LCT, en razonamiento que entiendo trasladable a este caso:

“…más allá de la posición que se adoptara con relación a la presunción establecida en el artículo 181 con relación a los

trabajadores varones, lo cierto es que, en ambas hipótesis de tratamiento, resulta indispensable que el trabajador haya anoticiado fehacientemente al empleador la fecha del enlace…

La carga de la prueba de la comunicación se encuentra a cargo del trabajador, en tanto se presenta como un recaudo de procedencia…"

"En este cuadro de situación, claramente la indemnización prevista en el artículo 182 de la L.C.T no es viable, en tanto falta el presupuesto al cual el artículo 181 condiciona su procedencia, esto es, la notificación fehaciente: "…

Ante todo, la protección del art. 181 L.C.T. requiere, como presupuesto de operatividad, que "haya mediado notificación fehaciente (de la intención de contraer matrimonio o de su efectiva celebración)", al empleador.

Reiteradamente he puesto de manifiesto que, si bien el adjetivo "fehaciente" es ambiguo, su inteligencia remite, por lo menos, a una notificación realizada mediante instrumento privado, cuyo eventual reconocimiento, voluntario o forzado, podrá otorgarle esa cualidad, de la que, por sí mismo, carece ese tipo de documentos. Algunas sentencias flexibilizan este requisito, sustituyéndolo por el "efectivo conocimiento por parte del empleador", criterio que, además de soslayar el texto de la norma, no podría ser aplicado en los casos, como el presente, en los que el empleador es una persona jurídica, de la que no sería lícito predicar estados psicológicos. Ni aún en el caso de que aquella intención haya sido conocida por el representante legal de la persona jurídica ese conocimiento podría, por lo menos en principio, ser imputado a la representada…" (cfr. CNTrab, sala VIII, 10/02/2006. "González Evans, Pablo A. c. Jockey Club A.C.". Publicado en: DT 2006 (noviembre), 1713. Cita online: AR/JUR/460/2006).

Pero, además, tampoco surge ningún elemento de esta causa, que permita establecer que la empleadora tuvo conocimiento del matrimonio contraído: que algunos compañeros de trabajo lo hayan sabido o incluso asistido a su fiesta es insuficiente, máxime tratándose la empleadora de una persona jurídica. Y, nótese en este punto, que ni siquiera se ha acreditado que el personal jerárquico tuviera conocimiento en modo informal…" (cfr. "INDA MATIAS ALEJANDRO C/ ENTERTAINMENT DEPOT S.A. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", JNQLA2 EXP Nº 401355/2009).

Como se vislumbrará, estas consideraciones son plenamente trasladables a este caso.

La única comunicación fehaciente efectuada, lo fue con posterioridad al distracto; la negativa a la recepción no se encuentra acreditada.

En este punto asiste razón al recurrente en cuanto al tenor de los testimonios y a la insuficiencia para acreditar este extremo.

Nótese que la testigo Andrés –conforme la misma magistrada transcribe- no presenció la frustrada entrega del certificado, sino que el relatado conocimiento de la "encargada" lo sabe por "comentarios de la actora".

Por ello, no entiendo operativo al art. 178 de la LCT, en tanto si bien es cierto que "este artículo establece la presunción de despido por causa de embarazo, pero para que opere dicha presunción es necesario que la trabajadora haya cumplido con la obligación de notificar y acreditar en forma el embarazo, ya que el art. 177 enuncia que se garantiza a la mujer la estabilidad en el empleo con carácter de derecho adquirido "a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación" acompañada de certificado médico (CNAT, Sala VIII in re "Gutiérrez H. c. Frischmann y Cía. S.A." del 23 de noviembre de 1987; en TySS, 1998-243).

En el caso de autos no se cuenta con prueba alguna que demuestre que la empleadora tenía conocimiento del estado de embarazo… con anterioridad a la finalización del vínculo; de acuerdo a lo cual, la decisión de terminar la relación no puede vincularse con la situación de la actora.

En efecto, los dos testigos citados en el memorial recursivo sólo dan cuenta de haber conocido el estado de la demandante, pero de ningún modo prueban que la empleadora haya sido notificada de tal circunstancia…" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, Seitler, Patricia B. c. I.C.N. Argentina S.A. • 20/09/2006 Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/7554/2006).

Y si bien se ha dicho que puede prescindirse de la notificación fehaciente, ello es así, y como excepción, si el "…estado de embarazo es tan evidente, tan notorio, que pueda reconocerse a simple vista" (Cámara 2a de Apelaciones del Trabajo de San Rafael, Morilla, Jezabel Elizabeth c. Stella Maris Cozzi, Aldo Vigetti y/o el mayorista • 23/12/2009. Publicado en: IMP 2010-6, 233 Cita online: AR/JUR/56389/2009. En esta causa, cursaba el sexto mes de embarazo, desde donde la notificación quedó suplida por el estado notorio).

Lo cierto es que, en los presentes, no hay prueba alguna que acredite el cabal conocimiento de la demandada.

Por estas consideraciones entiendo que asiste razón a la recurrente y que, por lo tanto, no encontrándose acreditada la notificación fehaciente del embarazo con antelación al despido efectuado, no es procedente la indemnización prevista en el artículo 182 de la L.C.T.

Por lo tanto, la demanda prospera por la suma de $10.937,83, con más los intereses establecidos en el pronunciamiento de grado.

Las costas de la instancia de origen serán impuestas a la demandada: en materia laboral debe tenerse presente que los créditos

del trabajador tienen naturaleza alimentaria, por lo que corresponde ser más cuidadosos al momento de apreciar el vencimiento parcial y su incidencia en la imposición de las costas procesales (cfr. Sala II, "MORAND", Expte.Nº 378320/8).

Por ello, toda vez que no cabe atenerse forzosamente en esta materia a un criterio exclusivamente aritmético, sino apreciar las posturas asumidas por las partes en sus respectivos escritos de constitución del proceso, propongo tal solución.

Las costas de la Alzada, se impondrán en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C), debiendo en consecuencia la recurrente asumir las costas por su intervención.

Los honorarios deberán reajustarse a lo aquí decidido. 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.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada y en su mérito modificar la sentencia de hojas 114/118, reduciendo el monto de condena a la suma de $10.937,83, con más los intereses allí establecidos.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la sentencia de grado, los que deberán reajustarse a lo aquí decidido.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de lo que corresponda 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

**"LACROUX ALICIA AMELIA 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 I – (Expte.: 501222/2014) – Sentencia: 85/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO COMERCIAL: Seguros.

SEGUROS. SEGURO DE AUTOMOTORES. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. SINIESTRO. MORA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. INTERESES. CALCULO. PRIVACION DE USO DEL AUTOMOTOR.

1.- En tanto el ofrecimiento por parte de la aseguradora del capital puro –casi un año y cuatro meses después- como "pago indemnizatorio único y definitivo", no responde al concepto de integridad del pago, mal podría acordársele efecto extintivo. Desde esta perspectiva, la negativa de la actora a recibir el pago, encuentra justificación.

2.- El ofrecimiento de la aseguradora de cumplimiento tardío, no es estrictamente cumplimiento.

3.- La mora en el cumplimiento de la obligación asumida de entregar una suma de dinero, cuanto menos, genera la obligación de resarcir los intereses (consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento imputable al deudor).

4.- Conforme los términos del artículo 61 de la LS, la obligación se cumplía con la entrega de la

suma asegurada.

5.- Al ofrecimiento de pago efectuado con fecha 29/07/2013, no puede acordársele valor cancelatorio; de allí que la fijación de intereses efectuada por la magistrada hasta esa fecha sea insuficiente para reparar el perjuicio. Con excepción del período por el cual deberán calcularse los intereses: Los mismos lo serán, a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

6.- Procede el rubro privación de uso del automotor, cuando la falta de pago del seguro ha imposibilitado que la actora adquiriese otro vehículo en recambio del destruido. Y teniendo en cuenta que no se ha cuestionado el importe diario fijado en la instancia de origen, la finalidad del seguro, que el ofrecimiento de la actora de percibir a cuenta el importe fue desestimado, ponderando asimismo el lapso transcurrido entre el ofrecimiento y la fecha en que interpuso la demanda judicial, un lapso prudencial razonablemente calculado, impone en las circunstancias de la causa, calcularlo estimativamente hasta la fecha de promoción de la acción. Sobre este parámetro y en uso de las facultades establecidas en el artículo 165 del CPCC, el rubro debe ser elevado a la suma de $86.600.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LACROUX ALICIA AMELIA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (JNQCI5 EXP Nº 501222/2014) 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 la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La Sra. Jueza hace lugar a la demanda y condena al pago de la suma de $138.055,50, con más los intereses establecidos en los considerandos.

Para así hacerlo pondera: "Conforme entonces lo expuesto y lo que surge de las condiciones generales de la póliza contratada en la cláusula transcripta, entiendo que la suma ofrecida oportunamente por la aseguradora se ajusta a lo convenido al contrato celebrado entra las partes.

En efecto, de la documentación acompañada por la actora –CD 209983721 de fecha 29/7/2013-, surge que Caja de Seguros S.A. ofreció como pago indemnizatorio por el siniestro N° 51200001153, la suma de $ 70.350 que se compone de la suma asegurada ($ 67.000) con más el ajuste convenido del 5% de dicho monto ($ 3.350).

En virtud de lo expuesto, entiendo que la demandada ha cumplido con el contrato de seguro celebrado con el actor, pero lo ha hecho en forma tardía.

Surge de la documental acompañada por la actora, la cual no ha sido desconocida por la demandada, que acaecido el siniestro y realizada la denuncia en término por la actora, la aseguradora requiere mediante carta documento N° 142551276 de fecha 20/1/12 (fs. 378), documentación necesaria a fin de evaluar la cobertura, en los términos del artículo 46 y 56 de la Ley de Seguros. Dicha misiva fue contestada por la actora en fecha 7/3/12 (fs. 379) donde explica la imposibilidad de dar cumplimiento con el desarme del vehículo y pone a disposición el mismo para que la aseguradora realice las verificaciones que estime corresponder. Si bien Caja de Seguros S.A. reitera su misiva en fecha 20/3/12 (fs. 380), entiendo que desde la fecha de recepción de la nota que luce a fs. 379 (7/3/12) donde la actora pone a disposición de la aseguradora el vehículo siniestrado, la aseguradora tenía treinta días para expedirse respecto de la cobertura del siniestro, conforme lo dispone el artículo 56 de la ley de seguros, cosa que realizó recién en fecha 29/07/2013 (fs. 395).

Por ello entiendo que la aseguradora deberá pagar a la actora además de la suma ofrecida mediante la carta documento señalada correspondiente a la suma asegurada, con más el reajuste del 5% convenido ($70.350), los intereses correspondientes desde la fecha en que debió expedirse, esto es desde el 7/4/12 hasta el día 29/7/13, fecha en que realizó la propuesta de pago; los que deberán calcularse a la tasa activa mensual que aplica el Banco Provincia del Neuquén…"

En cuanto a la privación de uso, indica: "…Para la determinación del monto indemnizable es preciso establecer el tiempo en que la actora se vio privada del uso del vehículo. Entiendo que el mismo debe computarse desde el 7/4/12 al 29/7/13, por los mismos fundamentos ya explicados al analizar la procedencia de intereses; por lo que deberá computarse 477 días de privación de uso.

Ello en virtud de que luego del ofrecimiento realizado por la aseguradora, el cual fue rechazado por la actora por entender que las sumas ofrecidas no se ajustaban a los valores de mercado, en tanto el mismo representaba el 65% del valor de reposición del vehículo siniestrado, cuando de los términos de la póliza contratada surge, como ya es dijo, que en ningún caso lo abonado "…podrá exceder el capital asegurado…"; no puede tomarse el tiempo transcurrido desde aquel ofrecimiento a la fecha como retardo imputable a la aseguradora demandada.

En cuanto al monto diario estimado por la actora ($ 180), el mismo resulta excesivo y no ha sido acreditado, ya que conforme se desprende de la prueba ofrecida (fs. 340/346 y fs. 348) los gastos de taxi rondan entre los $ 40 y los $ 70 por viaje. Por ello, y si bien resulta admisible la indemnización por privación de uso, no en la medida solicitada, por cuanto aparece como excesivo el monto estimado por la actora, el cual en atención a las pruebas rendidas se fijan en la suma de $ 140 diarios.

En virtud de lo expuesto, lo previsto por el art. 165 del C.P.C. y C., estimo justo fijar la indemnización por este rubro en la suma de $ 66.780,00. A dicha suma se adicionarán los intereses de la tasa activa que aplica el Banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha de mora de la aseguradora (7/4/2012) y hasta el 29/7/2013…"

Contra este pronunciamiento recurre la actora.

1.1. Tres son los agravios que plantea.

a) En primer lugar, indica que, de conformidad a los términos del artículo 56 de la LS, habiendo efectuado la denuncia del siniestro con fecha 21/12/2011 y ampliándola, con fecha 29/12/11, desde esta última fecha debe computarse el plazo de 30 días.

En este sentido indica que, el improcedente pedido efectuado con fecha 20/03/12, no incide en lo expuesto, en tanto no medió requerimiento complementario alguno, con antelación.

Dice que la aseguradora dejó pasar casi tres meses para requerir información o documentación suplementaria, puesto que recién con fecha 20/03/12 pretendió que la actora se hiciera cargo del desarme del auto.

Desde esto, entiende que no corresponde ajustar la solución del conflicto a los términos del artículo 61 de la ley 17.418, pues las excesivas e injustificables dilaciones en la que incurrió la Aseguradora –las que relata- determina que sea incuestionable el derecho de la actora a ser indemnizada con la reposición de un vehículo similar al siniestrado, con la misma antigüedad –un año de uso- al momento que se efectivice el pago. Agrega que a la fecha del siniestro el valor de reposición coincidía con la suma asegurada de $67.000,00 y que, como señalara en la demanda, "de entender la Caja que ese es el valor, y dado que no indemnizó en tiempo oportuno a la actora, debería abonar dicho importe -$67.000- con más la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, por cuya vía se alcanzan valores similares al reclamado".

b) En segundo lugar, se agravia por la determinación del tiempo durante el cual se reconoce la privación del uso.

Consiente el monto de $140 diarios, pero entiende que debe repararse el daño por todo el período en que la demandada estuvo en mora. Dice que su vehículo quedó totalmente inutilizado y que no pudo reemplazarlo, por cuanto la aseguradora se negó a entregar la indemnización en tiempo oportuno y que, requerida que libere los fondos reconocidos, como pago a cuenta, se negó.

Entiende por consiguiente, que el daño debe abarcar todo el período desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

c) En tercer lugar, se agravia en cuanto al período por el cual se condena al pago de los intereses.

Dice que si bien su parte reclamó el daño de reposición del vehículo siniestrado, a la fecha del efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales que asumiera la demandada, habiendo la Jueza interpretado que se debe abonar el valor pactado en la póliza del seguro, correspondía que los mismos se calculasen hasta el efectivo pago. Igual razonamiento aplica con relación a la privación de uso.

1.2. Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 495/498.

Solicita se desestime el recurso, con costas a la apelante.

2. Tal como surge de las constancias de esta causa, llega firme que la Aseguradora no cumplió en tiempo con sus obligaciones.

El cuestionamiento de la actora, en este aspecto, se circunscribe a la determinación de la fecha en que debió cumplir, la que fuera fijada, en la instancia de grado, en el día 07/04/2012.

En primer término, entonces, corresponderá analizar, si le asiste razón en este punto.

2.1. El Art. 46 de la ley 17418, establece que "El tomador, o derechohabiente en su caso, comunicará al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los tres días de conocerlo. El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si interviene en el mismo plazo en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro o del daño… Además, el asegurado está obligado a suministrar al asegurador, a su pedido, 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 en concordancia con ello, el artículo 56 de la LS indica que el asegurador goza de 30 días para rechazar un siniestro, cuando se trate de seguros patrimoniales, pero dice que ese plazo rige desde que el asegurado presente la información complementaria. Obviamente, eso ocurre cuando el asegurador la ha solicitado, de lo contrario corre desde la denuncia del siniestro.

Ahora bien, conforme surge de la documentación obrante en hoja 5, con fecha 20 de enero de 2012, se requirió a la asegurada, que se presentara el conductor del vehículo y "el desarme de los mismos (desprendimiento del frente y retiro del motor) y de esta manera poder establecer la totalidad de los daños sufridos por la unidad asegurada".

Esta carta es contestada con fecha 07/03/2012 (hoja 6). En dicha presentación, la actora manifiesta que el inspector concurrió en dos oportunidades a examinar el vehículo siniestrado, procediéndose a la apertura del capot y pone a disposición de la aseguradora, al vehículo, por no poder afrontar los gastos de desarme.

El 20/03/2012 la Aseguradora reitera el pedido de desarmado, lo cual es contestado con fecha 16 de abril, indicando que los gastos para verificar el siniestro, son a cargo de la demandada.

En atención a que, de acuerdo a las constancias acompañadas, el requerimiento efectuado el 20/01/2012, fue contestado con fecha 07 de marzo del mismo año, entiendo que el razonamiento efectuado por la magistrada no logra ser desvirtuado y que, por lo tanto, desde tal fecha debe computarse el plazo previsto en el artículo 56.

3. Habiendo quedado sentado que la aseguradora debió expedirse con fecha 07/04/2012; por el contrario, recién hizo su ofrecimiento de pago, con fecha 29/07/2013.

Es claro, entonces, que el ofrecimiento del capital puro –casi un año y cuatro meses después- como "pago indemnizatorio único y definitivo", no respondía al concepto de integridad del pago y, por lo tanto, mal podría acordársele efecto extintivo.

Desde esta perspectiva, la negativa de la actora a recibir el pago, contrariamente a lo afirmado en el responde, encuentra justificación.

Nótese que, en rigor, aún cuando la aseguradora reconoció, en la contestación de demanda, que adeudaba dicha suma, no la depositó. Y, en esta misma línea, el alegato de la no aceptación por parte de la actora es insuficiente, en tanto para evitar mayores perjuicios, pudo consignar el monto que entendía deber, lo cual tampoco hizo.

3.1. Vemos entonces, que en este incumplimiento (el ofrecimiento de cumplimiento tardío, no es estrictamente cumplimiento) finca la obligación de resarcir, extendida más allá de los estrictos términos contractuales.

Es que como indica Bercoff, refiriéndose al artículo 61 de la LS y a las cláusulas contractuales dictadas en su contexto: "…Puede sostenerse que esa estipulación solo regiría en las hipótesis de cumplimiento normal de la prestación por parte del asegurador, más no cuando éste incurre en mora, como aconteció en el caso.

Estamos totalmente de acuerdo con esta solución. Recordemos que la propia ley de seguros en su art. 49 establece que liquidado el daño, el asegurador debe pagar la indemnización en el término que fije la póliza, el que no podrá exceder de los quince días. Y que el art. 51 dispone que el vencimiento del término fijado produce automáticamente la mora del asegurador. A su vez el art. 50 establece que: "Será nulo el convenio que exonere al asegurador de la responsabilidad por su mora". Al respecto Halperín decía: "Además del pago de los intereses, la mora le impone el resarcimiento de los daños que cause. El art. 50 implícitamente lo establece al prohibir el pacto exonerativo de responsabilidad por mora".

Borda decía con respecto a esta responsabilidad del deudor por mora: "Desde el momento en que el deudor queda constituido en mora y siempre que ella sea imputable, se producen las siguientes consecuencias jurídicas: a) El deudor está obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que la mora le ocasione; desde ese momento correrán los intereses por las sumas que le adeude" ("Obligaciones", t. 1, ed. 1997)…" (cfr. Bercoff, Eduardo "Cobertura por destrucción total", Publicado en: LA LEY 04/10/2006, 4 • LA LEY 2006-E, 708).

Es que "cuando el asegurador no observa la obligación de liquidar el daño con toda diligencia y procede a su determinación recurriendo a una conducta que se traduzca en dilación o en comportamiento negligente de su obrar, deberá resarcir al asegurado los mayores daños derivados de su incorrecto proceder" (cfr. Stiglitz Rubén, S. "Consideraciones sobre cuestiones ligadas al contrato de seguro", La Ley 2011-F, 1238).

En definitiva: el límite máximo del monto de la suma asegurada (art. 61, Ley 17.418) "…se mantiene incólume sólo en tanto y en cuanto la compañía aseguradora haya cumplido normalmente dicha obligación, o —al menos y según el caso— sustente su postura reticente en razonables dudas en punto a la procedencia de su obligación de pago. Para que se aplique tal regla la aseguradora debió abstenerse de incurrir en una postura obstructiva o dilatoria. Pero en el presente caso, a la luz de las pruebas adunadas a la causa y del fallo dictado en la instancia anterior —consentido por la aseguradora—, la conducta desplegada por ésta aparece desprovista de todo sustento, excede el marco de un adecuado ejercicio de su derecho de defensa, y tiene por resultado

el transcurso de más de cinco años sin que el asegurado haya percibido la suma oportunamente acordada…" (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, Di Tomaso Graciela Paulina y otro/a c. San Cristóbal Soc. Mutual de Seguros s/ daños y perjuicios incump.contractual (exc. Estado) • 10/05/2016 Publicado en: LLBA 2017 (febrero), 8 con nota de Norberto D. Gossis • RCyS 2017-III, 205 • RCCyC 2017 (marzo), 195 • RCyS 2017-IV, 242 Cita online: AR/JUR/94668/2016).

4. Desde esta perspectiva, la mora en el cumplimiento de la obligación asumida de entregar una suma de dinero, cuanto menos, genera la obligación de resarcir los intereses (consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento imputable al deudor).

En esta última línea se ha señalado que "…no se trata aquí de un contrato que tenga por objeto la entrega del automotor, sea para restituirlo a su dueño o para constituir un derecho real sobre él. Nos hallamos aquí ante una obligación de origen contractual que consiste en dar una determinada suma de dinero, de modo que resultaría aplicable el art. 622 del Código Civil, norma que, al menos como principio, parece circunscribir la extensión del resarcimiento a los intereses que se devenguen a partir de la mora del deudor, los cuales ya integran la condena impuesta a la demandada en estas actuaciones. Ello así, porque el daño que en estos casos aparece como consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento, imputable al deudor (arts. 901, 903 y principio análogo del art. 520, Cód. Civil), consiste en la indisponibilidad de una cantidad determinada de dinero, cuyo resarcimiento primario está dado por los intereses moratorios, aplicables sin necesidad de prueba alguna (ver: Juan Antonio Bibiloni, "Anteproyecto", nota a los artículos que sustituyen el 622 y 1091/1094, ps. 216/219 y 398, Edición Oficial, 1930)…." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, Marchese, Daniel David c. Seguros Bernardino Rivadavia Coop. • 19/10/2007, Cita online: AR/JUR/9276/2007).

Creo que en esta última línea –que se enrola en una posición restrictiva- se adscribe el razonamiento de la magistrada, al señalar que conforme los términos del artículo 61 de la LS, la obligación se cumplía con la entrega de la suma asegurada.

Pero debe notarse que, en rigor, ello no determina que la Jueza haya circunscripto la responsabilidad de la aseguradora en los términos del artículo 61 de la LS, sino que, por el contrario, se apartó y amplió la responsabilidad, en tanto no sólo reconoció los intereses por mora (sobre el error parcial debido a la no integridad del pago ofrecido, me he referido anteriormente y volveré más adelante) sino que, además, declaró procedente el reclamo de la privación de uso.

La cuestión a resolver, entonces, estrictamente, se reconduce al análisis de la extensión del resarcimiento, en punto al período abarcado, lo que nos sitúa en el campo del segundo y tercer agravio.

5. Como he señalado, al ofrecimiento de pago efectuado con fecha 29/07/2013, no puede acordársele valor cancelatorio; de allí que la fijación de intereses efectuada por la magistrada hasta esa fecha sea insuficiente para reparar el perjuicio.

En este punto debo señalar que la posición sustentada por la magistrada, importa la aprehensión de la obligación como la de dar una suma de dinero (dineraria), en la línea argumental del fallo que ya he referenciado; sobre este aspecto (naturaleza de la deuda) ningún agravio o crítica concreta y suficiente deduce la recurrente, por lo que habré de estar a estos términos.

Claro está, con excepción del período por el cual deberán calcularse los intereses: Los mismos lo serán, a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

6. En cuanto a la privación de uso, es claro que la falta de pago ha imposibilitado que la actora adquiriese otro vehículo en recambio del destruido.

Recordemos aquí, que el ofrecimiento de pago no fue aceptado con efecto cancelatorio; no obstante lo cual, la actora por nota de fecha 02/08/2013 requirió que el importe ofrecido fuera liberado como pago a cuenta, reiterando el reclamo por la diferencia producto de la mora. Esta petición fue rechazada por la demandada (ver carta de hoja 22).

Aquí debo nuevamente señalar –en atención a los términos del responde de los agravios- que la cláusula "limitativa de responsabilidad por privación de uso del automóvil del asegurado", al decir de Stiglitz, "…se trata de una hipótesis de delimitación del riesgo contratado y no una cláusula limitativa o, con mayor precisión, exonerativa de responsabilidad. Con relación a ella se ha resuelto que la mera privación del uso del vehículo es susceptible de producir un perjuicio resarcible y que no empece a ello la aludida cláusula ya que la misma resulta aplicable cuando la aseguradora ha cumplido en término con su obligación de resarcir el siniestro, y no cuando ha incurrido en mora. En efecto, en el marco de un proceso por cumplimiento de un contrato de seguro y daños y perjuicios, se tiene expresado que "si el asegurador se halla en mora en el cumplimiento de su obligación, deviene inaplicable la limitación del reclamo a los términos del contrato". O dicho de otro modo, si bien el lucro cesante constituye una delimitación objetiva del riesgo, el incumplimiento del contrato de seguro por parte del asegurador, habilita al asegurado a reclamar lucro cesante como contenido de una pretensión de daños y no como cumplimiento del objeto (riesgo) del contrato de seguro…" (cfr. Stiglitz, Rubén S., "La reparación del daño y el contrato de seguro automotor". Publicado en: RCyS 2011-X, 3).

La procedencia del rubro, además y a todo evento, ha quedado consentida por la demandada.

6.1. La cuestión a resolver en esa instancia, se circunscribe, entonces, al agravio deducido por la actora, esto es, el tiempo

considerado por la magistrada: la recurrente entiende que debe extenderse hasta que se produzca el efectivo pago.

Ahora bien, como en la misma queja se menciona, a los efectos indemnizatorios deberá tenerse en vista un lapso prudencial razonablemente calculado.

Desde allí que se ha señalado, que debe tenerse presente que "…el postulado básico en la materia resarcitoria es que todo daño alegado debe ser probado y dicha gestión pesa en cabeza del interesado, con afán ilustrativo recuerdo que —en doctrina y jurisprudencia— se advierten dos criterios relativos al tiempo que debe resarcirse en concepto de privación de uso. Una postura estricta, considera que el tiempo resarcible no debe superar el lapso necesario y razonable que insume la reparación material de los deterioros del automotor.

Desde dicha óptica, se deja de lado todo otro factor como la falta de recursos de recursos de la víctima para afrontar los arreglos, las demoras en los talleres o la circunstancia de no encontrarse en plaza los repuestos. Así lo sostuvo jurisprudencia de antigua data. (Cfr. JA 1986-II-453). Sin embargo, este criterio no ha perdido actualidad, ya que recientemente se ha afirmado:

"... En el cómputo del plazo de privación de uso del automotor no cabe ponderar el tiempo que insumiría según vicisitudes propias de la víctima o de algún establecimiento determinado, sino que debe atender al tiempo razonable necesario para reparar los deterioros (Crr. CNCiv. Sala C, 22.07.2007, "Lorenzi Fernando Pablo c. Transportes Colegiales SACI y otro. LL on line AR/JUR/2978/2007). En las antípodas de éste razonamiento se encuentran posiciones ciertamente más flexibles sobre el tema, pudiendo citarse a Zanonni quien opina "Debe resarcirse al damnificado por todo el tiempo en que efectivamente, se vio privado del vehículo por no estar éste en condiciones de utilización. ¿Qué razón media para hacer pesar sobre el damnificado la carga de soportar erogaciones dinerarias que reclama al autor del daño resarcible? Nos parece que colocar a la víctima en la necesidad de anticipar ella los costos de reparación cuando, precisamente, esos costos son debidos por el responsable, es invertir los términos del planteo y desnaturalizar los principios en que se asienta la responsabilidad civil..." (Cfr. "El daño en la responsabilidad Civil. Buenos Aires, Astrea. (año) p 275). A su turno, la jurista cordobesa Zavala de González afirma que si bien la deuda indemnizatoria es inmediatamente exigible desde el nacimiento del daño mismo, no resulta ajeno a la conducta prudente de una víctima el realizar alguna gestión que impulse la pronta cobertura de la prestación a la que tiene derecho. Por tal motivo, en opinión de la autora, no es aceptable "cualquier" tiempo de privación de uso, si el exceso guarda vinculación con la postergación en la promoción de la demanda, o si el damnificado no arregla el bien dañado a pesar de contar con recursos para ello, o en su defecto no hace saber a la otra parte que no tiene medios para ello (Cfr. Ob. Cit. p. 108)…" (cfr. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Bronstein, Rebeca c. Adimra S.R.L. y otro s/ordinario - daños y perj. - accidentes de tránsito - recurso de apelación • 24/04/2012 Publicado en: LLC 2012 (agosto), 759 Cita online: AR/JUR/17139/2012).

Sobre las bases apuntadas, teniendo en cuenta que no se ha cuestionado el importe diario fijado en la instancia de origen, la finalidad del seguro, que el ofrecimiento de la actora de percibir a cuenta el importe fue desestimado, ponderando asimismo el lapso transcurrido entre el ofrecimiento y la fecha en que interpuso la demanda judicial, entiendo que un lapso prudencial razonablemente calculado, impone en las circunstancias de la causa, calcularlo estimativamente hasta la fecha de promoción de la acción. Sobre este parámetro y en uso de las facultades establecidas en el artículo 165 del CPCC, considero que el rubro debe ser elevado a la suma de $86.600.

Los intereses, de acuerdo a las consideraciones efectuadas más arriba, se calcularán hasta el momento del efectivo pago, a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.

En consecuencia, la demanda prosperará por la suma de $157.655,50, con más los intereses explicitados, calculados a la fecha del efectivo pago.

Las costas de esta instancia, estarán a cargo de la demandada vencida. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fs. 467/473vta., elevando el monto de condena a la suma de $157.655,50, con más los intereses explicitados, calculados a la fecha del efectivo pago.

2.- Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 68 del CPCC).

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, sobre la base de la diferencia aquí reconocida (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

**"TELEFONICA MOVILES DE ARGENTINA S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 512968/2016) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

ACCION DE AMPARO. COSTAS. CUESTION ABSTRACTA. COSTAS POR SU ORDEN.

Al haberse declarado abstracta la cuestión a resolver en la presente acción de amparo, las costas de ambas instancias deben imponerse en el orden causado, pues técnicamente no puede sostenerse que alguno de los contendientes haya resultado derrotado, en tanto no existe una conclusión que configure un pronunciamiento declarativo del derecho de los litigantes (art. 163, inc. 6°, del código de rito) que permita fundar la decisión sobre las costas con base en el principio objetivo del vencimiento (art. 68 del ordenamiento citado).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TELEFONICA MOVILES DE ARGENTINA S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO" (JNQCI3 EXP Nº 512968/2016) 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 de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. El Sr. Juez declara la cuestión abstracta, no obstante lo cual, impone las costas a la demandada.

Sobre este último aspecto se queja la condenada.

Sostiene que al haberse declarado abstracta la cuestión, las costas debieron imponerse por su orden, en tanto no puede hablarse de un vencedor, ni de un vencido.

Indica que la hipótesis sostenida por el magistrado para así resolver es una teorización ajena al objeto de su decisión.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 73/75. Cita antecedentes jurisprudenciales en apoyo de su postura y solicita que el recurso sea desestimado, con costas.

2. Ahora bien, el artículo 68 del Código Procesal, estipula, como principio general, que "La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. Sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad".

En directa aplicación de esta normativa se ha señalado que "…la responsabilidad que recae sobre el perdidoso encuentra su justificación en la mera circunstancia de haber gestionado un proceso sin éxito, como asimismo en la correlativa necesidad de resguardar la integridad (o incolumidad, al decir de Chiovenda) del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora pues, de lo contrario, los gastos efectuados se traducirían, en definitiva, en una disminución del derecho judicialmente declarado." (p. 412, t. 1, C.P.C.C. Com. Fassi-Yañez).

2.1. Sin embargo, en este caso, la cuestión fue declarada abstracta: a partir del consentimiento de las partes, debo tener por cierto que el interés para la acción no subsistía al momento del pronunciamiento, por no existir circunstancias de hecho o de derecho

que, objetivamente apreciadas, revistieran suficiente aptitud para probar un daño, que es en definitiva la medida del interés de la acción (Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. VI, p. 436).

Como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el sentido de "cuestión abstracta" es amplio y hasta con dirección extensiva.

Esto se visualiza con claridad en "Western Electric Co. of Argentina c. Corporación Argentina Americana de Films", en donde la Corte dice que "donde no hay discusión real entre el actor o el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir no son concretas o los sucesos ocurridos han tornado imposible para la Corte acordar una reparación efectiva, la causa debe ser considerada abstracta" (Fallos: 193:524), agregándose que "…con arreglo a jurisprudencia reiterada no corresponde pronunciamiento alguno de esta Corte, en los supuestos en que las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la decisión pendiente, a los fines propios de la causa" (Fallos: 243:146). Esto se reitera en otros casos, tal por caso, en: "Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Armadas c. Juan Carlos Puig" (Fallos: 286:220).

En similar sentido la jurisprudencia provincial ha señalado que el caso abstracto se presenta: "...allí donde no hay una discusión real entre el actor y el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia, o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir son enteramente abstractas, o los sucesos ocurridos han tornado imposible acordar una reparación efectiva" (cfr. Betancourt, Rodrigo Darío "Otra forma de terminación del proceso: caso abstracto, cuestión abstracta, mootness o moot case", LLGran Cuyo 2010 (agosto), 617).

3. Y, si la cuestión es abstracta, asiste razón al recurrente, en cuanto a que, técnicamente no puede sostenerse que alguno de los contendientes haya resultado derrotado; no existe una conclusión que configure un pronunciamiento declarativo del derecho de los litigantes (art. 163, inc. 6°, del código de rito) que permita fundar la decisión sobre las costas con base en el principio objetivo del vencimiento (art. 68 del ordenamiento citado).

Desde esta perspectiva, también es acertada la crítica en punto a que los razonamientos llevados a cabo por el magistrado, para fundar la imposición de costas al demandado, no son procedentes.

Es que, el elemento esencial de toda controversia judicial lo constituye el interés opuesto o antagónico de las partes, por lo que desaparecido ese interés actual -considerando lo efectivamente peticionado en el presente-, no cabe un pronunciamiento que sea fruto de un examen teórico, pues se encuentra vedado realizar ejercicios puramente académicos.

Por lo tanto y, tal como ha indicado el TSJ, "…al no proceder resolver sobre la cuestión de fondo, tampoco se verifica el vencimiento de una de las partes –presupuesto legal objetivo- determinando la improcedencia de la condenación en costas. Ello así, ya que no corresponde suplir el aludido presupuesto legal, a través de una apreciación hipotética sobre la suerte que pudieran haber tenido los planteos de las partes en el resultado final del pleito…" (Ac. 17/12).

4. No desconozco que la regla general aludida, esto es que, declarada la cuestión abstracta, al no haber vencedor, ni vencido, no corresponde imponer costas a alguna de las partes, sino ser soportadas en el orden causado, admite excepciones.

Así hemos indicado que la circunstancia de que una cuestión litigiosa se torne abstracta no constituye razón suficiente para sostener que ello sea un obstáculo para imponer las costas a la accionada.

Pero, en el campo de las excepciones, es preciso examinar las causas que condujeron a ese desenlace y las circunstancias en que tuvo lugar, como así también en qué medida la conducta de cada una de las partes influyó para que la controversia finalizara en esa forma (cfr. esta Sala, causas 11077/01 del 27.7.05, 12.605/03 del 8.3.2005, 73/02 del 4.3.2003, 9106/01 del 28.11.2002, y Sala II, causa 3201/98 del 9.9.99, entre otras).

Nótese, en este punto, que los casos traídos a colación por el amparista, al contestar los agravios, poseen un denominador común, cual es, que la conducta reclamada por medio de la acción, fue cumplimentada con posterioridad a la promoción, por la demandada, demostrándose la necesidad y utilidad de ocurrir a la vía judicial.

En este caso, la situación dista de aquél presupuesto, a punto tal, que para imponer las costas a la demandada, el magistrado aborda el tratamiento de la cuestión, colisionando lógicamente, con la declaración de abstracción que, como hemos visto, obsta al pronunciamiento judicial. Reitero aquí, los términos del TSJ: "no corresponde suplir el aludido presupuesto legal, a través de una apreciación hipotética sobre la suerte que pudieran haber tenido los planteos de las partes en el resultado final del pleito".

4.1. Por otra parte, tampoco puedo dejar de señalar el contexto procesal en que se ha desenvuelto el conflicto.

Es que como señalara, entre otros, en autos "Funes", "…en la especial vía intentada, debe valorarse también la admisibilidad formal (más allá del derecho sustancial comprometido), análisis que no se circunscribe al inicial despacho de la acción, sino a su confirmación final al momento del pronunciamiento de mérito: "…la circunstancia de que se haya dado trámite a la acción de

amparo, no obsta a que en oportunidad de dictar la sentencia se efectúe un re-examen de su admisibilidad, máxime cuando planteos contra su procedencia, han sido introducidos como argumento de defensa.

Es que, si bien el auto que declara admisible la acción no es apelable, ni es posible que el demandado oponga defensas de carácter previo cuestionando dichos recaudos, estas prohibiciones encuentran justificación en el carácter sumario del amparo que repulsa toda dilación para el tratamiento sobre el fondo del asunto; pero salvada la oportunidad del tratamiento, deben ser abordadas en la sentencia definitiva (cfr. Morello-Vallefin, Régimen Procesal del Amparo, pág. 97/98 y sus citas y 178)…" (cfr. entre otros, "ULLOA ALEJANDRO CONTRA E.P.E.N. S/ACCION DE AMPARO" EXP Nº 460989/11).

Y sobre este aspecto, que eventualmente podría determinar la inadmisión de la vía (insisto, más allá del derecho cuestionado), nada se ha dicho, por devenir abstracta la cuestión…" (cfr. "FUNES SILVIA VANESA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ACCION DE AMPARO", Expte. Nº 506862/2015).

En mérito a estas razones, entiendo que asiste razón a la demandada en su recurso.

En consecuencia, propongo al Acuerdo, se revoque la decisión cuestionada, imponiéndose las costas de ambas instancias, en el orden causado. Las particularidades del caso, determinadas por el modo de resolución de la cuestión por el magistrado de grado y la existencia de pronunciamientos que impusieron las costas a las accionadas, reclamando la existencia de excepciones a la regla general, pudo determinar que el amparista se creyera con derecho a resistir el recurso. 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 al recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, revocar el punto II de la resolución de hojas 61/64vta., imponiendo las costas en el orden causado.

2. Imponer las costas de Alzada en el mismo sentido y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en el 30% de la suma que les corresponda 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

**"CAYUN CARLOS MIGUEL C/ SMG LIFE SEGURO DE VIDA S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 500256/2013) – Sentencia: 94/17 – Fecha: 11/05/2017

DERECHO COMERCIAL: Seguros.

SEGURO DE VIDA. BASE REMUNERATORIA. ASEGURADORA. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. MORA. COMPUTO. PLAZO.

1.- Lo que se encuentra excluido de la base, son aquéllos conceptos que, percibidos en el mes, no revistan el carácter de habitualidad, sino que se presente como un concepto variable. Desde esta perspectiva de análisis, la suma de $300,00, correspondiente al concepto "Asig. No Remu. Dto. 753/10", debe ser incluida.

2.- Queda excluida de la base remuneratoria la asignación por cónyuge, en tanto al ser una prestación que acuerda la seguridad social, tiene una naturaleza no remuneratoria, pues no

nace como consecuencia de la prestación de servicios laborales; no sufren deducciones, ni tampoco se las toma en cuenta para el cálculo de aguinaldo o indemnizaciones.

3.- El asegurador debe pronunciarse siempre que haya una denuncia de siniestro y la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, se encuentra supeditada a aquélla.

4.- Para la Ley de Seguros, no es preciso que se interpele judicial o extrajudicialmente al asegurador para constituirlo en mora pues la misma es automática.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 11 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CAYUN CARLOS MIGUEL C/ SMG LIFE SEGURO DE VIDA S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" (JNQLA6 EXP Nº 500256/2013) 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 demandada apela la sentencia recaída en esta causa en dos aspectos:

La base remuneratoria tenida en cuenta y la fecha de la mora.

Con relación a la primera, indica que, conforme surge del recibo acompañado, el capital asegurado ascendía a la suma de $165.406,75.

Más allá de ello, entiende que la base ascendía a $6.616,27, en tanto no correspondía computar la suma de $30 correspondiente a la asignación por cónyuge, ni la suma de $300,00, correspondiente al concepto "Asig. No Remu. Dto.753/10".

Agrega que la póliza es clara al referirse al concepto de sueldo, indicando que se entenderá "por sueldo mensual la remuneración fija en dinero, no se considerará sueldo a los importes percibidos por horas extras, aguinaldos, gratificaciones, participaciones de utilidades, adicionales por residir fuera del país o domicilio habitual o por devolución de gastos efectuados por cuenta del empleador, incluidos gastos presuntos y en general, cualquier otra forma de remuneración que se constituya en elemento variable de la misma".

En punto al segundo agravio, explica que, en los seguros de vida el pago se hace dentro de los quince días de notificado el siniestro, o de acompañada, si procediera, la información complementaria del artículo 46.

Desde ello, entiende que, habiéndose rechazado el reclamo efectuado por la beneficiaria, la fecha que deberá tomarse es la de la carta documento, por la cual, aquél se informa; esto es, el 13-11-12.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 253/255.

2. Siguiendo el orden propuesto en el recurso, en cuanto al primer agravio diré que, más allá de la indicación del capital asegurado, corresponde estar a los términos de la póliza.

Desde esta premisa, que el propio recurrente trae a colación, entiendo que su planteo no puede ser admitido completamente.

Es que de la lectura de la cláusula que he transcripto en el inicio, claramente se desprende, que lo que se encuentra excluido de la base, son aquéllos conceptos que, percibidos en el mes, no revistan el carácter de habitualidad, sino que se presente como un concepto variable.

Desde esta perspectiva de análisis, la suma de $300,00, correspondiente al concepto "Asig. No Remu. Dto. 753/10", debe ser incluida.

No sólo porque no se compadece con la cualidad de variable aludida, sino porque además, "…toda prestación —en dinero o en especie— que el empresario otorga al trabajador en concepto de ganancia, sin que se le exija acreditación de gastos y que se percibe como consecuencia del contrato laboral, consiste en una prestación remuneratoria (arts. 103, 105, 106 y 115 de la L.C.T., en igual sentido, sentencia N° 72.960 del 29.11.96, en autos "Lucero, Fidel y otros c/EFA s/diferencias de salarios", sentencia N° 76.336 del 29.4.98).

En este sentido, el TSJ a través del voto del Dr. Kohon, indicó que "Es regla que toda prestación de carácter habitual y regular que perciba el empleado integra el concepto de sueldo. Importa remuneración la contraprestación debida al trabajador, empleado o funcionario con la consecuencia efectiva del ingreso a su patrimonio".

Y, en igual línea, remarcó el Vocal Massei: "esta asignación "no remunerativa" y "no bonificable" constituye un real y efectivo incremento salarial producto de la contraprestación del empleado o funcionario del Municipio de la ciudad de Neuquén, que ingresa

como ganancia a su patrimonio y de libre disponibilidad, y no se trata de un “salario indirecto”, “beneficio marginal” o “tickets canasta”, entre otras denominaciones e instrumentos que se han ido creando para reducir el costo laboral y eventualmente coadyuvaron a paliar la situación alimentaria del empleado, trabajador o funcionario y sus familias, según se lo fundamenta. Y desde esta concepción no existen diferencias entre el salario o remuneración del trabajador público o privado, ya que ambos tienen idéntica naturaleza jurídica, más allá de sí el sustento es un contrato de empleo público sometido a normas administrativas o contrato de trabajo regido por el Derecho Laboral… Me permitiré sí aclarar que es verdad que el término remuneración es un concepto genérico comprensivo de varios otros; en él se incluyen también el salario y todo aquello que el empleador debe al trabajador, empleado o funcionario como consecuencia de la relación laboral o de empleo público; llámese asimismo remuneración, retribución, sueldo, jornal, honorario, emolumento o cualquier otro modo (Conf. Miguel Ángel Sardegna, en Emergencia Laboral – Lexis Nexis)…..” (cfr. Ac. 47/16 entre tantos otros).

Y, específicamente, esta Sala indicó: “…También resulta oportuno reiterar que esta Sala ha seguido la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto al carácter remunerativo de ciertas prestaciones, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S. A.”, (FALLOS: 332:2043) y “González, Martín Nicolás c/Polimat S.A. y otro”, (FALLOS: 333:699), (“DOMINGUEZ FABIANA ALEJANDRA C/ SISTEMAS TEMPORARIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES”, EXP Nº 426002/2010; “ROMERO DARIO ANDRES CONTRA TRANSPORTE GABINO C. CORREA SRL S/COBRO DE HABERES”, EXP Nº 413497/10; entre otros)…” (cfr. "PINCHEIRA SEPULVEDA LORENA P. C/ICAT INST. CAPACIT. Y TRABAJO S/DESPIDO X OTRAS CAUSALES", Expte. Nº 460788/ 2011).

Sí, le asiste razón, con relación a la asignación por cónyuge, en tanto al ser una prestación que acuerda la seguridad social, tiene una naturaleza no remuneratoria, pues no nace como consecuencia de la prestación de servicios laborales; no sufren deducciones, ni tampoco se las toma en cuenta para el cálculo de aguinaldo o indemnizaciones.

El importe base, por consiguiente, corresponde que sea fijado en la suma de $6.916,27, lo que arroja un total de $172.906,75.

3. En cuanto al segundo agravio, es claro que los intereses moratorios, por su propia definición se computan desde la mora.

Ahora bien, al promover la demanda, el actor solicita que se condene al pago del seguro obligatorio y adicional, con más sus intereses “desde la fecha en que debió ser abonada la indemnización”. Esta pretensión, claramente se ajusta a derecho.

Desde esta perspectiva, tomar como fecha de la mora al acaecimiento del accidente entiendo que no se ajusta a la previsión legal, ni al propio relato del actor (aclaro aquí que la cláusula a la que alude la magistrada se refiere únicamente a la que debe considerarse fecha del siniestro, pero no hace alusión alguna a la fecha en que nace la obligación de pago del asegurador).

En efecto, mal podría ponerse en mora al demandado, con antelación al pedido de pago del seguro; conforme al relato actoral, la jubilación le fue otorgada con fecha 30/06/12 e inmediatamente de otorgada la jubilación inició los trámites pertinentes ante la Aseguradora (ver hoja 14).

Es que el asegurador debe pronunciarse siempre que haya una denuncia de siniestro y la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, se encuentra supeditada a aquélla.

Como apunta Stiglitz: “…Otra hipótesis de mora automática se halla constituida por el vencimiento de la obligación del asegurador o "época de pago" (art. 49, L.S.). En efecto, la época de pago es factible inferirla de la articulación de lo dispuesto por los artículos 46-1 (denuncia del siniestro), 56 (pronunciamiento del asegurador dentro de los treinta (30) días de recibida la información complementaria), 46-2 y 3 (requerimiento de información complementaria), 49, L.S., por el que se establece en los seguros de daños patrimoniales, el plazo de 15 (quince) días para el pago de la indemnización, el que debe computarse desde la aceptación de la indemnización ofrecida, una vez vencido el plazo del art. 56, L.S. En cambio, con relación a los seguros de personas se establece que el pago se hará dentro de los quince (15) días de notificado el siniestro, o de acompañada, si procediera, la información complementaria prevista en el artículo 46-2 y 3, L.S. y 51, L.S. por el que se establece la mora automática de la obligación del asegurador. En efecto, en lo atinente a la obligación principal del asegurador, consistente en el pago del resarcimiento del daño o el de la prestación convenida (arts. 1º y 49) nos hallamos, en la especie, frente a un plazo incierto y determinado, pues se supedita el vencimiento del mismo a un hecho que necesariamente debe ocurrir como son la fijación o la aceptación del monto de la indemnización. En consecuencia, se sabe cuándo habrá de acontecer el momento del pago pues el mismo resulta de la sumatoria de dos plazos ciertos distintos, a. el del pronunciamiento del asegurador (art. 56, L.S.), y b. el de la fijación o aceptación de la indemnización ofrecida (art. 49).

En consecuencia, para la Ley de Seguros, no es preciso que se interpele judicial o extrajudicialmente al asegurador para constituirlo en mora pues la misma es automática. En síntesis, a nuestro juicio, el pago de la obligación principal a cargo del asegurador posee plazo incierto pero determinado, por lo que, dadas sus especiales características, constituye una aplicación de lo dispuesto en el art. 509-1 del Código Civil para las obligaciones a plazo…” (cfr. Stiglitz, Rubén S., Notas sobre cuestiones relativas

al contrato de seguro, Publicado en: LA LEY 12/10/2011, 1 • LA LEY 2011-E, 1206).

3.1. Ahora bien, conforme las constancias acompañadas al promover la demanda, surge de hojas 5, que el informe del médico del asegurado por incapacidad total fue presentado con fecha 01/10/12.

Tampoco se encuentra controvertido, que dentro del plazo de 15 días se requirió información complementaria: Y esto se hizo mediante carta documento de fecha 12 de octubre, con fecha de imposición 19/10/2012.

La demandada no ha acreditado la fecha en la cual fue recibida la documentación complementaria, la que debo asumir fue presentada, en tanto de ella se hace mérito en la carta remitida con fecha 13/11/2012 (sello del correo 16/11/2012).

Siendo ello así, y toda vez que, pese a estar en condiciones de indicar y acreditar la fecha de recepción de la documentación, la Aseguradora no lo hizo, tendré por fecha de inicio del cómputo al 22/10/12 (día hábil próximo siguiente). Computados desde allí los quince días, fijaré la fecha de la mora en el día 06/11/2012.

En mérito a las consideraciones efectuadas, propongo al Acuerdo receptar parcialmente el recurso de apelación deducido, determinando que el importe adeudado por el seguro adicional asciende a la suma de $172.906,75, suma que devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde el día 06/11/2012 y hasta el efectivo pago.

Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.). MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente el recurso de apelación deducido por la demandada contra la sentencia de hojas 240/245, determinando que el importe adeudado por el seguro adicional asciende a la suma de $172.906,75, con más sus intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde el día 06/11/2012 y hasta el efectivo pago.

2.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.)

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia recurrida las que deberán readecuarse a lo aquí resuelto.

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 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

**"ALAMO ALTO S.A. C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACIÓN S/ DESALOJO POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 368753/2008) – Sentencia: 96/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

JUICIO DE DESALOJO. CONTRATO DE LOCACION. FINALIZACION. MEJORAS. TENENCIA EFECTIVA DEL INMUEBLE. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- Cabe confirmar la sentencia que por un lado hizo lugar a la demanda de desalojo iniciada por la actora contra el Consejo Provincial de Educación, con costas y por el otro rechazó la acción de daños y perjuicios con costas al actor, ya que a partir de los propios dichos de la

demandada queda desvirtuada su afirmación en cuanto a que jamás ostentó la tenencia efectiva del inmueble. Ello, porque no puede considerarse que tales refacciones sólo fueron elementos contractuales como alega la demandada cuando quedó acreditada la realización de las mismas y su pago, así como lo estipulado en el contrato.

2.- En punto al pago de los cánones adeudados, a partir de lo expuesto por la demandada en los autos "Alamo Alto S.A. c/ Consejo Provincial de Educación s/ Alquileres", Expte. N° 368570/8, (...), surge que el CPE opuso excepción de pago por los períodos julio 2007, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2007, como también enero y febrero de 2008. En definitiva, reconoce la vigencia del contrato en cuestión y obviamente los pagos por los que excepciona, de lo cual lógicamente cabe deducir que pagó por la locación del inmueble cuyo contrato estaba ejecutándose.

**Texto completo:**

Neuquén, 16 de mayo de 2.017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ALAMO ALTO S.A. C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACIÓN S/ DESALOJO POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN" (JNQCI2 EXP 368753/2008), venidos en apelación a esta Sala integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presentencia de la Secretaria actuante, Dra. ESTEFANÍA MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 355/360 la A-quo dictó sentencia e hizo lugar a la demanda de desalojo iniciada por la actora contra el Consejo Provincial de Educación, con costas y rechazó la acción de daños y perjuicios con costas al actor.

A fs. 362 apeló la demandada y a fs. 389/396 vta. expresó agravios. Dice, que la Jueza de grado reconoce que el proceso se vio privado de contenido sustancial, es decir que ha derivado en abstracto pero aún así hace lugar a la demanda. Manifiesta, que el inmueble objeto del desalojo se encontraba en estado de desocupación conforme el mandamiento de constatación de fecha 30/04/2008 obrante a fs. 67/68. Alega, que el Consejo jamás tuvo la tenencia, que nunca detentó el inmueble por lo que resulta improcedente la acción de desalojo.

Sostiene, que la Jueza de grado tiene por acreditada una situación fáctica –tenencia efectiva- a través de una presunción, que no encuentra base legal, en tanto ello no surge a partir de la sola existencia del contrato de locación y los consecuentes cánones locativos.

Luego, se queja porque considera que se omitió merituar prueba esencial que acredita inequívocamente que el demandado no detentaba el inmueble objeto de autos, es decir la falta de tenencia efectiva. Dice, que las refacciones a las que el Juez de grado le asigna actos de tenencia no son más que elementos integrales del Contrato de Locación celebrado con la parte actora y que conforme el art. 2460, la tenencia sólo se adquiere por la tradición.

Expresa, que conforme el acta de fs. 46 se acordó la posesión definitiva del actor, pero se dejó plasmado que cada parte continuaba defendiendo su postura.

Se refiere a las declaraciones testimoniales, y dice que de las mismas surge la imposibilidad que tenían los dependientes del Consejo Provincial de Educación de acceder al inmueble sin autorización del dueño, que permitía el ingreso a través de la guardia privada.

A fs. 398/399 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

A fs. 362 el CPE apeló por altos los honorarios a su cargo.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas por el Consejo Provincial de Educación, adelanto que el recurso no resulta procedente.

Es que, si bien la demandada se queja porque la Sentenciante valoró la entrega de la posesión definitiva del inmueble objeto de autos conforme surge del acta de fs. 146 sin considerar que ambas partes "dejan a salvo las posturas jurídicas que defienden en las distintas acciones judiciales", nada dice de lo expuesto por la actora en dicho momento en cuanto a que "denuncia la existencia de bienes muebles de propiedad del CPE en el inmueble mencionado, solicitando el retiro en el plazo máximo de 15 días, vencido el cual Álamo Alto deslinda toda responsabilidad respecto de los mismos".

Además, cabe señalar que en el contrato de locación, luego de estipularse el pago de la renta, conforme la cláusula octava el locatario declaraba conocer el estado del inmueble, el que se le hizo entrega en el mismo estado de uso y conservación en el que se encontraba. Así, como también correspondía realizar al Consejo Provincial de Educación distintas refacciones, las que el mismo Consejo reconoce que se hicieron (fs. 120vta.).

En ese sentido, al denunciar como hecho nuevo el pago al Sr. Diego Leonelli expresó: "Así; en virtud de que CONSTRUCTORA DE LEON de Diego Leonelli, efectuare una serie de refacciones en el inmueble sito en San Martín N° 4820 por orden del Consejo Provincial de Educación, surgía a favor del primero una acreencia de $175.221,13 (pesos ciento setenta y cinco mil doscientos veintiún con trece centavos)."

"Desde Tesorería General del Gobierno de la Provincia de Neuquén se inició con fecha 04 de Agosto de 2008, la gestión de cobro correspondiente al Proveedor P9466 – Leonelli Diego Raúl (Expte. N° 4701-000129/2008)" (fs. 120vta.).

Además, sostuvo: "Es decir, que –según lo informado por la Tesorería General del Gobierno de la provincia de Neuquén –el mencionado pago es de carácter cancelatorio sin que exista a la fecha orden de pago pendiente por monto alguno a favor del Sr. Leonelli Diego" (fs. 121).

En consecuencia, a partir de los propios dichos de la demandada queda desvirtuada su afirmación en cuanto a que jamás ostentó la tenencia efectiva del inmueble. Ello, porque no puede considerarse que tales refacciones sólo fueron elementos contractuales como alega la demandada cuando quedó acreditada la realización de las mismas y su pago, así como lo estipulado en el contrato.

Además, en punto a la queja de la apelante por la valoración de las testimoniales tampoco resulta suficiente para desvirtuar la valoración de la A-quo.

Es que la testigo Yllera, si bien dijo que las modificaciones sugeridas no las hizo el Consejo (fs. 393 vta.) y el testigo Víctor Daniel Torres, si bien el mismo sostuvo que debió pedir permiso al dueño para ingresar, luego, señala que se realizaron las modificaciones que se sugirieron en materia de seguridad e higiene; pero al ser preguntado si recordaba el nombre de la persona física o jurídica que realizó las modificaciones, dijo tener entendido que era el dueño, que el encargado le dijo que era el Sr. Leal (fs. 202), ello no es concordante con las restantes constancias de la causa como el pago efectuado al Sr. Diego Leonelli en tal concepto.

Por ello, atento que tal como surge de autos, quedó acreditado que se hicieron las refacciones estipuladas contractualmente por parte del C.P.E. y pagadas por la Provincia, la crítica sostenida en los dichos de los testigos resulta insuficiente a los fines de desvirtuar las conclusiones de la A-quo.

Por otra parte, en punto al pago de los cánones adeudados, a partir de lo expuesto por la demandada en los autos "Alamo Alto S.A. c/ Consejo Provincial de Educación s/ Alquileres", Expte. N° 368570/8, cuyas copias certificadas se encuentran agregadas por cuerda, surge que el CPE opuso excepción de pago por los períodos julio 2007, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2007, como también enero y febrero de 2008. En definitiva, reconoce la vigencia del contrato en cuestión y obviamente los pagos por los que excepciona, de lo cual lógicamente cabe deducir que pagó por la locación del inmueble cuyo contrato estaba ejecutándose.

Luego, cabe señalar que conforme la audiencia de fs. 146, las partes no desistieron de sus pretensiones, y recién se le otorgó carácter definitiva a la posesión provisoria otorgada en diligencia de fs. 68 a fs. 359, lo cual sólo es controvertido por la demandada, señalando que jamás tuvo la tenencia efectiva del inmueble. A partir de lo expuesto precedentemente y la falta de agravio concreto en cuanto al punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia, la crítica con relación a la improcedencia de la acción tampoco puede prosperar.

En punto a la apelación arancelaria de fs. 362, realizados los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta las labores efectuadas por el letrado del actor como también el resultado del pleito, la regulación efectuada se encuentra dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), por lo que se impone su confirmación.

III. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso deducido por el Consejo Provincial de Educación a fs. 389/396 vta. y confirmar la sentencia de fs. 355/360 en todo cuanto fue materia de recursos y agravios. Imponer la costas por la actuación ante la Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C. y C.)

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia Pamphile dijo: Adhiero al voto del Dr. Pascuarelli.

Creo conveniente aclarar que la situación de hecho aquí descripta difiere de la analizada en autos Fiorillo; en aquél caso, al promover la demanda de desalojo, la parte actora había manifestado que el inmueble –objeto del desalojo- le había sido entregado con anterioridad.

Esta circunstancia, que fue dirimente, no se encuentra presente en esta causa.

Desde esta perspectiva, en atención a los términos del contrato, era carga del Consejo acreditar que había restituido el bien o, siguiendo estrictamente su línea argumental, que no lo había recibido nunca.

Como indica mi colega, la sola circunstancia de que la empresa contratada por la demandada llevara a cabo las reparaciones, unido a la existencia de bienes del Consejo en el inmueble, persuaden de que el extremo alegado no pueda ser tenido por acreditado.

Las testimoniales a las cuales hace mención, tampoco son contundentes en el extremo (me remito al análisis que efectúa mi colega).

En estas circunstancias, frente a los términos del contrato y las vicisitudes contractuales posteriores, es claro que el actor no podía disponer libremente del inmueble, desde lo cual, fue necesario que promoviera el litigio.

En mérito a lo expuesto y conforme las mayores precisiones que ha dado mi colega, emito mi voto en igual sentido. ASI VOTO.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar los recursos deducidos por el Consejo Provincial de Educación a fs. 362 y 389/396 vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 355/360 en todo cuanto fue materia de recursos 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 esta instancia en el 30% de lo que les corresponde por la labor en la instancia de grado, teniendo en cuenta el objeto del recurso (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

**"GALLEGO HUMBERTO C/ ASOCIART 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.: 473693/2009) – Sentencia: 98/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PRUEBA EN LA ALZADA. PROCEDENCIA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

1.- Si la pericia médica, única proveída, no se expidió sobre los puntos propuestos para la pericia psicológica, resulta incorrectamente denegada esta prueba, correspondiendo su apertura en la Alzada, designándose perito psicólogo a fin de que se expide sobre los puntos propuestos oportunamente. (del voto del Dr. Pascuarelli).

2.- Cabe hacer lugar al remplanteo de prueba psicológica ante la Alzada, si la incapacidad cuya existencia se alega como secuela del accidente y fundamento de la pretensión, excede de la física, para trasladarse al ámbito psico-físico, y ello ha sido introducido en la demanda, entendiéndose, por ende, comprendido en el objeto del reclamo deducido en sede judicial, lo que se entronca con el principio de congruencia. (del voto de la Dra. Pamphile, en adhesión).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “GALLEGO HUMBERTO C/ASOCIART ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557” (JNQLA1 EXP Nº 473693/13) 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. 153/156 se dicta sentencia por la cual se rechaza la demanda, con costas.

A fs. 160/161 vta. apela y expresa agravios el actor. Se agravia por arbitraria valoración de la prueba y denegación de la pericial psicológica. Se queja porque el Sr. Juez señaló que en el pedido de explicaciones e impugnación de la pericial médica se pretendió incorporar nuevos puntos relativos a las secuelas psicológicas.

Dice, que no se valoró que peticionó pericial médica y psicológica pero se supedito ésta última al resultado de la anterior. Agrega, que contra esa decisión planteó revocatoria con apelación en subsidio que fue desestimada y se refiere a las incidencias procesales posteriores.

Sostiene, que se debe producir la pericial psicológica para que un perito especializado determine la existencia o no de patología provocada por el accidente.

Solicita la apertura a prueba en segunda instancia porque carece de justa causa el rechazo del A-quo fundado en diversas causales como que quedó sujeta a la pericial médica, después que no existía patología y posteriormente que no puede producirse prueba sobre hechos no articulados.

A fs. 163 y vta. la demandada contesta el traslado del memorial. Dice, que en la demanda no se precisó cual era la patología psicológica por lo que se opuso al contestar y se pretende por esta vía subsanar un grosero defecto legal.

Solicita su rechazo, con costas.

II. Ingresando al tratamiento del recurso de apelación se debe comenzar el análisis por el pedido de apertura a prueba en la Alzada.

Al respecto, “La jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones ha sido constante en orden a que la apertura a prueba en la Alzada: “...es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva...” (PS. 1986-II-235/236; PS. 1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991-III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). El replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente. (JUBA7-NQN-Q0002)”.

“En el mismo sentido se ha sostenido que la procedencia de producción de prueba en segunda instancia, es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40, Sala I) –cfr. Sala II, “Betanzo y otros c/ IPVU”, P.S. 1999-III, n° 132-”, (“BARROSO JUAN EDUARDO CONTRA EMPRESA ZILLE SRL Y OTRO SOBRE DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES”, Expte. Nº 377382/2008; “ARGAÑARAZ HUGO ROBERTO C/PREVENCION ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”, Expte. Nº 469645/2012).

En el caso, el replanteo resulta procedente por cuanto el recurrente funda adecuadamente su crítica por la denegación de la pericial psicológica.

Es que en la demanda expresó que reclamaba porque se estableció una menor incapacidad obviando secuelas del accidente (fs. 18), por el cual el actor sufrió un traumatismo de cráneo, entre ellas las neurológicas y psicológicas (fs. 21), además ofreció pruebas periciales médicas y psicológicas, cada una con distintos puntos de pericia (fs. 22/23).

A fs. 47 únicamente se proveyó la pericia médica, no la restante prueba y en punto a la psicológica se proveyó que debía estarse al resultado de la médica.

A fs. 50 se rechazó la revocatoria del actor.

Posteriormente, la perito médica dictaminó a fs. 113/115vta., respondió explicaciones a fs. 131/132 expidiéndose únicamente sobre los puntos propuestos por las partes para esa pericia pero no sobre los de la pericia psicológica de fs. 23, por lo que no basta para suplir esta omisión la contestación de fs. 135.

En ese contexto, teniendo en cuenta la forma en que se proveyó a fs. 47 y que la perito médica no se expidió sobre los puntos propuestos para la pericia psicológica, resulta incorrectamente denegada esta prueba a fs. 140, por lo cual, considero que corresponde disponer la apertura a prueba en esta instancia para que se designe perito psicólogo a fin de que se expide sobre los

puntos propuestos oportunamente (cfr. "MERLO MARIA CRISTINA C/ GALENO ART S.A. S/ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART", Expte. Nº 431584/2010).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia Pamphile dijo:

En la sentencia dictada en esta causa, el magistrado ha considerado que las secuelas psicológicas del accidente no integraron la argumentación de la demanda, ni los puntos de pericia requeridos al perito médico.

De esto se agravia la actora y el cuestionamiento se correlaciona con la desestimación oportunamente efectuada, con relación a la prueba pericial psicológica, cuyo replanteo efectúa, ante esta Alzada.

1. Conforme surge de las constancias existentes, en la demanda ofreció esta prueba, requiriendo que el perito informe si presentaba “signos de angustia”, “trastorno dismórfico corporal”, trastornos depresivos y reactivos con causa en el accidente.

En dicha oportunidad, hace alusión al accidente sufrido y a las secuelas resultantes, entre las que menciona a las físicas, neurológicas y psicológicas (ver hoja 21, penúltimo párrafo).

Al contestar la demanda, la ART niega la existencia de secuelas en el plano psicológico y neurológico (ver punto IV, negativas). Y, aunque se queja de las imprecisiones contenidas en la demanda, no deduce excepción de defecto legal (entiendo que más allá de su falta de previsión expresa como excepción previa, de encontrarse en crisis el derecho de defensa, sería admisible).

Luego, en hojas 47 se desdobla el tratamiento probatorio, ordenándose sólo la pericial médica. Así se indica: “sin perjuicio de la oposición formulada por la parte demandada a la misma (fs. 43), estése a la resulta de la pericia médica”.

En hojas 49, la actora interpone revocatoria; indica que el accidente dejó secuelas psíquicas, y que la prueba es necesaria para valuar la entidad de las mismas y determinar si tienen una entidad tal que permita que dicha afección tenga un carácter autónomo, como factor incapacitante con rasgos patológicos.

No se hace lugar a la revocatoria (hoja 50), remitiéndose al auto de hoja 47.

Luego de practicada la pericia médica, la actora solicita que se designe perito psicólogo (hoja 139).

Se integra la prueba en hoja 140 y se desestima dicho medio, toda vez que del dictamen médico no surge patología psicológica alguna, remitiéndose a lo resuelto en la causa.

Al tratar la oposición a este medio, por parte de la demandada, se consigna

“Hágase lugar a la misma y estese a lo resuelto en igual título para la actora”.

Nuevamente plantea revocatoria (hoja 142/143), la que es desestimada en hoja 144.

En esta oportunidad el magistrado indica: “Siendo que conforme lo dispone el art. 364 del C.P.C.C., no podrán producirse prueba sino sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos, ratificando en consecuencia lo dispuesto en el auto recurrido acerca de la falta de determinación de existencia de daño psicológico tanto en el escrito de inicio como en la documentación acompañada, a la revocatoria planteada no ha lugar”

Este razonamiento, como se ha indicado en el inicio, es retomado al momento de dictar sentencia.

2. Ahora bien, el objeto de la demanda, debe ser individualizado y descripto en su mayor detalle ya que sobre el mismo versará la contienda y en su momento el fallo que lo conceda o deniegue.

Cuando uno pide algo a la judicatura, debe hacerlo sobre la base de la invocación de unos hechos que sirven de sustento al derecho reclamado.

A esto se lo denomina “causa de pedir”, fundamento o título de la pretensión.

Como dice Guasp "el título de la pretensión lo constituye una suma de acaecimientos concretos de la vida que particularizan la petición del pretendiente. No basta, desde luego, con proporcionar aquellos datos que sirvan para individualizar a la pretensión dentro de las categorías generales jurídicas (teoría de la individualización o el hecho jurídico), sino que es preciso que se aporten todos aquellos elementos fácticos históricos, que, efectivamente jueguen un papel delimitador (teoría de la sustanciación o del hecho natural)…” (cfr. Eisner, Isidoro, “La deficiente subsanación del defecto legal por "oscuro libelo". Su denuncia y consecuencias”. Publicado en: LA LEY 1993-B, 104).

Esto se entronca, a su vez, con el principio de congruencia, el que, en resguardo del derecho de defensa, debe regir el proceso: El tribunal no puede apartarse de los términos en que quedó trabado el litigio, porque allí quedan fijados en definitiva los temas de la controversia que no pueden ser luego alterados.

De allí también que “…la doctrina y jurisprudencia sustenta la necesaria correspondencia entre los hechos articulados y la sentencia con el principio de contradicción según el cual nadie puede ser condenado sin habérselo oído, es una manifestación del principio dispositivo, del derecho de defensa en juicio, de la igualdad procesal, en suma tiene raigambre constitucional pues si la sentencia excede el objeto de la pretensión menoscaba el derecho de defensa de la otra parte, quien se ve privada de toda

oportunidad procesal para alegar y probar acerca de temas que no fueron objeto de controversia…" (cfr. Beatriz E. Ferdman - Andrea M. Tello, "El principio de congruencia judicial y los hechos relevantes del caso")

3. Ahora bien, si conforme lo indica Julio César Vélez, en el proceso, "prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, deducida y controvertida por las partes que integran la litis", tenemos que analizar, cómo juega la prueba con la congruencia.

Este abordaje es necesario, al igual que las consideraciones anteriores, porque las decisiones jurisdiccionales que aquí se cuestionan pretenden encontrar fundamento final en el principio de congruencia. Lo que corresponde analizar es, si su aplicación ha sido correcta.

3.1. Ahora bien, venimos diciendo que la sentencia debe ser un correlato de las pretensiones deducidas; en otros términos, tiene que existir una correspondencia entre lo que es juzgado y lo pretendido en la demanda.

De allí que, si en la sentencia no puede extralimitarse de los hechos y pretensiones deducidas, mal podría un juez valorar prueba sobre hechos no afirmados, no introducidos en la demanda.

Y aquí el tema se correlaciona con un estadio procesal anterior (etapa probatoria, específicamente de admisión), en tanto si la judicatura no puede pronunciarse sobre cuestiones que no fueron reclamadas, las pruebas que no tengan por finalidad probar los presupuestos del reclamo deducido, no pueden ser admitidas por impertinencia (Recordemos que la pertinencia de la prueba se relaciona con la adecuación entre los datos que ésta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio).

Por eso, los medios que no guarden relación con la prueba de los presupuestos habilitantes de la pretensión "…no deberían pasar el filtro de la admisibilidad (por impertinentes o inconducentes), y en segundo término porque si de la producción de la prueba surgiere una circunstancia que no integra la litis, está vedado al juez valorarla y resolver más allá de los hechos controvertidos en el juicio". (cfr. Vélez, Julio César, "La prueba y su vinculación con la regla de la congruencia").

Y, por eso mismo se dice -en relación de cara y contracara de una misma cuestión- que la decisión judicial no puede basarse en hechos no alegados, aunque su existencia resulte de la prueba.

Así, "si las consecuencias psíquicas de un hecho dañoso no fueron objeto de reclamo, no corresponde deducirlo del ofrecimiento de prueba pericial psiquiátrica hecho al tiempo de la demanda y por ello, al momento de establecer las indemnizaciones en un juicio por daños, no cabe incluir una partida no expresamente reclamada, sin que tenga relevancia el hecho de que incorrectamente se haya producido prueba relativa a la cuestión no propuesta, puesto que el objeto de la actividad probatoria debe recaer únicamente sobre los hechos oportunamente alegados por las partes. Aceptar la tesitura contraria, representaría la violación del principio de congruencia, según el cual la sentencia sólo puede pronunciarse sobre aquellas materias planteadas por las partes" (Conf CNCiv., sala E, 7/4/1998, Martínez Vidal, Manuel c. BENETTI, Francisco José y otros s/ daños y perjuicios).

Estas consideraciones son las que subyacen en el razonamiento del magistrado.

Ahora, ¿podría decirse que los desarrollos anteriores aprehenden la situación que se planteó en este caso? Entiendo que no, y desde allí que, deba disentir con lo decidido en la instancia de origen.

4. En efecto, como señalara en el inicio, al transcribir lo acontecido en esta causa y lo que consigna mi colega, el actor afirma que como consecuencia del accidente, tiene secuelas incapacitantes, no sólo físicas, sino también de orden psicológico.

Esto ha sido afirmado en la demanda, ha sido introducido y de allí que se haya ofrecido la prueba pericial psicológica a los efectos de acreditar que presentaba "signos de angustia", "trastorno dismórfico corporal", trastornos depresivos y reactivos con causa en el accidente.

A esta altura, no puedo dejar de señalar que es esperable que los planteos deducidos presenten el máximo rigor y acierto: las peticiones correctamente deducidas permiten una mejor y más rápida respuesta jurisdiccional. De allí, también, que esta adecuación constituya un imperativo del propio interés de la parte, quien –por regla- debe cargar con las consecuencias disvaliosas de una petición deficiente.

Sin embargo, en este caso (más allá de la naturaleza del crédito reclamado, aunque ponderándolo), entiendo que la incapacidad, cuya existencia se alega como secuela del accidente y fundamento de la pretensión, excede de la física, para trasladarse al ámbito psico-físico. Y esto ha sido introducido en la demanda y por ende, debe entenderse comprendido en el objeto del reclamo deducido en sede judicial.

Es que "el deber de congruencia de las sentencias, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una

conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, a fin de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución…" (cfr. STS 372/2011, de 1 junio -EDJ 2011/130882, citado por María Ángeles Pérez Cebadera, "La exigente congruencia de la demanda y el principio de efectividad" "Revista de Jurisprudencia", número 2, el 15 de abril de 2014. www.elderecho.com/tribuna/ civil/demanda-uplico_de_la_demanda_11_682555002.html).

Con estas consideraciones, he de adherir, entonces, a la solución dada por mi colega. MI VOTO.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Hacer lugar al replanteo de la prueba pericial psicológica en esta Alzada.

2. Por Secretaría ha de procederse al sorteo de perito en la forma de práctica, haciéndose saber al experto que se designe que deberá pronunciarse sobre los mismos puntos periciales oportunamente propuestos.

3. Regístrese y notifíquese.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía Martiarena - Secretaria

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

**"ROSALES ADRIANA C/ JAUGE CARLOS OSCAR 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 I – (Expte.: 501471/2014) – Sentencia: 101/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. ACREDITACION DEL SINIESTRO. DAÑOS Y PERJUICIOS. DETERMINACION DEL DAÑO. PAUTAS PARA LA DETERMINACION. GASTOS MEDICOS. GASTOS DE FARMACIA.

1.- Aún cuando la labor probatoria ha sido sumamente restringida, lo cierto es que la circunstancia de que surja de la causa, que la accionante fue atendida en la fecha denunciada por motivo de un accidente de tránsito, coadyuva a que se tenga por acreditada la ocurrencia del siniestro en los términos denunciados; máxime, cuando no existe ningún elemento de prueba que persuada de lo contrario.

2.- 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).

3.- En orden al reclamo de los rubros gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica y gastos de traslados y vestimenta, no obstante la escasa actividad probatoria desplegada; sí debe tenerse por acreditado que sufrió la fractura, que tuvo una convalecencia de 45 días, conforme indica el perito, y en mérito a ello, de conformidad a las pautas establecidas por el artículo 165 del C.P.C.C., resulta razonable acordar globalmente y por la totalidad de los ítems, la suma de $2000,00.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 23 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ROSALES ADRIANA C/ JAUGE CARLOS OSCAR Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (JNQCI2 EXP Nº 501471/2014) 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 la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Tanto la citada en garantía, como la actora, apelan la sentencia recaída en autos.

La primera expresa agravios en hojas 147/148, los que son contestados en hojas 152/156. La segunda lo hace en hojas 149/154 y son contestados en hojas 150/151.

2. Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A se queja de que la sentencia haya receptado los hechos que serían fuente de los daños reclamados, sin que existan elementos en la causa, que corroboren la versión de la actora.

Indica que la magistrada tiene por acaecido el accidente, sólo a partir de la aplicación del art. 60 del C.P.C.C.

Sostiene que, la actora no ha acreditado mínimamente la participación del rodado, pese a tratarse de una presunción simple.

Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

2.1. Ahora bien, la falta de contestación de la demanda faculta a tenerla como presunción favorable a las pretensiones del actor.

Desde esta perspectiva, la judicatura puede estimar tal silencio como un reconocimiento de los hechos afirmados. Pero como presunción simple, debe ser corroborada a través de la prueba de actor o demandado sobre los hechos en que fundan su pretensión u oposición y, de allí también, que no se excluye la posibilidad de que esos hechos sean desvirtuados por la prueba producida por el rebelde, lo que acontece en los trámites en que ello es posible, tal el ordinario.

La rebeldía no significa, entonces, por sí sola, que la demanda deba prosperar en toda su extensión.

Tal declaración no vincula al órgano judicial en punto a la admisión de la pretensión, pues siempre al dictar el juicio lógico que supone todo pronunciamiento, ha de realizarse la tarea de subsunción de los hechos admitidos en el plexo del ordenamiento jurídico, a los fines de verificar cual es el derecho aplicable a los hechos reducidos a tipos jurídicos.

O sea, ha de enlazar a través de una tarea de coordinación una situación particular específica y concreta con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley (cfr. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, ed. póstuma, nº 178 a 182).

En el mismo orden de ideas, se ha subrayado que si bien es cierto que la conducta de quien no afronta la litis, permite suponer un tácito reconocimiento del derecho de la contraparte, la presunción de verdad a favor de lo alegado en la demanda no ha de considerarse como absoluta; su admisión queda librada al prudente arbitrio judicial, que tendrá en cuenta los elementos de convicción que se hayan acompañado con el escrito inicial o, en su caso, la prueba rendida, desde que, como ha quedado expuesto, la ley dice expresamente que la "rebeldía no alterará la secuela regular del proceso" (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales...", T. II-B, p.26, jurisprudencia allí citada y "DARUICH", S.I., EXP Nº 351072/7).

Esta comprensión del tema, determina que, en punto a la existencia del hecho generador de la responsabilidad, la decisión de la

magistrada deba ser confirmada.

Es que, aún cuando no puedo desconocer que la labor probatoria ha sido sumamente restringida (y esto se proyectará sobre los rubros indemnizatorios; sobre ello volveré más adelante), lo cierto es que la circunstancia de que surja de la causa, que la accionante fue atendida en la fecha denunciada por motivo de un accidente de tránsito, coadyuva a que se tenga por acreditada la ocurrencia del siniestro en los términos denunciados; máxime, cuando no existe ningún elemento de prueba que persuada de lo contrario.

3. Por su parte, la actora se queja del importe acordado al rubro daño físico.

Sostiene que, desde el accidente, se encuentra gravemente afectada de manera permanente, disminuyendo de esta forma sus aptitudes laborales y de relación, todo lo cual torna a la indemnización acordada por la magistrada en insuficiente para reparar el perjuicio sufrido.

Alega que la indemnización debe ser integral y debe cubrir todas las posibilidades futuras, en especial la de accesos a nuevos y mejores trabajos, atento a que la incapacidad detentada agravará severamente el éxito de los tests preocupacionales.

Dice que el monto resulta absolutamente reducido, en función del grado de incapacidad, del estado de salud previo y la proyección que la secuela del accidente tiene sobre la personalidad de la víctima.

Cita jurisprudencia de esta Sala con relación al uso de las fórmulas aplicables, y solicita que el rubro se determine en base a los parámetros de la fórmula “Méndez”.

3.1. 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).

Como la recurrente señala, ambas fórmulas de uso común, 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).

* 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.

Como señalara más arriba, la actividad probatoria ha sido escasa.

De hecho, ninguna de las consideraciones que se efectúan en los agravios precedentemente aludidos, encuentran correlato en las constancias de la causa.

Las ponderaciones que, se indica, debieron ser efectuadas por la magistrada, tampoco encuentran mayor correspondencia con el caso, en tanto la actora era una persona de 65 años de edad al momento del accidente; no hay elementos que coadyuven a tener por acreditada que se desempeñara como empleada de comercio (de hecho, el perito médico indica que “la actora ya tenía diagnóstico de demencia” (hoja 83), consignándose en la hoja de derivación de pacientes, en antecedentes hereditarios y

personales “Alzheimer” (hoja 60 vta).

Desde estos extremos, entiendo que los agravios planteados en este punto, no podrán prosperar.

4. Se queja del rechazo de los rubros gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica y gastos de traslados y vestimenta, indicando que no requieren prueba concreta y documentada.

4.1. Es cierto que, como indica la recurrente, esta Sala considera que estos rubros no exigen la prueba inequívoca de la existencia de erogaciones; que éstas pueden presumirse.

Pero como toda presunción debe derivarse de circunstancias probadas. Por ejemplo, cuando de la naturaleza y gravedad de las lesiones sufridas o de los tratamientos a los que ha debido someterse, cabe inferirlos.

En este caso, nuevamente, debo remarcar la escasa actividad probatoria desplegada; sí debe tenerse por acreditado que sufrió la fractura, que tuvo una convalecencia de 45 días, conforme indica el perito. A esto se limita el material probatorio.

En mérito a ello, de conformidad a las pautas establecidas por el artículo 165 del C.P.C.C. entiendo razonable acordar globalmente y por la totalidad de los ítems, la suma de $2000,00.

5. También se queja del daño moral acordado, en tanto considera que es insuficiente.

Dice que tal monto no resulta acorde a los padecimientos sufridos y que fueran debidamente demostrados en estas actuaciones, dadas las graves consecuencias en la faz motriz e intelectual, aunque éstas se valoren, dice, en la reparación material.

Sostiene que el accidente provocó un vuelco drástico en su vida, en tanto de gozar de un perfecto estado de salud pasó a convertirse en un ser enfermo, desgraciado y con ideas, incluso, de autoeliminación.

Efectúa profusas citas de jurisprudencia.

El análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales, desde donde, nuevamente, la orfandad probatoria incide en el análisis: los argumentos esbozados en el recurso, carecen de todo respaldo.

Se ha tenido por probado al accidente y asimismo, conforme a los términos de la pericia médica que la demandante tiene una incapacidad. Sin embargo, del resto de las consideraciones que alega en su queja, ningún respaldo existe.

La actora no produjo prueba testimonial que diera cuenta del estado en el que se encontraba en el período inmediato a que aconteciera el hecho dañoso. Los elementos a partir de los cuales puede inferirse que sufrió algún padecimiento son escasos y se limitan, insisto, la lesión sufrida e incapacidad resultante.

No se ha acreditado que se le hayan frustrado proyectos o su vida de relación, más allá de aquéllos que encuentran fuente exclusiva en las propias manifestaciones de la parte accionante.

Y si “el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta anímicamente perjudicial… No basta con una mera invocación genérica del daño moral, es menester que se especifique en que consiste el mismo, cuáles son las circunstancias del caso, como incidió sobre la persona del damnificado. Estas circunstancias del caso tienen una gran significación para la determinación objetiva del daño moral experimentado por el damnificado y, al mismo tiempo, para facilitar la concreción de una solución equitativa…” (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, “Daño Moral” Ed. Hammurabi, pág. 428).

Justamente, la falencia en la acreditación de los agravios, son los que conducen a confirmar el pronunciamiento de grado en este aspecto.

Por las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo, desestimar el recurso de apelación de la citada en garantía y hacer parcialmente lugar al recurso de apelación de la actora, acordando la suma de $2.000,00.- por los rubros gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica y gastos de traslados y vestimenta, en conjunto, con más los intereses que se calcularán a la tasa activa del BPN desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago, confirmándose en lo restante el pronunciamiento de grado.

En atención a la forma en que se resuelve, las costas de la Alzada se impondrán en el orden causado. 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. Desestimar el recurso de apelación de la citada en garantía y hacer parcialmente lugar al recurso de apelación de la actora, acordando la suma de $2.000,00.- por los rubros gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica y gastos de traslados y vestimenta, en conjunto, con más los intereses que se calcularán a la tasa activa del BPN desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago, confirmándose en lo restante el pronunciamiento de grado.

2. Imponer las costas de esta Alzada en el orden causado y 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).

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

**"MOYA VANESA C/ PROD. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469756/2012) – Sentencia: 102/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. HERNIA DE DISCO. INFORME PERICIAL. VALORACION DE LA PRUEBA. EXAMEN PREOCUPACIONAL. FALTA DE REALIZACION. PRESUNCIONES. LEY VIGENTE. LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO. INDEMNIZACION. INTERESES.

1.- El perito determina que existe una relación causal directa entre la lesión -hernia discal mediana- y la ocupación al momento del accidente. Ahora bien, la actora trabajaba en un galpón de empaque, realizando armado de cajas; sobre esto, no existe controversia. La dinámica de tal actividad, tampoco descarta el levantar elementos, realizar movimientos y tensiones repetitivas; no se encuentra cuestionado que tuviera una lumbalgia post esfuerzo, lo que es innecesario aclarar, supone un esfuerzo anterior. En este contexto, no advierto que existan 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; por el contrario, las circunstancias de hecho aludidas, coadyuvan a dotar de razonabilidad del dictamen pericial.

2.- Dadas las condiciones que se presentan en el caso, la inexistencia de informe preocupacional contribuye a reafirmar la conclusión del experto. En efecto, la ausencia de exámenes preocupacionales y periódicos, generan la presunción de que el daño es producto exclusivo del trabajo, cuando éste representa o constituye un riesgo para la salud del trabajador.

3.- La ley 26.773 no es aplicable a este supuesto, en tanto el accidente acaeció con anterioridad a su vigencia. Por lo tanto, establecida la incapacidad en 30,70% y siendo que por aplicación del decreto 1694/9, la suma a reconocer no puede ser inferior a la que resulte de aplicar el porcentual de incapacidad sobre la suma de $180.000. Al ser el resultado de la fórmula mayor, deberá estarse a éste, procediendo la demanda por la suma de $81.021,61

4.- En cuanto a los intereses, corresponde fijarlos desde la fecha del accidente, hasta el efectivo pago, a la tasa activa del BPN. Más allá de la opinión personal que pudiera tener la

suscripta sobre tal aspecto, el Tribunal Superior de Justicia se ha expedido sobre el tópico, estableciendo que la mora se retrotrae a la fecha de producción del accidente de trabajo (autos "Mansur c/ Consolidar ART", Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 23 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MOYA VANESA C/ PROD. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA4 EXP Nº 469756/2012) 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 la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Contra la sentencia que hace lugar a la demanda e impone las costas a la accionada, apela ésta última.

Se queja de la incapacidad determinada en tanto entiende que no existe relación causal entre la hernia lumbosacra, la limitación funcional de columna, con las tareas desempeñadas.

Dice que no desconoció el evento agudo, pero si negó el mecanismo de ocurrencia, en tanto la actora no levantaba cajas de gran peso. Enfatiza en que las tareas llevadas a cabo por la accionante no eran aptas para generar la lesión columnaria, por lo que se trata de una enfermedad inculpable.

Reconoce que no hubo examen preocupacional, pero sostiene que esto es inocuo, porque no se encuentra probado el evento.

Se queja, también, de que se haya aplicado retroactivamente la ley 26773 y de los intereses.

Sustanciados los agravios son contestados en hojas 408 y ss.

Los letrados del actor apelan sus honorarios por bajos en la hoja 398.

1. 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".

1.1. Aplicación retroactiva e inmediata de la ley.

La CSJN había señalado en autos "Calderón, Celia Marta C/ Asociart", haciendo suyos los términos de la Procuradora Fiscal que "el fallo judicial que impone el pago de una indemnización por infortunio laboral, sólo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico (Fallos 314:481; 315:885); sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la nueva ley a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada (Fallos 314:481; 321:45)…" (cfr.del dictamen de la Procuradora que la mayoría de la CSJN hace suyo en la sentencia dictada en "Calderón Celia Marta c/ Asociart ART s/ acc." (C, 915, XLVI), de fecha 29 de abril de 2014).

La posición en punto a la imposibilidad de aplicar retroactivamente la ley, es reafirmada en la causa "Espósito".

La Corte aquí, luego de efectuar una reseña de la sucesión normativa, indica: "…el art. 17.5 de la ley 26.773 dejó en claro que "las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero" entrarían en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarían únicamente "a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha"…" (considerando 5).

Es más, refuerza su interpretación a partir de las propias directivas de la aplicación, contenidas en el artículo 17 de la ley 26.773 e indica: "…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 4 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 invalidante 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…" (considerando 8).

2. Posición sostenida con anterioridad al dictado del fallo "Espósito".

Sostuve en las numerosas causas que han venido a resolución de esta Sala, con antecedente directo en los desarrollos que efectuara en la causa "Vinet", que una misma relación o situación jurídica, en el curso de su ejecución, puede ser regida, en todo o en parte, por la ley anterior o por la ley posterior y, por consiguiente, si esas leyes entran en competencia, se suscita la situación de conflicto.

Señalaba, entonces, que las situaciones jurídicas y con más razón las relaciones jurídicas, se constituyen, modifican o extinguen, porque los sujetos producen ciertos hechos o actos jurídicos a cuya presencia el ordenamiento liga particulares efectos… La ley nueva posterior, no puede regular lo que quedó jurídicamente consolidado bajo la ley anterior, salvo un efecto retroactivo que expresamente le confiera el legislador.

Por lo tanto, todo aquello que se ha perfeccionado debe quedar bajo la égida de la misma ley: Los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia, no pueden ser atrapados por la nueva ley (juega la noción de consumo jurídico) y si se los afectara se incurriría en retroactividad. (cfr. Marigo, Marta Susana "El artículo 37 de la ley 22.250 como norma de solución de conflictos de leyes sucesivas", DT 1982-B, 1235, a quien seguí al efectuar los desarrollos en la causa citada, a los que me remito en honor a la brevedad).

2.1. Sobre estas premisas y en orden a la conflictiva suscitada por la aplicación temporal del Dec. 1694/9, me incliné por la imposibilidad de su aplicación directa a los siniestros ocurridos con anterioridad al 06/11/2009 (o en la línea interpretativa de la CSJN, exigibles con anterioridad a tal fecha).

Interpreté, sin embargo que, cuando el resultado al que se arribaba por aplicación de la normativa anterior (Dec. 1278/0), era una prestación dineraria desactualizada, tal normativa (la anterior) debía ser declarada inconstitucional, en su aplicación al caso concreto.

En otras palabras, decía: si la aplicación de la normativa (Dec. 1278/0) condujera a una solución irrazonable en términos de constitucionalidad, podría inaplicarse en el caso (cfr. VINET NELSON JAVIER CONTRA LA BASTILLA S.A. Y OTRO S/RECURSO ART 46 LEY 24557", Expte. Nº 371507/8, entre otras; "LOZANO GUSTAVO OSCAR CONTRA DASH SRL Y OTRO S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. Nº 392147/2009, entre muchos otros).

2.2. Sobre estas mismas bases, entendía que la ley 26.773 no era lisa y llanamente aplicable a los casos en que las contingencias se hubieran producido con anterioridad a su vigencia, sino en las precisas condiciones que –interpretaba- había establecido el legislador.

Decía entonces: "…la ley nueva posterior no puede regular lo que quedó jurídicamente consolidado bajo la ley anterior, salvo un efecto retroactivo que expresamente le confiera el legislador.

Y este supuesto de excepción, justamente se encuentra receptado en la ley 26.773, específicamente en lo que hace a la distinta previsión contendida en los apartados 5 y 6 de su artículo 17.

Por ello, si bien entiendo que a este caso no le es aplicable el artículo 3 de la ley 26.773, en cuanto se encuentra alcanzado por las previsiones del inciso 5º, sí corresponde aplicar el RIPTE, conforme lo habilita el inciso 6°…"

En forma consecuente a esta interpretación, en cuanto al ámbito de aplicación del Ripte y al impacto del Decreto 472/2014, sostenía: "…En mi posición, y conforme a las previsiones contenidas en la ley 26.773 (inc. 6), el RIPTE es aplicable, pero en las precisas condiciones establecidas por el legislador y el decreto reglamentario".

Con cita de García Vior, concluía que el RIPTE se aplicaba únicamente con relación a las compensaciones de pago único y a los pisos indemnizatorios y analizaba la aplicabilidad del Decreto 472/2014 y la ausencia de reparos constitucionales.

3. 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. Ramírez, 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).

3.1. 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.

4. El embate contra la incapacidad determinada.

En la descripción del siniestro, frente a la Comisión Médica, se consigna que, mientras armaba cajas de cartón sufrió un fuerte dolor lumbar y fue asistida por la ART.

En las conclusiones de la Comisión se establece que la ART reconoció el siniestro y se expone: "La contingencia se caracterizó como Accidente de

Trabajo… Las prestaciones brindadas por la ART han sido suficientes para el tratamiento del evento agudo (lumbalgia post esfuerzo)..."

Luego, refiriéndose a la hernia discal mediana hallada, indica que "no se relaciona con el evento agudo y es producto de una patología crónica y de origen degenerativo por lo cual la ART no se encuentra obligada a responder".

El perito informa en las consideraciones médico legales que "cuando el disco es sometido a tensiones repetidas a lo largo del tiempo puede sufrir una degeneración de las fibras del anillo fibroso que rodean el núcleo pulposo permitiendo de esta forma una deshidratación de las estructuras, así como pequeños desgarros denominados fisuras discales. Si la situación traumática se mantiene, aparece una deformación de las fibras… Hay hernia discal cuando el anillo llega a romperse y parte del núcleo pulposo sale…"

Sobre estas bases y luego de examinar a la actora y analizar los estudios, determina que existe una relación causal directa entre la lesión y la ocupación al momento del accidente.

Ahora bien, la actora trabajaba en un galpón de empaque, realizando armado de cajas; sobre esto, no existe controversia. La dinámica de tal actividad, tampoco descarta el levantar elementos, realizar movimientos y tensiones repetitivas; no se encuentra cuestionado que tuviera una lumbalgia post esfuerzo, lo que es innecesario aclarar, supone un esfuerzo anterior.

En este contexto, no advierto que existan 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; por el contrario, las circunstancias de hecho aludidas, coadyuvan a dotar de razonabilidad del dictamen pericial.

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).

Dadas las condiciones que se presentan en el caso, la inexistencia de informe preocupacional contribuye a reafirmar la conclusión del experto.

En efecto, la ausencia de exámenes preocupacionales y periódicos, generan la presunción de que el daño es producto exclusivo del trabajo, cuando éste representa o constituye un riesgo para la salud del trabajador.

Carlos Alberto Livellara ("Los exámenes médicos de salud del trabajador y su repercusión tanto respecto a sus derechos

fundamentales, como con relación a la responsabilidad civil de la ART por los daños sufridos por aquél. Resolución 37/201 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2010-I, pág. 286/287) precisa que mientras el examen de ingreso procura determinar la aptitud o no del examinado en un momento dado, y con vistas a su ingreso a la empresa, los exámenes periódicos están destinados a efectuar un control de la evolución de su salud, cuando el trabajador se encuentra expuesto a determinados agentes de riesgo, tendiente a verificar la aparición y desarrollo ulterior de enfermedades infecciosas o degenerativas en el transcurso de los años; y que la realización de estos exámenes tiene por objetivo la detección precoz de afecciones producidas por aquellos agentes de riesgo determinados por el Decreto 658/96, a los cuales el trabajador se encuentre expuesto con motivo de sus tareas.

En autos, la no realización de estos exámenes, más allá del incumplimiento legal pasible de sanciones administrativas, genera consecuencias para la demandada desde el momento en que no puede descartase una relación causal de la dolencia con el trabajo, antes bien, así ha sido determinado por el experto.

En mérito a estas consideraciones, entiendo que la crítica efectuada en este aspecto, no podrá prosperar.

5. La aplicación de los desarrollos anteriores al caso analizado.

Como ha quedado sentado, la ley 26.773 no es aplicable a este supuesto, en tanto el accidente acaeció con anterioridad a su vigencia.

Por lo tanto, establecida la incapacidad en 30,70% y siendo que por aplicación del decreto 1694/9, la suma a reconocer no puede ser inferior a la que resulte de aplicar el porcentual de incapacidad sobre la suma de $180.000. Al ser el resultado de la fórmula mayor, deberá estarse a éste, procediendo la demanda por la suma de $81.021,61

En cuanto a los intereses, corresponde fijarlos desde la fecha del accidente, hasta el efectivo pago, a la tasa activa del BPN.

Más allá de la opinión personal que pudiera tener la suscripta sobre tal aspecto, el Tribunal Superior de Justicia se ha expedido sobre el tópico, estableciendo que la mora se retrotrae a la fecha de producción del accidente de trabajo (autos "Mansur c/ Consolidar ART", Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil).

Ha de estarse, por razones de economía procesal, a dicha doctrina (regla que, por lo demás, la CSJN implícitamente confirma en autos "Espósito"; ver considerando 10, parte final).

Por último, y con relación a las costas, en atención a la complejidad de la cuestión y la existencia de diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, estimo que las de esta Alzada deben imponerse en el orden causado, quedando las de grado a cargo de la demandada (ART. 68 del CPCC).

En cuanto a la apelación arancelaria, el porcentaje regulado resulta ajustado a derecho. 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.- Modificar la sentencia de hojas 379/394, reduciendo el monto de condena a la suma de $81.021,61, con más sus intereses desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago, a la tasa activa del BPN, y confirmar los honorarios regulados a los letrados de la parte actora.

2.- Imponer las costas de esta Alzada en el orden causado, quedando las de grado a cargo de la demandada (art. 68 del CPCC).

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

**"CAYUMAN PEREIRA FRANCISCO C/ FRUTISUR S.R.L. 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.: 422908/2010) – Sentencia: 103/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. INJURIA LABORAL. FALTA DE ACREDITACION. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda interpuesta considerando que el despido indirecto del actor carece de causa justificante desde que la demandada acreditó suficientemente haber dado oportuna y válida respuesta a la intimación del trabajador, dado que se acreditó la autenticidad de las dos misivas enviadas por la empleadora, nada dice respecto a la segunda, así como las testimoniales que transcribe no se refieren a esta circunstancia y no es posible variar la causa del despido (art. 243 LCT).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 23 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CAYUMAN PEREIRA FRANCISCO C/ FRUTISUR S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (JNQLA1 EXP Nº 422908/2010) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Jorge PASCUARELLI y Marcelo MEDORI, por encontrarse recusada la Dra. Cecilia PAMPHILE, 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. 562/573 vta. el actor deduce recurso de apelación contra la sentencia de fs. 555/559 vta. por la cual se hizo lugar parcialmente a la demanda por la suma de $ 398,96, rechazando los demás rubros y se impusieron las costas en un 90% al actor y en un 10% a la demandada.

Alega, que la sentencia es arbitraria por carecer de fundamentación y resulta nula.

En el primer agravio, sostiene que el Sr. Juez se equivoca al tasar la prueba porque se apartó de la realidad de los hechos, porque las notificaciones del Correo Argentino y de OCA no fracasaron por domicilio insuficiente y domicilio cerrado, porque en autos esa parte acompañó prueba que lo rebate, como las boletas de servicios que distribuía el Correo Argentino. Transcribe el escrito donde contestó el traslado de la presentación de la contraria, denunció hecho nuevo y pidió apertura a prueba.

Agrega, que existe una torpeza y contradicción del Corre Argentino, que por un lado distribuye correspondencia en el domicilio y por otro expresa que es desconocido. Además, dice que domicilio cerrado no equivale a domicilio inexistente y que debe atribuirse a la negligencia del medio empleado y a la demandada.

Asimismo, expresa que no se tuvieron en cuenta las declaraciones de los testigos respecto a la escasa voluntad de la demandada para la prosecución del vínculo y que había dedicado su explotación a la construcción de un barrio privado. Transcribe las declaraciones de Rodríguez, Benavides, Muñoz y Martínez en el expediente principal y en el incidente de embargo. Dice, que el A-quo no consideró nada de estas declaraciones y le impuso al actor una presunción en su contra, al sostener, con formalismo extremo, que la respuesta del empleador había llegado a la órbita de conocimiento del trabajador cuando ello no fue así porque el correo no cumplió con la diligencia de la notificación.

En segundo lugar, se agravia por la imposición de costas. Alega, la falta de profundización del sentenciante en la situación de hecho y las circunstancias concomitantes para calificar de disvaliosa la conducta del demandado. Se refiere a la intimación y que no se morigeran las costas como tampoco apreció las circunstancias que se relacionan con una conducta de la demandada que, aunque se considerara injustificado el distracto, permiten humanizar el peso de las costas y cargarlas en gran parte a la demandada.

Luego, el letrado apela sus honorarios por bajos.

A fs. 576 y vta. la contraria contesta el traslado del memorial. Solicita su rechazo.

II. Ingresando al análisis de la apelación el primer agravio se dirige a cuestionar la valoración de las cartas documentos enviadas por la demandada en respuesta de la intimación del actor; sin embargo, la crítica del recurrente resulta insuficiente para desvirtuar el razonamiento del Sentenciante.

Es que el A-quo sostuvo: "Así las cosas debo decir desde ya que encuentro que el despido indirecto del actor carece de causa

justificante desde que la demandada acreditó suficientemente haber dado oportuna y válida respuesta a la intimación del trabajador desde que la frustración del efecto recepticio no le es imputable a ella sino al accionante."

"En efecto, cuando el día 5 de Marzo de 2009 el actor decidió romper el vínculo a través del despido indirecto, la demandada había enviado dos comunicaciones válidas que dan por tierra con la pretensión de considerar la existencia de "silencio ante la intimación", (fs. 558).

Esta decisión encuentra sustento en las constancias de autos dado que el actor, por telegrama del 24/02/09 (fs. 6) intimó para que se le aseguren tareas efectivas bajo apercibimiento de considerarse injuriado y en situación de despido.

Luego, por telegrama del 05/03/09, ante la falta de respuesta a la misiva anterior, comunicó que el silencio constituye grave injuria, hizo efectivo el apercibimiento y se colocó en situación de despido indirecto (fs. 8).

La empleadora sostuvo que no hubo silencio de su parte porque respondió oportunamente la intimación por carta documento del Correo Argentino, de fecha 27/02/09, que fue devuelta por domicilio insuficiente, y también por otra del correo OCA, de fecha 04/03/09, devuelta por destinatario desconocido.

Y si bien el actor negó la autenticidad de esas misivas (mediante el escrito de fs. 278/279) a fs. 446/452 el Correo Argentino S.A. informó que la CD 117800904 del 27/02/09 es auténtica y se devolvió por dirección insuficiente y a fs. 457 OCA S.R.L informó que la Carta Documento OCA CBK0065668-4, impuesta el 04/03/09, fue devuelta por la imposibilidad de ser entregada en destino y que la copia concuerda con la obrante en los registros.

Entonces, considerando que no se encuentra discutido el domicilio y que la prueba informativa acredita la autenticidad de la documental acompañada por la demandada resulta correcto el razonamiento del A-quo e insuficiente la crítica del recurrente, dado que se acreditó la autenticidad de las dos misivas enviadas por la empleadora, nada dice respecto a la segunda, así como las testimoniales que transcribe no se refieren a esta circunstancia y no es posible variar la causa del despido (art. 243 LCT).

Al respecto, esta Alzada ha sostenido que: "Debe concederse que quien elige un medio para comunicar el despido, carga con los riesgos que el mismo implica, pero ello es a condición de que no sea imputable al trabajador la causa que impide la efectividad del medio empleado, como ocurre en el caso de que el telegrama es devuelto por el personal de distribución, con la observación "domicilio cerrado" (cfr. CNAT sala VI, 25-06-79 TySS 1979p. 359, citado por esta Sala I, en su anterior composición en autos "ARIAS C/ ISS ARGENTINA S.A. S/COBRO DE HABERES" (EXP Nº 357294/7)."

"Y en igual sentido, se ha dicho: "Cuando un telegrama, correctamente enviado, es devuelto por el personal distribuidor de la compañía de correos, con la atestación de "domicilio cerrado" se considera que se ha cumplido el fin que persigue la pieza postal, pues la falta de entrega es imputable sólo al destinatario que ha impedido la efectividad del medio empleado" (Sala X, sent. 5714 del 25/02/1999, "Gimenez Oscar c. Editorial Atlántida S.A. s/despido")...."Si la demandada envió el telegrama de contestación a la intimación efectuada por el trabajador, pero dicha pieza no pudo ser entregada porque en varias oportunidades el personal de correos encontró el "domicilio cerrado", tal situación no puede equipararse a aquellos casos en que la respuesta no llega por circunstancias imputables a quien elige el medio."

"En tal orden de ideas, no habiendo sido cuestionado ni demostrado que no se le hubiesen cursado las misivas a su correcto domicilio, cabe reputar válidas las comunicaciones emplazatorias y considerar que el actor fue intimado en dos oportunidades a presentarse a trabajar" (CNAT, sala V, Dominguez, Javier Marcelo c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ despido, DT 2013, diciembre)[…]"

"Trasladando estos lineamientos al caso de autos, no encuentro que la falta de anoticiamiento que invoca la accionante, sea atribuible a la empleadora", ("ARIAS MARTA BEATRIZ C/ ELECTRICIDAD BELGRANO S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP Nº 425820/2010).

Luego, en punto a la queja por la imposición de costas, teniendo en cuenta la causa alegada para el despido indirecto, el desconocimiento de las cartas documentos enviadas por el empleador, la prueba de su autenticidad, como se expuso anteriormente, la consiguiente desestimación de la pretensión por el despido indirecto alegada en la demanda y que se reclamó por la suma de $ 114.942,84 prosperando por $ 398,96, no resulta razonable atribuirlas en una mayor extensión a la demandada como pretende el recurrente (cfr. arts. 17 de la ley 921, 68 y 71 del C.P.C. y C.) por lo cual corresponde desestimar el agravio.

Por último, respecto a la apelación de los honorarios por el letrado de la actora por bajos, realizados los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta las labores efectuadas por los mismos y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, las regulaciones efectuadas se encuentran dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 20 y 39).

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso del actor y la apelación arancelaria de su letrado y confirmar la sentencia de fs. 555/559 vta. en lo que fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada al recurrente vencido (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) regulando los horarios por la esta etapa en un 30% de los de la

anterior.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo MEDORI 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 del actor y la apelación arancelaria de su letrado y confirmar la sentencia de fs. 555/559 vta. en lo que fue materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada al recurrente vencido (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) regulando los horarios por la esta etapa en un 30% de los de la anterior.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Marcelo MEDORI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

**"CARRIZO LEONARDO SANTOS C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 445956/2011) – Interlocutoria: 141/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

EJECUCION DE SENTENCIA. ACCIDENTE DE TRABAJO. SENTENCIA DE CAMARA. EJECUCION PARCIAL DE SENTENCIA. PROCEDIMIENTO LABORAL. RUBROS FIRMES. RECURSO DE CASACION. EFECTOS. INTERPRETACION INTEGRADORA.

Resulta viable la ejecución parcial de una sentencia dictada por la alzada que hizo lugar a la demanda y contra la cual la propia actora que ahora pretende su ejecución parcial, interpusiera recurso de casación por inaplicabilidad de ley, recurso que no interpusiese la contraparte. Ello es así, pues, en ese contexto resulta aplicable lo resuelto en un caso similar donde se sostuvo: […] "Ahora bien, no encuentro que esta última norma –art. 3 de la ley 1.406- 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).”

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "CARRIZO LEONARDO SANTOS C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP. SEG. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA3 EXP Nº 445956/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Jorge PASCUARELLI y Federico GIGENA BASOMBRIO, por encontrarse separada de la causa la Dra. Cecilia PAMPHILE, 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. 412/415 el actor deduce recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fs. 411 por la cual se rechaza el pedido de ejecución parcial debido a que la sentencia no se encuentra firme.

Dice, que solo esa parte recurrió la sentencia de la Cámara de Apelaciones por lo que en consecuencia quedó firme el pronunciamiento para la demandada.

Agrega, que el TSJ podrá eventualmente hacer lugar al recurso deducido pero nunca podrá ser perjudicial para la recurrente por el principio de no reformatio in pejus.

Agrega, que no habiendo la demandada dado en pago el capital de condena resulta de aplicación el art. 48 de la ley 921. Expresa, que la demandada no cuenta con ninguna instancia recursiva para revertir lo dispuesto por la Cámara de Apelaciones y si bien el art. 3 de la ley 1406 refiere a la imposibilidad de ejecutar la decisión impugnada ante la interposición del recurso, entiende que es claro que la normativa no le es aplicable a su parte, dado que la sentencia de segunda instancia fue consentida por la accionada.

En su caso, peticiona la declaración de inconstitucionalidad del art. 3, último apartado, de la ley 1.406 con fundamento en el principio de irrenunciabilidad y por colisionar con lo ordenado por el art. 48 de la ley 921.

Alega, que la efectividad de la sentencia depende de su ejecución, por lo que el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial, mediante la aplicación idónea de dicha decisión y que son derechos de carácter alimentario.

A fs. 416 se rechaza la revocatoria y concede la apelación.

A fs. 427/428vta. la demandada contesta el traslado de la apelación. Solicita su rechazo, con costas.

II. Ingresando al análisis de la cuestión planteada cabe partir de señalar que en autos esta Alzada dictó sentencia a fs. 335/341 por la cual hizo lugar a la demanda por la suma de $ 134.080,38 más intereses. El actor interpuso recurso de casación por inaplicabilidad de ley a fs. 343/395, la contraria no recurrió.

En ese contexto resulta aplicable lo resuelto en un caso similar donde se sostuvo: “cabe señalar, en primer lugar, 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)."

"Por lo dicho, es que puede habilitarse la ejecución parcial de sentencia por el capital de condena con más sus intereses resultantes de la sentencia de Alzada", ("TURRA RUBEN OSCAR CONTRA PREVENCION S.A. SOBRE ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. Nº 418123/2010; en el mismo sentido "OPAZO SEGUEL NIBALDO ORIEL CONTRA PREVENCION ART SA SOBRE ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. Nº 454399/2011).

Asimismo, lo resuelto en la providencia recurrida resulta prematuro por cuanto a fs. 406 y 408 el actor se limita a peticionar la remisión de los autos a primera instancia.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria por el actor a fs. 412/415 y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 411 para que la parte actora peticione en primera instancia conforme a derecho. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada a la contraria vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO 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 al recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria por el actor a fs. 412/415 y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 411 para que la parte actora peticione en primera instancia conforme a derecho.

2. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada a la contraria vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI – Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

**"D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF.TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 51593/2011) – Interlocutoria: 143/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. IMPOSICION DE COSTAS. CONCURSOS Y QUIEBRAS. VERIFICACION DE CREDITOS. INSINUACION TEMPESTIVA DEL CREDITO. CONCURSADO. COSTAS AL VENCIDO.

Cabe revocar el fallo de la instancia de grado en orden a la imposición de costas al insinuante tardío [en el caso el Fisco Nacional], pues conforme lo reseñado por este mismo Tribunal en cuanto a la presentación efectuada por el incidentista en los términos del art. 32 LCQ y la resolución verificatoria dictada en primera instancia, se concluye que aquél cumplió con la carga de insinuación tempestiva de su crédito en el concurso y que la promoción del presente trámite de verificación tardía derivó de lo allí resuelto en virtud de los recursos administrativos intentados por la concursada. En consecuencia, no corresponde que el Fisco Nacional asuma las costas del presente, teniendo en cuenta además que la verificación prosperó por el total insinuado, adquiriendo el concursado el carácter de vencido.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF. TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV." (JNQCI5 ICC Nº 51593/2011) 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 resolución de hojas 507/508 vta. hace lugar al incidente de verificación tardía y declara verificado el crédito insinuado por la DGI-AFIP por la suma de $170.279,00.-: $72.950,32.- con privilegio general y $ 97.328,68.- como quirografario. Impone las costas al incidentista tardío y regula los honorarios a los profesionales intervinientes.

La incidentista apela la imposición de costas así resuelta y expresa agravios en hojas 512/517vta.

Critica que la A-quo debió ponderar los motivos y los hechos ocurridos en la incidencia en trámite que llevaron a su parte a utilizar la vía prevista por el art. 56 LCQ, por lo que el presente es un caso que escapa al principio general de la imposición de costas al insinuante tardío.

Relata los antecedentes del caso y refiere que ha sido el propio concursado quien dilató en el tiempo la definición del crédito de su parte.

Se queja por entender que la Magistrada omitió merituar el derrotero deliberado seguido por el concursado obligándolo a llevar adelante un esfuerzo extra en procura de su crédito cuando había cumplido con la carga de ocurrir en forma tempestiva.

Manifiesta que el Sr. Carabetta presentó su propio concurso preventivo el 05/03/2009; que su parte concurrió a verificar su crédito el 02/06/2009 y que el concursado, en fecha 12/06/2009, interpuso recursos administrativos contra la totalidad de la deuda oportunamente insinuada por su parte.

Agrega que en el informe del art. 35 LCQ la sindicatura aconsejó no verificar su crédito por entender que debía agotarse previamente la vía administrativa.

Luego, y siguiendo dicho dictamen, por resolución judicial del 17/11/2009 la A-quo declaró inadmisible la totalidad del crédito.

Luego refiere que los recursos administrativos impetrados por el concursado fueron resueltos en forma negativa, lo que le fue notificado con fecha 29/10/2009; que dejó transcurrir el plazo de 90 días previsto en el art. 25 de la Ley 19.549 para luego interponer el presente.

Corrido el traslado del memorial, el concursado no contesta, haciendo lo propio al Sindicatura en hojas 524/525 y propiciando la imposición de costas por su orden.

2. La demanda de verificación tardía iniciada por el Fisco Nacional en hojas 197/199 reclama al concursado la suma adeudada de $170.279,00.

En dicho libelo señala claramente que la acreencia detallada en los puntos 1 a 4 de hoja 197vta. ha sido insinuada en la oportunidad prevista por el art. 32 LCQ, destacando el ya referido informe de la Sindicatura, quien aconsejó su no verificación por entender que la misma debía resolverse de acuerdo a los mecanismos legales previstos y ser insinuada en el presente

procedimiento concursal una vez agotada la vía administrativa, lo que fue reflejado en la resolución verificatoria. En función de tales razones solicita la eximición en costas a su parte.

Menciona luego que la acreencia referida en el punto 5 de la hoja 197 vta. se trata de una reliquidación de deuda, por haberse hecho lugar parcialmente al recurso interpuesto por la concursada contra la liquidación de deuda N° 150 que refiere, originalmente acreditada en la oportunidad prevista por el art. 32 LCQ.

2.1. Ahora bien, llega firme a esta instancia lo resuelto en cuanto a las acreencias verificadas, las que coinciden con las peticionadas en el escrito introductorio del presente trámite.

Ello así, corresponde dar tratamiento a la queja articulada en materia de costas.

Al respecto se advierte –tal como indica el recurrente- que la A-quo omitió fundamentar la imposición de costas a cargo del incidentista, más aun considerando que el mismo solicitó su eximición desde su primera presentación en estos autos (cfr. hojas 198vta.).

Tal como esta Sala se ha expedido en el antecedente citado por el apelante, de similares aristas, "… "la regla de la imposición en costas no era una derivación de lo establecido expresamente en la ley sino de la prudencia judicial en la evaluación del comportamiento de las partes, por lo cual debían diferenciarse aquellas situaciones donde la concurrencia al pasivo en forma extemporánea provenía de la desidia del acreedor, de otras en que existían obstáculos que impedían la verificación en término".

Dijimos entonces (INC Nº 53070/2014): "Como bien ha sido destacado por el profesor Rouillon, la imposición de costas al verificante tardío es la regla jurisprudencial más reiterada y consolidada de cuantas se aplican en el proceso concursal y el fundamento de tal directriz suele hallarse en la necesidad de desalentar la insinuación extemporánea de los acreedores.

Este principio genérico encuentra sustento en aquella vieja regla acuñada por la jurisprudencia que dispone que el acreedor tardío debe soportar las costas del incidente de verificación en virtud de que su presentación extemporánea causa un desgaste jurisdiccional adicional que le es imputable, no estando obligada la masa concursal a soportar la mayor onerosidad de este trámite originado en el retraso del acreedor.

Es que la utilización de la vía tardía atenta contra la simplicidad, rapidez y economía del proceso, facilitando la posibilidad de eludir el control de los coacreedores. Por ello todo acreedor debe cumplir con la carga de insinuación en el pasivo en el momento y forma adecuados, de conformidad con la norma del art. 32 de la Ley 24.522 que impone dicha obligación a "todos los acreedores" sin distinción alguna."

También hemos sostenido (ICC Nº 51785/2013): "La solución pretorianamente establecida de imponer al promotor del incidente las costas generadas por la verificación tardía, reconoce como fundamento el hecho de que, previsto en la ley un trámite de verificación tempestivo que no genera costas -el cual, a su vez, es concebido como la máxima expresión de la "concursalidad" en tanto habilita el recíproco control entre coacreedores-, quien deja de utilizarlo injustificadamente debe cargar con los gastos que se hubiera dispensado de pagar si hubiera hecho uso de dicho mecanismo legal (esta Sala, in re "Pinturería Profesional Marcos SRL s/ concurso preventivo s/ inc. verificación por Fisco Nacional", del 01/11/12). No obstante, la vigencia de esa solución jurisprudencial -que, en estricto rigor, no reconoce expresa previsión legal- no debe ser aplicada de manera automática, sino que requiere que el examen de las circunstancias particulares de cada caso demuestre en el acreedor una conducta injustificadamente displicente" (CNCom., Sala C, 15629/14, AFIP C/ VISION PRODUCTOS Y SERVICIOS SA S/ OTROS - QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION POR AFIP, 19/08/14)", (ICC Nº 51522/2010).

En autos, a partir de lo expuesto, cabe apreciar la conducta desplegada por las partes a fin de merituar la imposición de costas.

Así, conforme lo reseñado por este mismo Tribunal en cuanto a la presentación efectuada por el incidentista en los términos del art. 32 LCQ y la resolución verificatoria dictada en primera instancia (cfr. hojas 435yvta. 436vta./438), se concluye que aquél cumplió con la carga de insinuación tempestiva de su crédito en el concurso y que la promoción del presente trámite de verificación tardía derivó de lo allí resuelto en virtud de los recursos administrativos intentados por la concursada.

En consecuencia, no corresponde que el Fisco Nacional asuma las costas del presente, teniendo en cuenta además –como ya mencionara- que la verificación prosperó por el total insinuado, adquiriendo el concursado el carácter de vencido.

Cabe destacar que, si bien el concursado tenía derecho de agotar la instancia administrativa por las deudas reclamadas, lo cierto es que este acreedor concurrió en la oportunidad prevista legalmente a verificar su crédito.

Asimismo se advierte que, si bien se hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el concursado contra la liquidación de deuda N° 150 de la AFIP, tal remedio prosperó solamente por una pequeña porción -períodos 1 a 4/1999- (cfr. hojas 92/93), por lo que no resulta sustancial para alterar los términos de la petición del incidentista en materia de costas.

En función de lo expuesto, y de conformidad con el criterio que mantiene este Cuerpo –en los términos del precedente citado-, propongo al Acuerdo revocar el punto II de la resolución de hojas 507/508, imponiendo las costas del presente al concursado en su

condición de vencido.

Las costas de Alzada seguirán la misma suerte, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en esta etapa en un 30% de los de la anterior (art. 15, LA).

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 al recurso de apelación deducido por el incidentista y, en consecuencia, revocar el punto II de la resolución de hojas 507/508, imponiendo las costas del presente al concursado en su condición de vencido.

2. Imponer las costas de Alzada al concursado vencido y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta etapa en un 30% de los de la anterior (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

**"REBOLLEDO MARIA CECILIA C/ CNP ASSURANCES COMPAÑIA DE SEGUROS S/ SUMARISIMO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 510506/2015) – Interlocutoria: 144/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Seguro.

SEGUROS. SEGURO POR ACCIDENTES PERSONALES. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO. PLAZO SILENCIO DE LA ASEGURADORA. SUICIDIO. POLIZA. COBERTURA. EXCLUSION.

1.- Debe ser confirmada la sentencia que desestima la demanda interpuesta contra la compañía de seguros, toda vez que deviene inaplicable lo dispuesto en el art 56 de la L.S. para responsabilizarla con sustento en el seguro de accidentes personales que le fue contratado, ya que el silencio del art. 56 no es suficiente para poner, a cargo de la aseguradora, una obligación que no asumió contractualmente. Reitero: No se trata aquí de un “hueco” en el universo de siniestros originalmente cubiertos por la póliza; el supuesto acaecido –suicidio- , desde el origen estuvo fuera de aquél.

2.- El artículo 135 de la L.S., se refiere al “seguro de vida” y así se hace referencia puntualmente a que el suicidio voluntario de la persona cuya vida se asegura libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigor ininterrumpidamente por tres años. El seguro aquí celebrado “seguro de accidentes personales” es abordado en la Sección II, indicándose que se aplican los artículos 132, 133 y 143 a 147 inclusive, referentes al seguro sobre la vida. Véase que no se hace referencia al artículo 135 y ello es claro, en atención al riesgo asegurado, que supone, por propia definición, que apareje la ocurrencia de un “accidente”. Es que la propia noción de accidente, excluye del marco contractual al suicidio.

3.- […] el suicidio, lejos está de caber en esa definición –accidente-. Reitero que, conforme

llega firme a esta instancia, no estamos frente a un “seguro de vida”, sino de “accidentes personales”.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "R. M. C. C/ CNP ASSURANCES COMPAÑIA DE SEGUROS S/ SUMARISIMO" (JNQCI6 EXP Nº 510506/2015) 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. Contra la sentencia que desestima la demanda, la actora apela.

Se queja de la interpretación y alcance dado al artículo 56 de la ley 17.418. Indica que tal precepto debe ser aplicado con rigor y que, por lo tanto, ante el silencio de la aseguradora, ningún argumento posterior es válido para liberarla de su responsabilidad.

Cita jurisprudencia en apoyo de su postura y enfatiza que el artículo 56 debe aplicarse, aún frente a supuestos de exclusión de cobertura.

En segundo lugar, se agravia de que no se haya tenido en cuenta el planteo realizado sobre la base del artículo 135 de la ley 17418, remitiéndose a los desarrollos anteriores.

Por último, indica que no se ha tenido en cuenta que nos encontramos frente a una relación de consumo, habiéndose vulnerado el derecho a ser informado debidamente.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 106/108.

2. Ahora bien, sostuve recientemente que “…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)…” (cfr. “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).

Tenemos, entonces, que tal lo señalado, esta es la regla general.

¿Cuándo no se aplica esta regla?

Al respecto, también sostiene Stiglitz: “Claro que existen excepciones a la carga sustancial del asegurador.

Y esas excepciones se hallan constituidas, por ejemplo, (a) en que no se ha formalizado ningún contrato de seguro, o (b) que el siniestro denunciado se produjo antes del comienzo de su vigencia o ya extinguido el contrato, o (c) ante la falta de existencia de un siniestro, o (d) que no se ha concluido ningún contrato referido al riesgo cuya realización (siniestro) se denuncia, o (e) que el siniestro denunciado no puede racional ni lógicamente guardar correspondencia con el riesgo (rama) objeto del contrato celebrado, pues es notorio o manifiestamente extraño al mismo, o cuando (f) decida cumplir con la garantía comprometida y no sea necesario ejercer el derecho de requerir información complementaria ni prueba instrumental o (g) cuando el siniestro no haya sido denunciado…” (op. cit).

2.1. Ahora bien, como se advierte de la lectura de los agravios, la recurrente entiende que en el caso nos encontramos ante un

supuesto de “exclusión de cobertura”.

Sobre esta base, entiende que, tratándose de una exclusión de cobertura, rige el deber de pronunciarse y que, por lo tanto, medió un supuesto de aceptación tácita por falta de rechazo oportuno. En la misma línea, considera que es un error que no haya merituado la aplicación del artículo 135 de la ley de Seguros.

Aquí se centra en mi criterio, la confusión en la que incurre la actora; y, el error en la premisa, se proyecta en la conclusión a la que arriba. Explicaré porqué sostengo esto.

3. Al decir de Babot, gráficamente, una exclusión de cobertura es un "hueco" en el universo de siniestros originalmente cubiertos por la póliza.

Corresponde entonces preguntarnos, si, en este caso, el siniestro denunciado estaba originalmente incluido en el universo de siniestros cubiertos. Y según creo entenderlo de los términos del contrato celebrado, no hay dudas interpretativas de que no lo estaba.

En efecto, la obligación principal del asegurador es la asunción del riesgo, de la que resulta su obligación secundaria, esto es, la de indemnizar cuando aquél se realiza.

En el seguro de accidentes (llega firme a esta instancia que en el caso nos encontramos frente a un “seguro de accidentes personales”) hay una concreta delimitación del riesgo asegurado, desde el punto de vista causal.

Como indica Halperín, “la vinculación causal significa que el asegurador sólo se responsabiliza por los daños causados por determinado hecho, en relación de causalidad adecuada”, en el caso, daños provocados por la ocurrencia de un accidente. (cfr. Seguros, pág. 343).

Aún, cuando esta especie de seguro se encuentra inserto en una categoría mayor, cual es el “seguro de personas” -de acuerdo a su ubicación en el texto de la Ley de Seguros- tiene algunas notas precisas que lo caracterizan, entre ellas, justamente, que el riesgo garantizado debe encontrar causa precisa en un accidente.

El siniestro, entonces, está dado inescindiblemente, por el accidente que afecta la integridad física o la vida (en caso de muerte).

3.1. Nótese, entonces, cómo el planteo relativo al artículo 135 de la L.S., tal lo aseverado por la magistrada, no tiene virtualidad en el caso.

El artículo 135, se refiere al “seguro de vida” y así se hace referencia puntualmente a que el suicidio voluntario de la persona cuya vida se asegura libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigor ininterrumpidamente por tres años.

El seguro aquí celebrado “seguro de accidentes personales” es abordado en la Sección II, indicándose que se aplican los artículos 132, 133 y 143 a 147 inclusive, referentes al seguro sobre la vida. Véase que no se hace referencia al artículo 135 y ello es claro, en atención al riesgo asegurado, que supone, por propia definición, que apareje la ocurrencia de un “accidente”.

Es que la propia noción de accidente, excluye del marco contractual al suicidio.

En este sentido, tomemos por caso al artículo 4 del contrato (hoja 29) del que resulta que “A los efectos de este seguro, se entiende por accidente a toda lesión corporal sufrida por el Asegurado independientemente de su voluntad, por una causa fortuita, exterior, súbita y violenta…”

Y esta es una definición que no puede ser atacada de poco clara; es más, se asemeja en mucho al sentido común del vocablo: la Real Academia en las dos primeras acepciones indica “1. m. Suceso eventual que altera el orden regular de las cosas. 2. m. Suceso eventual o acción de que resulta daño involuntario para las personas o las cosas…”

Como se advierte, el suicidio, lejos está de caber en esa definición. Reitero que, conforme llega firme a esta instancia, no estamos frente a un “seguro de vida”, sino de “accidentes personales”.

4. Llegados a este punto, es claro que “no resulta factible el amparo de todos los eventos susceptibles de provocar daño, ni que un mismo contrato garantice indeterminadamente la totalidad de los riesgos a que se halla sometido un interés económico lícito. Lo mencionado pone de manifiesto la necesidad de que se individualice el riesgo asegurado. Pero ¿con qué fin? Nada más, ni nada menos, que con el de determinar dicho riesgo. En efecto: una vez individualizado, el riesgo debe ser delimitado, lo que significa que al momento del perfeccionamiento del contrato, deben identificarse los antecedentes que puedan realizar o materializar el riesgo y, con ello, generar la obligación principal a cargo del asegurador (cfr. Stiglitz, ob. cit., p. 222). Repárese en que —desde esa perspectiva— el asegurador se halla obligado a resarcir un daño o a cumplir la prestación si ocurre el evento previsto (art. 1, LS) en el marco del riesgo específico, debidamente determinado en la póliza. De lo contrario, no….”

“…Lo hasta aquí expuesto obliga, consiguientemente, a receptar el agravio central deducido por la compañía demandada, al encontrarnos —se reitera— frente a un caso de riesgo no cubierto, lo que, en términos prácticos, resulta equivalente a un supuesto de 'no seguro' respecto del riesgo en cuestión.

Si bien ello sería suficiente para receptar las defensas deducidas por la aseguradora y, por ende, definir la revocación del fallo

atacado, resta aún —a los fines de confirmar la justicia de tal solución— examinar la suerte de las argumentaciones vertidas por el accionante en su demanda en punto a la aplicación del art. 56, LS (revelador, supuestamente, de la tácita aceptación del siniestro por la aseguradora) y del art. 37 de la LDC (en tanto prevé la presunción a favor de consumidor para supuestos de oscuridad de alguna de las cláusulas del contrato)…"

"…Pues bien: tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, se ha incluido, entre las excepciones a dicho deber de pronunciarse, la circunstancia de que —tal como acaeciera en el caso de marras— el siniestro denunciado no guardase racional ni lógicamente correspondencia con el riesgo objeto del contrato celebrado, al ser notorio o manifiestamente extraño al mismo (esta CNCom., esta Sala A, del voto de la Dra. Uzal, 28/06/2013, in re: "Aguirre, José Luis c. la Caja de Ahorro y Seguro"; cfr. SC Mendoza, Sala I, 21/12/1995, del voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, in re "Triunfo Coop. de Seguros c. Intraguglielmo, V.", LA LEY, 1996-D, 181/93; en igual sentido, Stiglitz, ob. cit., ps. 280/281)…"

"En tal sentido, ha dicho el Supremo Tribunal español que "las cláusulas delimitadoras del riesgo no 'limitan' los derechos de la aseguradora, sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituyen una excepción que asegurador pueda oponer al asegurado sino que, por constituir el objeto contractual excluye la acción del asegurado, que no ha nacido, puesto que el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato" (SC España, 09/02/1994. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, n° 35, abril-agosto de 1994, p. 526, con nota de María Angeles Calzada Conde, citado por SC Mendoza, Sala I, 21/12/1995, in re: "Triunfo Coop. de Seguros...", cit. más arriba; esta CNCom., esta Sala A, del voto de la Dra. Uzal, 28/06/2013, in re: "Aguirre...", cit. supra)…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, Murúa, Santiago Alonso c. La Meridional Cía. Arg. de Seguros s/ ordinario • 20/09/2013. Publicado en: RCyS 2013-XI, 227 LA LEY 2014-A, 86.

Es que el art. 56 de la L.S. "resulta aplicable sólo en los supuestos en que existió una relación de seguro válida y vigente, lo cual apareja la existencia de una póliza que cubra el riesgo asegurado y que contemple a la persona del beneficiario que reclama su cobro (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 22.07.2008, mi voto, in re "Waltar Gabriel Damián c/H.S.B.C. La Buenos Aires Seguros S.A. s/ordinario"; en igual sentido, 16.09.2008, mi voto, in re "Heise Gabriela Norma c/Argos Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. y otro s/ordinario")…." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, B., S. E. c. Caja de Seguros S.A. • 29/12/2010 Publicado en: RCyS 2011-VI, 195 • RCyS 2011-IX, 50 con nota de Carlos J. M. Facal).

Como se advierte, estas consideraciones son plenamente trasladables a este caso, desde donde el silencio del art. 56 no es suficiente para poner, a cargo de la aseguradora, una obligación que no asumió contractualmente.

Reitero: No se trata aquí de un "hueco" en el universo de siniestros originalmente cubiertos por la póliza; el supuesto acaecido, desde el origen estuvo fuera de aquél.

Desde esta perspectiva, es acertado el razonamiento de la magistrada, ya que, además, una solución contraria, configuraría un enriquecimiento sin causa fuente y, por eso, un enriquecimiento sin causa.

5. Por último, he de referirme al agravio relativo al deber de información.

Entiendo que sólo cobra relevancia en punto a las costas, compartiendo la valoración efectuada por la magistrada en este punto.

En orden a las consideraciones expuestas, entiendo que el recurso debe ser desestimado, confirmándose el pronunciamiento de grado en todo cuanto ha sido motivos de agravios. En cuanto a las costas de la Alzada, por similares razones dadas por la magistrada de grado, entiendo que la actora debe ser eximida, pese a su calidad de vencida (art. 68, segunda parte del C.P.C.C).

MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1. Desestimar el recurso de apelación deducido por la actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 89/92 en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada en el orden causado y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en el 30 % de lo que les corresponda en la anterior (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

**"MARCOTE TERESA CECILIA MARIA 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.: 1750/2017) – Interlocutoria: 153/17 – Fecha: 11/05/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. RETENCIONES IMPOSITIVAS. IMPUESTO A LAS GANANCIAS.

Corresponde revocar la resolución del Juez de Primera Instancia que 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 retención en concepto de impuesto a las ganancias, hasta tanto recaiga sentencia definitiva, en atención al tiempo transcurrido entre el inicio del descuento y la interposición del amparo y en tanto no se ha 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.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 11 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "MARCOTE TERESA CECILIA MARIA C/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR" (JNQLA3 INC. Nº1750/2017) 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 12 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 29, se ordenó el traslado de la expresión de agravios, los que no fueron contestados.

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 cuáles 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 que se ve afectada parte de su remuneración previsional, lo que le ocasiona un grave perjuicio patrimonial y afecta gravemente su derecho de propiedad. Indica que el interés jurídico encuentra justificación en el peligro que implica que la duración del proceso, convierta en ilusorios los derechos que reclama.

5. 1. Ahora bien, sentado que no nos encontramos ante una medida cautelar clásica, sino en el contexto de una de corte anticipatorio, 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.

En cuanto al tiempo de tramitación del proceso, no puede olvidarse aquí el carácter sumarísimo del trámite.

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 obrante en copia en hoja 12 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

**"M. M. D. L. A. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 70319/2015) – Interlocutoria: 154/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO DE FAMILIA: Actos procesales.

ARCHIVO DEL EXPEDIENTE. SALUD DEL MENOR. CONDICIONES DE VULNERABILIDAD. AUDIENCIA.

1.- Resulta prematuro el archivo de las actuaciones pues no advierto que en el caso haya elementos para mutar la primigenia valoración efectuada por la magistrada y por lo tanto corresponde disponer con urgencia la celebración de una audiencia en la instancia de grado. Ello es así, toda vez que la niña es portadora de una enfermedad que requiere tratamiento y controles continuos, los que, pese a lo ordenado, la progenitora no ha acreditado cumplir. Este incumplimiento determinó que se ponderara como hipótesis acordar la guarda y cuidado de la niña a la abuela y a estos fines se la citó, a instancias de la Defensora. Por lo tanto, entiendo que aquí, más allá de la disputa acerca de los roles y esquema normativo, es necesario adoptar medidas de protección, en tanto, es claro que no existen variaciones y la sola manifestación en contrario de parte de la abuela es insuficiente.

2.- La audiencia que se dispone realizar, deberá serlo con la presencia de la progenitora y la abuela materna, a fin de abordar y explicar el alcance que tiene la situación denunciada en esta causa, como así también la importancia de seguir determinados cursos de acción para proteger

el interés superior de la niña y las consecuencias que su cumplimiento puede aparejar. Deberá también asistir la niña, a fin de ser oída. En dicha audiencia, que deberá ser llevada a cabo por ante la magistrada y con la presencia de la Sra. Defensora de Menores, la progenitora deberá acreditar los controles, seguimiento médico y medicación suministrada a la menor desde el mes de octubre de 2016 a la fecha.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "M. M. D. L. A. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" (JNQFA4 EXP Nº 70319/2015) 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, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Contra el archivo de las actuaciones dispuesto por la magistrada, recurre la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Sostiene que tal solución se encuentra en franca colisión con el sistema de protección integral de NN y A, como así también contra los derechos reconocidos a la niña por el ordenamiento jurídico.

Efectúa un recuento de los antecedentes obrantes en la causa, de los cuales concluye que la niña se encuentra en una situación de vulnerabilidad, no habiéndose reestablecido sus derechos, por lo que la actuación judicial es necesaria.

Indica que, luego de dos años no se ha logrado hacer comparecer a la progenitora, ni se ha escuchado a M.

Expone que ante el archivo dispuesto, su asistente social se comunicó con el Dr. Gaiser del Hospital interviniente, surgiendo que desde el mes de octubre de 2016 no se retira la medicación correspondiente a la niña, lo que deja en claro que la situación dista de ser la expresada por la abuela.

Sostiene que la niña continúa en una situación de vulnerabilidad, lo que ratifica la necesidad de mantener judicializado el caso.

Agrega que de lo actuado surge que la madre de la niña no cumple con los controles de salud necesarios y se encuentra comprometido el derecho de la pequeña a una vida digna y, principalmente, al más alto disfrute de salud posible, desde lo cual, la desjudicialización del caso, importa desprotección.

Desde esta perspectiva, entiende que no se ha fundamentado debidamente el archivo dispuesto.

Dice que no es necesario disponer la separación de la niña de su núcleo familiar para habilitar la intervención judicial; indica que retrotraer la situación a una instancia previa no resulta plausible de eficacia, pues ha quedado demostrada la resistencia de la progenitora.

Se queja luego de la interpretación que se efectúa del principio dispositivo y la omisión de aplicar las facultades oficiosas, en la línea impresa por el Código Civil y Comercial.

Alega que se vulnera el interés superior de la niña, pues desde el mes de octubre de 2016 que no estaría recibiendo medicación, controles de salud, ni tratamiento psicológico. Asimismo, su derecho a obtener el más alto nivel de salud posible, no habiendo sido tampoco oída.

2. Ahora bien, tal como surge de las constancias de autos y del recuento efectuado por la Sra. Defensora, en autos se registra una situación de vulnerabilidad de una niña.

Y así fue entendido por la magistrada, al intimar a la progenitora a que acredite en el término de 10 días, la concurrencia a los tratamientos médicos suyos y de su hija M. bajo apercibimiento de solicitarse medidas de protección para la niña (hoja 47, de fecha 24/11/2015).

Con fecha 12/02/2016 y con fundamento en las constancias de la causa, nuevamente la magistrada pondera la existencia de una situación de vulnerabilidad. Así dispone “atento a la situación de vulnerabilidad que atraviesa M. dada la imposibilidad de la madre de adherir a los distintos tratamientos psicológicos y médicos necesarios, requiérase a la Sra. J. N. d. V. se manifieste concretamente respecto a su voluntad y posibilidad de asumir el cuidado y crianza de la niña….” (hojas 56).

Con posterioridad, el médico y la psicóloga tratantes dan cuenta de la falta de continuidad en los tratamientos ordenados.

En hoja 84, comparece la abuela materna e indica que la situación familiar mejoró notoriamente, dado que tiene comunicación con su nieta y que su hija, se ocupa de las necesidades de la niña.

Frente a esta manifestación y sin dar noticia a la Sra. Defensora, la Magistrada dispone el archivo de las actuaciones, toda vez que no advierte la necesidad de continuar con la intervención judicial, resolución que aquí es cuestionada.

3. Lo cierto y determinante es que no advierto que en el caso haya elementos para mutar la primigenia valoración efectuada por la magistrada, en punto a considerar que la niña se encuentra en condiciones de vulnerabilidad.

La niña es portadora de una enfermedad que requiere tratamiento y controles continuos, los que, pese a lo ordenado, la progenitora no ha acreditado cumplir.

Este incumplimiento determinó que se ponderara como hipótesis acordar la guarda y cuidado de la niña a la abuela y a estos fines se la citó, a instancias de la Defensora.

Entiendo que aquí, más allá de la disputa acerca de los roles y esquema normativo, es necesario adoptar medidas de protección, en tanto, es claro que no existen variaciones y la sola manifestación en contrario de parte de la abuela es insuficiente.

Parece necesario evocar aquí, lo reiteradamente señalado por el TSJ, en el sentido de que "…el interés superior de la infancia debe buscarse en cada caso en particular, sin que existan fórmulas preestablecidas. La expresión sólo tiende a que queden asegurados del mejor modo posible el desarrollo afectivo y emocional del niño –o niña- (cfr. R.I. Nro. 95/2010 del Registro de la Secretaría Civil).

El Sistema de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes neuquino, innova al establecer las funciones del Ministerio Público de la Defensa respecto del abordaje que beneficia a las familias y sus integrantes menores de edad.

De allí, el rol indudable que aquí desempeñan las Defensorías de los Derechos del Niño, en cumplimiento de su función de velar, controlar, procurar todo lo conducente a garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Al mismo tiempo, exige que la Magistratura en el proceso de toma de decisión para la adopción de medidas resguarde la plena y simultánea realización de los derechos de la Niñez y Adolescencia.

En atención a los derechos comprometidos, la organización creada por el mencionado Sistema de Protección, si bien con roles diferenciados, debe trabajar en un marco de coordinación que tenga como norte arribar a la respuesta más pronta y justa posible… la actuación de quienes se desempeñan en el Poder Judicial, aun cuando reconozca roles y competencias diferenciadas, debe efectuarse en un marco de coordinación.

Esta pauta que debe respetarse en todo tipo de proceso, se muestra más patente aún en este fuero. Y es que la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable impone al Estado diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran la especial protección de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En tal senda, es preciso recordar que, activar una vía extraordinaria jurisdiccional -como es la casatoria- con el objeto de obtener un pronunciamiento que determine la intervención funcional, es perder de vista el deber esencial, velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (cfr. R.I. Nros. 174/13; 194/15 y 195/15, del Registro de la Secretaría Civil). Más aún cuando ello puede ser reeditado y reencauzado.

Al respecto, corresponde tener siempre presente que la natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que debe darse efectividad directa como mandato de la Constitución (cfr. R.I. Nro. 155/2011 del mismo Registro)…." (cfr. R.I. 331/15, "P.D. Y OTRO S/ PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE SOBRE INCIDENTE DE APELACIÓN", Inc. N° 185 - año 2014).

Y en similar senda: "El Niño y Adolescente, como sujetos activos y autónomos, tienen derecho a una protección especial que determina que el interés de la persona menor debe tener prioridad sobre cualquier otro.

Con ello en miras, el Sistema de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes ha diseñado una organización que, si bien tiene roles diferenciados, debe trabajar en un marco de coordinación que tenga como norte arribar a la respuesta más pronta y justa posible que garantice la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos (Art. 4°, Ley 2.302).

Como es sabido, el artículo 18º de la Constitución Nacional contiene un catálogo de garantías procesales que se instruyen a partir del deber que tiene el Estado de prestar tutela jurisdiccional.

Frente a él, se erige el derecho de toda persona a la jurisdicción o "tutela judicial efectiva", que aspira a ser reconocido a través de un proceso que cuente con garantías mínimas y ampare a su vez: el derecho a accionar judicialmente, esto es, de tener acceso a la justicia sin trabas ni bloqueos, como puede ser la carencia de recursos, de cultura, de asesoramiento legal, etc.; el derecho al debido proceso; el derecho a la defensa en juicio; es decir, que quienes resulten titulares de derechos legítimos puedan ejercer los medios suficientes y necesarios para su defensa, de manera tal que se proscriba la desigualdad de las partes; y el derecho a una sentencia justa (cfr. R.I. N°153/2015, del Registro de la Actuaria).

Entonces, aun en los supuestos en que el –o la- justiciable tenga acceso a la jurisdicción, cuando se le deniega una verdadera protección de su derecho la tutela no es efectiva y se produce su indefensión.

Sobre la base lo expuesto, resulta imprescindible considerar la persistente situación de vulnerabilidad de la adolescente V.E.C. que pone en conocimiento de este Tribunal Superior la señora Defensora…" (cfr. R.I. 329/15 "DEFENSORA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE S/PROTECCIÓN DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES", Expte. N° 27453 - año 2014).

4. En esta línea de trabajo coordinado, es claro que la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente deberá efectuar las peticiones concretas en el cumplimiento de su cometido; asimismo, que no deben descartarse las acciones que deba adoptar la Autoridad de Aplicación de la ley 2302, para lo cual es procedente dar noticia e intervención –tal lo ha dispuesto la magistrada- en claro accionar coordinado para velar por los intereses de la niña M.

Pero en este escenario de colaboración y coordinación, la decisión adoptada por la magistrada frente a la presentación de la abuela, sin dar noticia siquiera a la Sra. Defensora interviniente, es contraria a la dinámica común esperada.

Por ello, en el contexto de autos y sin perjuicio de las peticiones y seguimiento que efectúe la Sra. Defensora, a fin de abordar debidamente la situación planteada, deberá –con urgencia- llevarse a cabo, una audiencia en la instancia de grado, con la presencia de la progenitora y la abuela materna, a fin de abordar y explicar el alcance que tiene la situación denunciada en esta causa, como así también la importancia de seguir determinados cursos de acción para proteger el interés superior de la niña y las consecuencias que su cumplimiento puede aparejar. Deberá también asistir la niña, a fin de ser oída.

En dicha audiencia, que deberá ser llevada a cabo por ante la magistrada y con la presencia de la Sra. Defensora de Menores, la progenitora deberá acreditar los controles, seguimiento médico y medicación suministrada a la menor desde el mes de octubre de 2016 a la fecha.

Lo que, en todo caso es indudable, es que a dos años de iniciado este proceso, es necesario que se adopten medidas concretas en protección de la niña. Y en esto, todos los actores estatales, están comprometidos. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Revocar el auto de fecha 07/03/2017 y disponer con urgencia la celebración de una audiencia en la instancia de grado, a los fines y en los términos indicados en los considerandos.

2. 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

**"S. G. R. C/ K. R. S/ INC. DE ELEVACIÓN (E/A 997/2016)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1104/2016) – Interlocutoria: 166/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

INCIDENTE DE REDUCCION DE CUOTA ALIMENTARIA. ALIMENTOS PROVISIONALES. PAUTAS PARA LA FIJACION. OBLIGACION ALIMENTARIA.

1.- Conforme venimos sosteniendo en numerosos precedentes, en este contexto, se torna imperativo guardar ese delicado equilibrio entre las necesidades de los alimentados junto con la relación jurídica que los une con el alimentante y, por el otro lado, las posibilidades del

obligado a satisfacer la prestación alimentaria, debiendo comprender ellas no sólo sus ingresos sino también su aptitud potencial para lograrlos, debiendo protegerse adecuadamente al beneficiario de la prestación, parte más débil de la relación. El monto de la cuota, entonces, no puede medirse en forma absoluta, sino que se ha de "…juzgar en términos relativos (y ni siquiera rigurosamente permanentes o estables) proporcionados por las modalidades del contexto alimentario integral en el que se asienta la prestación en definitiva establecida". (VENTURA-STILERMAN, Alimentos, pág. 146 y sgtes.), (conf. esta Sala, Expte. Nº 67686/2014, INC Nº 1302/2017, entre otros).

2.- Cabe confirmar la resolución que fija en $ 9.000,00 la cuota de alimentos provisoria mientras dure la sustanciación del presente proceso incidental de modificación de cuota – en el principal había sido fijada en el 18% de los haberes- que fue iniciado por el progenitor alegando el despido con causa dispuesto por su empleadora por lo cual no recibió suma alguna de la referida desvinculación y el reposo que debe guardar por cuestiones de salud. Ello así, y conforme surge de las constancias del sistema DEXTRA –y tal como lo denuncia la Sra. Defensora en este incidente- las partes alcanzaron un convenio en materia de alimentos atrasados, el que fue homologado (…). Asimismo, de tales constancias se desprende que el incidentista cuenta con un nuevo empleo y que sus ingresos aproximados serían de $ 36.000,00.- (…). Por lo tanto, concluimos que la cuota provisoria fijada resulta razonable.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 23 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "S. G. R. C/ K. R. S/ INC. DE ELEVACIÓN (E/A 997/2016)" (JNQFA4 INC Nº 1104/2016) 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:

1. La resolución de fecha 5/09/2016 fija una cuota de alimentos provisoria de $ 9.000,00.- que deberá abonar el demandado en forma mensual y consecutiva, del 1 al 10 de cada mes, a favor del niño F.S., mientras dure la sustanciación del proceso incidental de modificación de cuota.

El demandado apela esta decisión y expresa agravios en hojas 39/41.

Se queja por entender que la A-quo falla en desmedro del derecho de defensa e igualdad de las partes, asumiendo que él goza de solvencia económica.

Refiere que fue despedido el 22/02/2016 con justa causa, por lo que no recibió suma alguna con motivo de tal desvinculación laboral.

Señala, que hay una relación de causa y efecto entre el empleo y el sustento, por lo que no es posible sostenerse económicamente sin el desarrollo de una actividad productiva. Agrega, que la falta de empleo repercute en la vida diaria de toda persona.

También se agravia por cuanto la sentenciante no contempla que se encuentra bajo reposo médico ni considera sus ingresos, aludiendo a la posibilidad cierta de trabajo en el futuro inmediato. Y que, sin embargo, sin elementos de convicción respecto del caudal económico de su parte fija una cuota de $9.000,00.

Por último, alega que la resolución en crisis carece de apoyatura probatoria.

Solicita que se revoque lo decidido en la instancia de grado y que se fije una cuota provisoria de $3.000,00.

Sustanciado el memorial con la actora, la misma no contesta.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño toma intervención en la hoja 50, acompañando copia del acuerdo homologado en el expediente principal en materia de alimentos atrasados. Entiende que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

2. Del examen de las constancias de estas actuaciones surge que en hojas 11/12 vta. el Sr. G. R. S. promueve incidente de

modificación de cuota alimentaria.

Refiere que en el principal se fijó una cuota del 18% de sus haberes ponderando su anterior caudal económico. Expresa que se encuentra sin trabajo, con reposo laboral, obligaciones que cumplir y sin recursos. Además, también manifiesta allí que la contraria ha mejorado notablemente su nivel de vida. Propone una cuota alimentaria de $3.000,00.

La Sra. R. K. contesta en hojas 21/27 vta. Solicita el total rechazo de la demanda, con costas. Peticiona, para el supuesto de que el Sr. S. se haya desvinculado efectivamente de la empresa en la que laboraba, que se mantenga la suma de $12.000,00.- que es la que aproximadamente se depositaba, ajustable semestralmente en un 20%.

El 26/08/2016 se celebra audiencia de partes. El alimentante ofrece abonar $5.000,00.- en concepto de alimentos provisorios a fin de alcanzar una conciliación, lo cual no es aceptado por la Sra. K.. Las partes se comprometen a cumplir con el régimen de comunicación pactado respecto del niño F.S. (fin de semana de por medio y los días miércoles con el progenitor).

2.1. Corresponde considerar, ante todo, que nos encontramos ante una petición de naturaleza cautelar, tendiente a modificar la cuota alimentaria fijada en los autos principales -en el 16% de los haberes del alimentante-, ante la situación manifestada en el escrito de inicio del incidente de modificación de cuota, puntualmente el despido denunciado por el Sr. S. y el reposo indicado al mismo por cuestiones de salud.

En tal sentido, cabe resaltar que en esta instancia se efectúa una valoración meramente provisional, toda vez que la modificación de cuota peticionada será materia de un análisis más profundo y global de las pruebas a producirse.

Conforme venimos sosteniendo en numerosos precedentes, en este contexto, se torna imperativo guardar ese delicado equilibrio entre las necesidades de los alimentados junto con la relación jurídica que los une con el alimentante y, por el otro lado, las posibilidades del obligado a satisfacer la prestación alimentaria, debiendo comprender ellas no sólo sus ingresos sino también su aptitud potencial para lograrlos, debiendo protegerse adecuadamente al beneficiario de la prestación, parte más débil de la relación. El monto de la cuota, entonces, no puede medirse en forma absoluta, sino que se ha de "…juzgar en términos relativos (y ni siquiera rigurosamente permanentes o estables) proporcionados por las modalidades del contexto alimentario integral en el que se asienta la prestación en definitiva establecida". (VENTURA-STILERMAN, Alimentos, pág. 146 y sgtes.), (conf. esta Sala, Expte. Nº 67686/2014, INC Nº 1302/2017, entre otros).

Ahora bien, cabe destacar que conforme surge de las constancias del sistema DEXTRA –y tal como lo denuncia la Sra. Defensora en este incidente- las partes alcanzaron un convenio en materia de alimentos atrasados, el que fue homologado en fecha 02/05/2017.

Asimismo, de tales constancias se desprende que el Sr. S. cuenta con un nuevo empleo y que sus ingresos aproximados serían de $ 36.000,00.- (conf. providencia del 15/05/2017).

En función de tales circunstancias y teniendo presente los lineamientos apuntados, así como que se venía descontando una cuota aproximada de $ 12.000,00.- antes de que el alimentante sea desvinculado de la empresa O.; destacando las necesidades ineludibles del menor y el aporte de la progenitora, en los términos del art. 660 del CPCC, atento el régimen de comunicación acordado por las partes (cfr. hoja 32vta.) y sin soslayar que la obligación alimentaria parental está a cargo de ambos progenitores conforme a su condición y fortuna (art. 658 del CCyC), concluimos que la cuota provisoria fijada resulta razonable, por lo que se impone su confirmación.

Las costas de Alzada son a cargo al recurrente atento la naturaleza del proceso y su condición de vencido (art. 68 del CPCC).

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Desestimar el recurso de apelación deducido por el incidentista y, en consecuencia, confirmar lo resuelto en la hoja 33 del presente.

2. Imponer las costas de Alzada al alimentante vencido.

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

**"MARTIN VIRGINIA ROXANA C/ VARELA OLID FRANCISCO Y OTRO S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 444313/2011) – Interlocutoria: 104/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO.

1.- El hecho que la actora tuviera independencia de criterio en lo profesional, no es un obstáculo para considerar que las partes estuvieron unidas por un contrato de trabajo, como tampoco que tuviera flexibilidad en los horarios y días de atención, aunque de los testimonios surge que, en principio, la accionante concurría a los consultorios diariamente, en horario vespertino. En definitiva, los demandados no han acreditado que los servicios prestados por la actora lo fueran en una vinculación diferente al contrato de trabajo, por lo que, en virtud de lo prescripto por el art. 23 de la LCT ha de tenerse por cierto que a las partes las unió un contrato de trabajo, confirmándose entonces la decisión del a quo que hace lugar a la demanda.

2.- Ante la intimación de la trabajadora, la respuesta de los demandados fue la negativa de la existencia de relación laboral, por lo que indudablemente no se iba a cumplir con las conductas requeridas en la intimación referida. Esta negativa del vínculo laboral, y sus consecuencias, constituye una injuria suficiente como para determinar la ruptura de la relación de trabajo, entendiendo, al igual que el sentenciante de primera instancia, que la comunicación del despido indirecto, habiendo transcurrido más de tres meses del hecho indicado como injuria, convierte a dicho despido indirecto en extemporáneo. Es que el tiempo que ha dejado pasar la actora para disolver el contrato de trabajo ante la negativa de su existencia hace presumir que ha mediado un abandono de la relación laboral, restándole, entonces, entidad a la injuria invocada como causal del distracto (negativa de la relación de trabajo).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARTIN VIRGINIA ROXANA C/ VARELA OLID FRANCISCO Y OTRO S/ DESPIDO" (NQLA4EXP Nº 444313/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Federico GIGENA BASOMBRIO, por encontrarse separados de la causa los Dres. Jorge PASCUARELLI y Cecilia PAMPHILE, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, 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. 335/341, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La parte actora se agravia por cuanto el juez de grado ha desestimado el despido indirecto, por considerarlo extemporáneo e injustificado.

Dice que el sentenciante de primera instancia no ha advertido la existencia de cartas documentos enviadas por ambos demandados el 4 de junio de 2009, donde rechazan los telegramas de la actora, agregadas al principio de estas actuaciones, hecho éste que, a criterio de los recurrentes, desestima la pretendida extemporaneidad.

Sigue diciendo que al recibir la comunicación postal de reclamo de la actora, los demandados rápidamente proceden a rechazarla como un mero acto formal, pero a continuación proceden a convocar a la demandante para un retiro negociado; aunque esta pretendida negociación no fue más que presiones como amenazas de denuncia ante el tribunal de ética del Círculo de

Kinesiólogos para que la sancionaran por haber realizado un reclamo supuestamente ilegítimo. Agrega que, atemorizada por estas amenazas, la actora demora en envío de su telegrama.

Entiende que si los hechos no hubieran ocurrido de este modo, no habría explicación alguna para que los demandados volvieran a rechazar el reclamo con fecha 4 de junio.

Por otra parte, sostiene que la injuria como causal extintiva del contrato de trabajo debe merituarse de conformidad con las circunstancias del caso, constituyendo un exceso de rigor formal pretender, como lo hace el a quo, que el plazo de tres meses torna al despido extemporáneo.

Cita el art. 9 de la LCT.

También se agravia por el rechazo de la indemnización del art. 80 de la LCT, por considerar, el fallo recurrido, que la intimación no se hizo en el término establecido.

Considera que, teniendo en cuenta que la demandada rechazó el vínculo laboral de la actora, en ningún caso hubiera entregado las certificaciones pertinentes.

Formula queja porque el juez de grado no ha acogido la duplicación de la indemnización prevista en el art. 15 de la ley 24.013.

b) La parte demandada se agravia porque el juez de grado ha aplicado la presunción del art. 23 de la ley 20.744, fundando tal decisión en la valoración de dos testimonios, de los cuales uno es contradictorio, y el otro se aprecia en forma parcial.

Señala que la propia testigo y secretaria Di Pascuale se contradice con los días en que supuestamente ejercía su profesión la actora, nunca vio recibos de sueldo, trabaja de mañana y la accionante ejercía su profesión por la tarde. En tanto que de la prueba pericial contable surge que las dos únicas personas bajo relación de empleo eran las dos secretarias.

Agrega que se ha omitido considerar la declaración del testigo Ferreyra.

Afirma que de la prueba valorada en su conjunto surge que la actora cobraba por sus pacientes a través del C.K.N. y de las facturaciones a los pacientes particulares que atendía a domicilio, evidenciando la inexistencia de dependencia económica.

Señala que de las declaraciones de los testigos surge que no hubo subordinación jurídica.

Dice que la actora no se insertó en una organización empresaria, toda vez que los demandados no tenían la facultad de dirigirla. Insiste en que de las declaraciones testimoniales se desprende que los profesionales, entre ellos la actora, podían disponer su propio reemplazo con otro colega en casos de urgencia, quedando a su cargo el pago de los honorarios del colega reemplazante; que podían diagramar sus propios horarios según los trámites personales que tuvieren y conforme sus pretensiones profesionales, lo que permite inferir que la prestación no era infungible ni intuitu personae, siendo un comportamiento propio de un trabajador autónomo.

Sigue diciendo que no había control hacia los profesionales, ni se les pagaba, ni los pacientes pagaban por la atención profesional a la secretaria, teniendo la libertad de elegir a sus pacientes y repartirse entre ellos lo facturado.

Manifiesta que los propios testigos son contestes en que se compartía un espacio y la retribución era por lo que se facturaba como profesional autónomo, mientras que la carga horaria era objeto de negociación, y cuando se extendía a otros días de la semana se facturaba separadamente, o concurría de acuerdo con lo arreglado con sus pacientes.

Hace reserva del caso federal.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 355/vta.

Cita dichos de los testigos que refieren a que la actora trabajaba como empleada y sostiene que no corresponde efectuar distingos entre honorarios, remuneraciones, comisiones o tarifas, como tampoco en la forma en que ésta se abonaba.

Señala que el art. 22 de la LCT impone una presunción iuris tantum que produce la inversión de la carga probatoria cuando se ha acreditado, como sucede en autos, la prestación de servicios.

d) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios de la actora.

e) A fs. 105/107 la demandada Viviana del Carmen Luna apeló la resolución interlocutoria de fs. 92/93, que rechazó la excepción de prescripción total de la acción interpuesta por la recurrente.

Dice que surge de las constancias de la causa que la actora reclamó en fecha 5 de febrero de 2009 la regularización de la relación laboral, bajo apercibimiento de considerarse despedida, dejando de prestar sus servicios profesionales; que el día 9 de febrero de 2009 intima para que en el término de dos días se aclare su situación laboral, y que con fecha 10 de febrero de 2009, la demandada Luna rechazó la misiva de fecha 5 de febrero de 2009, negando la existencia de relación laboral; en tanto que la acción judicial fue presentada el día 3 de marzo de 2011.

Señala que la actora tomó conocimiento que la supuesta relación laboral se rechazó con fecha 10 de febrero de 2009, quedando en ese momento expedita la acción judicial o administrativa.

Considera que si bien la accionante, en forma arbitraria, decide considerarse despedida el día 1 de junio de 2009, el rechazo del

vínculo invocado había ocurrido el día 10 de febrero de 2009.

Sigue diciendo que el juez de grado omite la aplicación recta del art. 257 de la LCT, agraviándose porque decidió otorgarle efecto suspensivo a la primera carta documento de febrero de 2009.

Hace reserva del caso federal.

f) A fs. 137/139 el demandado Francisco Varela Olid apela la resolución interlocutoria de fs. 132/133 que rechaza la excepción de prescripción opuesta por esa parte, en los mismos términos que los de la codemandada Luna.

g) A fs. 363/364 vta., la parte actora contesta el traslado de sendos memoriales en los mismos términos.

Con cita de jurisprudencia defiende la posición del juez de grado.

II.- He de comenzar el análisis de los recursos de apelaciones de autos por los planteados respecto del rechazo de la excepción de prescripción, en tanto de prosperar las quejas, devendría abstracto el tratamiento de las apelaciones deducidas respecto de la sentencia definitiva.

Si bien no comparto la fundamentación dada por el a quo para rechazar la excepción de prescripción, de todos modos la presente acción no se encuentra prescripta.

En efecto, teniendo en cuenta que el reclamo de autos versa respecto de rubros derivados del despido y haberes adeudados (fs. 27 vta./28), la acción para su reclamo recién estuvo expedita para la accionante a partir de la finalización de la relación laboral, y no antes.

Adviértase que la comunicación postal que toma el juez de grado para iniciar el cómputo y la suspensión contemporánea del plazo prescriptivo, en realidad no constituye una intimación fehaciente de los rubros reclamados en la demanda.

En dicha comunicación, cursada el día 5 de febrero de 2009, la accionante solamente intima se deje sin efecto la modificación de su salario y se proceda a la registración de la relación laboral (fs. 67), y si bien lo hace bajo apercibimiento de considerarse despedida, recién hace efectivo el apercibimiento el día 1 de junio de 2009.

Por ende, más allá de que exista o no la relación laboral o que la comunicación del despido indirecto sea o no extemporánea, a los fines del art. 256 de la LCT, la prescripción comenzó a correr recién a partir del 1 de junio de 2009.Alejandra Reinoso señala que el art. 256 de la LCT nada dice en cuanto al cómputo de la prescripción por lo que cabe remitirnos al principio general del derecho civil en orden a que su cómputo comienza a partir del momento en que el crédito es exigible (cfr. aut. cit., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. III, pág. 300).

En igual sentido se pronuncia Juan Carlos Fernández Madrid, con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señalando que mientras el derecho o la obligación no es exigible, no existe ni puede existir inacción del titular o del acreedor y la prescripción, por tanto, no puede correr (cfr. aut. cit., “Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada”, Ed. La Ley, 2010, T. III, pág. 2.191).

Por ende, hasta tanto la actora no diera por concluida la relación laboral, a través de la comunicación del despido indirecto, mal podía existir su derecho a percibir las indemnizaciones derivadas del despido. Y ello sucedió el día 1 de junio de 2009, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (1 de marzo de 2011, fs. 58 vta.) la acción no se encontraba prescripta.

En cuanto a los salarios adeudados, ellos son por el período noviembre/2009 a mayo/2010, por lo que tampoco respecto de este reclamo la acción estaba prescripta cuando se planteó la demanda.

Consecuentemente, se confirma, por los motivos aquí desarrollados, el rechazo de la excepción de prescripción opuesta por los demandados.

III.- Sentado lo anterior, he de abordar la queja de la parte demandada referida a la sentencia definitiva ya que, de prosperar, impide el análisis del recurso de la parte actora.

Los demandados se agravian por cuanto el juez de grado ha considerado que la relación que unió a los litigantes fue laboral.

Quienes integramos la Sala II hemos dicho que: “el art. 23 de la LCT establece una presunción juris tantum a favor del trabajador, entendiendo que si existe prestación de servicios, ésta lo fue como contrato de trabajo. Si la parte demandada pretende que tales servicios no fueron laborales, fundándose en la existencia de una relación diferente –en este caso, contraprestación por la percepción de un subsidio estatal- opera la inversión de la carga de la prueba, siendo entonces la accionada quien deberá demostrar que se trató de una vinculación no laboral (cfr. CNAT, Sala VII, 30/4/2009, “Metzeler c/ Jáuregui”, Boletín Jurisprudencia CNAT RCJ 2198/09).

“Cabe señalar que conforme lo desarrollara en autos “Coria c/ Moya”, expte. n° 374.633/8, adhiero a la tesis amplia, que entiende que la sola demostración de la existencia de la prestación a favor de un tercero es suficiente para que opere la presunción del art. 23 de la LCT ya que, conforme lo señala Julio Grisolía (“Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, Ed. Abeledo Perrot, 2008, T. I, pág. 234), afirmar que la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo tan sólo cuando estamos

seguros que tal prestación se ha cumplido en relación de dependencia equivaldría, en la práctica, a sostener que la presunción del contrato de trabajo requiere la prueba del mismo contrato" (cfr. autos "Vera Oyarzún c/ Iglesia Católica Obispado Neuquén", Expte. N° 389.349/2009, P.S. 2011-IV, n° 133).

Cabe señalar que, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia provincial ha adherido a esta tesis amplia, aún tratándose de profesionales universitarios.

En autos "Aebert c/ Clínica Pasteur S.A." (Acuerdo n° 1/2010 del registro de la Secretaría Civil) el voto de la mayoría señaló: "Al respecto, dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales se han venido desarrollando a través del tiempo en que la norma en cuestión tiene vigencia, a saber: Una, que sostiene e interpreta que el contrato de trabajo, de acuerdo a los términos del art.23 de la L.C.T. se presume por el hecho de la prestación de servicios dependientes; y la otra, que entiende que la sola demostración por parte del trabajador de la prestación de servicios para el empleador es suficiente para que opere la presunción. Adhiero y ratifico mi postura, con esta última interpretación, tal como lo he venido sosteniendo inveteradamente, y así resultará que corresponderá al empleador destruir esta presunción, que admite prueba en contrario, demostrando que esa prestación de servicios obedece a otras circunstancias que no tienen vinculación de un contrato de trabajo". (conf. Acuerdo N°15/2002).- En idéntico sentido, en cuanto a la interpretación del Art. 23 de la L.C.T., pueden verse los precedentes de este T.S.J., "Rodríguez Juan c/ Montoya José s/ Accidente Ley" (Ac. 129/95); "Presti Jorge José c/ Agros S.A. y Otro s/ Despido" (Ac. 34/97); "Cabezas, Miguel Andrés c/ Crisorio, Manfredo José y Otro –Titulares de Servicentro Esso- s/ Laboral por cobro de haberes" (Ac. 7/99); "López, Enrique c/ Esco S.A. de capitalización y ahorro s/ cobro de haberes e indemnización por despido" (Ac. 46/01); "Campos, Luis Silverio c/ Esco S.A. de capitalización y ahorro s/ cobro de haberes e indemnización por despido" (Ac. 25/03).

"Ahora bien, sentado el principio general, cabe referirse a la aplicación en particular de la norma del Art. 23 a los profesionales de la medicina. El tópico ha merecido un importante desarrollo en la jurisprudencia de este Cuerpo. Cabe mencionar el precedente "Leonelli, Raúl Américo c/ Policlínico A.D.O.S s/ despido" –Acuerdo nº27/99-, con cuyos fundamentos concuerdo y trascribiré en su parte pertinente, para una mayor claridad del punto en cuestión.

"Se expresó que conforme lo ha destacado nuestra jurisprudencia: "las mentadas profesiones liberales han sufrido sensibles modificaciones en su desenvolvimiento e inversión en el campo social, pudiendo afirmarse que la excepcionalidad que antes se asignaba al desempeño como dependiente de personas con esa capacitación o habilitación, hoy ya es un fenómeno común, por lo que la sola circunstancia de que la actora sea un profesional del arte de curar no permite inferir, por esa sola condición, que no haya podido estar a las órdenes de la demandada" (conf. Acuerdo 27/99).

"Y es que, como bien lo destaca Lorenzetti en su obra "La Empresa Médica" (edit. Rubinzal Culzoni, pág. 297 y sgts), las profesiones liberales fueron tradicionalmente renuentes a su encuadramiento dentro del Derecho Laboral. Hoy se admite sin tapujos que el médico puede ser dependiente y celebrar un contrato de trabajo. Este fenómeno, es coherente con la expansión del concepto de dependencia en el plano laboral, que pasa progresivamente de la subordinación económica, jurídica, técnica, al simple trabajo dirigido por otro. A su vez, para algunos autores, el contrato civil de locación de servicios ha sido absorbido por el contrato de trabajo" (ibidem).

"Luego, y bajo esta óptica, si bien existen autores que interpretan que la presunción únicamente existe con respecto al contrato de trabajo, pero no actúa en lo que refiere a la relación de dependencia, en cuyo caso el trabajador debe acreditar no sólo la prestación personal de servicios sino que además, que ésta ha sido concretada bajo relación de dependencia, y que satisfechas estas condiciones, recién actúa la presunción de la existencia de un contrato de trabajo; coincido con la mayoría de la jurisprudencia en cuanto a que probada la prestación de servicios rige la presunción prevista por el art.23 de la LCT aunque quien los efectúe sea un profesional y lo haga para otro profesional, ya que la ley no distingue al respecto y en tales circunstancias a quien le corresponde demostrar la inexistencia del contrato es al demandado, teniéndose en cuenta que tal presunción opera cuando se utilizan figuras no laborales para caracterizar el contrato" (Ac. cit.).

Así se ha sostenido: "En razón de que el Derecho Laboral se aplica a la mayoría absoluta de la población, cabe cuestionar el carácter de 'especial' con que la doctrina tradicional lo califica. El ordenamiento laboral incorpora obreros, empleados y profesionales, pese a la segmentación de la fuerza laboral. El Derecho del Trabajo establece relaciones diferentes dentro de su conjunto y recepta la innegable proletarización de la sociedad en su totalidad. El mero hecho de las labores causa la presunción de la relación laboral, debiendo el probable empleador demostrar que la vinculación tuvo su origen en otra causa" (conf. "Leonelli").

"Por último, en el precedente que se viene citando, se señaló que, en lo atinente a la subordinación técnica, […] "al profesional le atañe una discrecionalidad técnica, en cuanto, en el ámbito de esa profesión, es él quien establecerá cuál es el modo de proceder y cómo va a proceder […] por lo que la dependencia técnica es un elemento que resulta prescindible cuando el trabajador es profesional".

"Asimismo, se señala: "si bien la subordinación económica suele hallarse presente en el contrato de trabajo, ella no comporta un elemento esencialmente necesario para su configuración".

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo –Sala IV- precisó que el hecho que la trabajadora sea una profesional universitaria no empece la posibilidad de establecer una relación laboral de tipo dependiente, ni tampoco es óbice para que rija la presunción del art. 23 de la LCT, ya que aún las profesiones tradicionalmente consideradas liberales han sufrido sensibles modificaciones en su desenvolvimiento o inserción en el campo social, pudiendo afirmarse que la excepcionalidad que antes se asignaba al desempeño como dependiente de personas con esa capacitación o habilitación, hoy ya es un fenómeno común (cfr. autos "C.J.M. c/ Krista S.R.L.", 31/3/2010, LL AR/JUR/8880/2010).

La Sala I de la Cámara mencionada sostuvo, por su parte, que la presunción del art. 23 de la LCT en cuanto a la existencia de la relación laboral invocada por un profesional de la salud no queda desvirtuada por el hecho que éste extendiera a la clínica demandada recibos y facturas en concepto de honorarios profesionales, ni que hubiera formado parte del plantel médico de otros establecimientos sanitarios (cfr. autos "Schivo c/ Clínica Bazterrica S.A.", 30/11/2007, LL 2008-B, pág. 64). Y la Sala V de ese tribunal señaló que cuando un profesional liberal presta sus servicios dentro del establecimiento empresario, con sujeción a un horario determinado aunque elástico, corresponde en principio concluir en la existencia de la relación de dependencia (cfr. autos "Gambarini c/ Medicus S.A.", 23/12/1988, DT. 1989-A, pág. 611).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires determinó que si en la contestación de la demanda fue negada la relación laboral pero admitida la prestación de servicios, alegando que lo fue por causas extra laborales, corresponde a la accionada acreditar que los servicios no se prestaron en razón de un contrato de trabajo y no habiéndolo hecho, rige la presunción de que las tareas se efectuaron en relación de dependencia, incurriendo en absurdo atribuir el carácter de trabajador autónomo con sustento en las contradicciones respecto de las sumas percibidas y de la aislada e irrelevante circunstancia de haberse inscripto bajo tales condiciones ante los organismos tributarios y previsionales (cfr. autos "C., A.H. c/ U.D.E.M.", 21/11/2007, LL 70046016).

IV.- Conforme lo dicho en el apartado anterior, y toda vez que la parte demandada reconoció la prestación de servicios de la actora, aunque negándole carácter laboral, pero sin precisar tampoco cuáles eran las características de la vinculación que los unía, le correspondía a dicha parte acreditar que los servicios de la actora eran prestados bajo una modalidad que excluyó la relación de dependencia, y analizadas las pruebas incorporadas al expediente, estimo que no lo ha hecho.

El testigo Marcos Aníbal Díaz (acta de fs. 159/160) declara: "…conozco a Martín Virginia laboralmente, es una colega. Con Varela Olid no tengo ninguna relación ahora, y solo estuve con él compartiendo gastos del consultorio. Y con Luna compartimos gastos del consultorio. Con ellos había como una sociedad de hecho, teníamos gastos iguales e iguales ganancias…en el consultorio llamado Santo Tomás de Santa Fe 222… Entre los tres dividíamos los gastos de alquiler, de secretarias, gastos comunes, agua, luz, gas. Y las ganancias se repartían en partes iguales. Las ganancias venían de pacientes….No teníamos empleados, solamente las secretarias. Y el resto de los kinesiólogos eran independientes.

Se tenía un horario, se le ofrecía al profesional y el mismo trabajaba y ganaba un porcentaje, ya que el resto se iba a gastos. Los que estaban ahí, cuando querían, se iban… Cada uno se manejaba como quería con los horarios y los pacientes, si querían los suspendían y si no querían trabajar no lo hacían.

Entre nosotros tres teníamos cantidad igual de horas y pacientes…Y el resto de los kinesiólogos tenía su horario que había elegido y le habían dado… Ella (por la actora) tenía una suplencia a Francisco Varela Olid, no tenía ni horas fijas… Francisco le abonaba el importe que a ella correspondía. Cuando se hace una suplencia se paga a porcentaje, y se cobra con órdenes que se efectivizan en el Círculo de Kinesiólogos". Preguntado sobre a nombre de quién se hacían las órdenes con las que atendía la actora, contesta: "Eso lo facturaba Francisco".

La testigo Florencia Di Pascuale fue secretaria en los consultorios y señala:

"…Trabajé dando turnos, y hacíamos la parte de la facturación que le teníamos que entregar a ellos, a Varela Olid o a Luna". Respecto de la labor desempeñada por la actora dice: "Atendía pacientes de PAMI, iba los sábados. Ella tenía un paciente fijo de PAMI, creo que iba una vez cada quince días dicho paciente. Ella hacía rehabilitación… no recuerdo si ella iba todos los días o día por medio… Cuando uno estaba libre atendía haciéndolo el favor a otro que estaba ocupado". Agregó que los secretarios manejaban la agenda de la actora, "ellos son 4 o 5 kinesiólogos que había, con Martín eran 6 kinesiólogos… Habían dos que eran independientes, que se llamaban Claudia y la otra chica. Y Martín Virginia venía todos los días, era la kinesióloga de ahí, cada vez que se trataba de un paciente de PAMI ella venía. Ella trabajaba ahí… era empleada, ahora la relación de sueldo no lo sé. Se la llamaba a Martín cundo venía alguien de PAMI si o si. El resto de los kinesiólogos tenía sus pacientes, siempre llegaban pacientes y se repartían a todos" (acta de fs. 157/vta.).

Claudia Graciela González afirma: "…Yo soy kinesióloga y necesitaba que alguien hiciera suplencia de las horas que yo dejaba

para irme de vacaciones. Y la llamé y lo hizo ella. La suplencia fue una semana…Creo que Martín hizo después otras suplencias. Y no recuerdo en que período, cuando el kinesiólogo que hacía neurorehabilitación se va, ella entra a hacer dicho trabajo… Varela Olid y Viviana Luna y Funes Fabián y Díaz Marcos eran kinesiólogos y eran dueños. Es un consultorio solo de kinesiólogos. Yo soy independiente. No se como eran el resto de kinesiólogos" (acta de fs. 158/vta.).

El testigo Julián Ferreyra dice: "…en ese momento compartíamos el horario y espacio los demandados Varela, Luna, Marcos Díaz y yo. Se que había otros kinesiólogos por la mañana. Cada uno es su propio mentor, no hay relación de verticalidad. Cada uno tenía un horario y el paciente elegía con quién atenderse. El paciente presentaba una orden médica de su obra social, la cual era facturada por el profesional prestador… La secretaria supongo que era empleada de alguno de los dueños del lugar y entre todos se dividían los gastos comunes como la limpieza, gastos de equipo, alquiler. Tengo entendido que los dueños del lugar eran Varela y Luna, no lo se con certeza… El pago lo hacía el Círculo de Kinesiólogos de Neuquén a cada profesional… A mi me ofrecieron un espacio libre de 16 a 20 horas en ese Centro. La organización de los horarios no se quién la hacía… cada kinesiólogo es independiente en su forma de trabajar dependiendo de su criterio profesional" (acta de fs. 254/255).

Como vemos, las declaraciones testimoniales de autos, antes que dar la razón a los demandados, dejan entrever la existencia de una relación de trabajo entre las partes.

Adviértase que los testigos hablan de dueños de los consultorios, refiriéndose solamente a algunas personas en tal calidad; y que el testigo Díaz alude a una sociedad de hecho que existía solamente entre tres kinesiólogos, él y los demandados.

Si bien todos los declarantes señalan que los profesionales eran independientes, ni los testigos ni los demandados han explicado ni probado como se dividían los gastos entre los kinesiólogos que ocupaban los consultorios, como se repartía el trabajo entre ellos, porqué la facturación se entregaba solamente a los accionados, entre otras cuestiones. Pongo de manifiesto la frustración en la producción de la prueba pericial contable, cuyo resultado hubiera aportado mayor certeza a la causa, y que tal frustración es consecuencia de la conducta de la parte demandada que no aportó la documentación requerida por la perito.

En tanto que se ha probado que la actora concurría todos los días al consultorio, en horario vespertino; y que si bien comenzó haciendo suplencias, luego fue incorporada en forma permanente.

El hecho que la actora tuviera independencia de criterio en lo profesional, como se señaló, no es un obstáculo para considerar que las partes estuvieron unidas por un contrato de trabajo, como tampoco que tuviera flexibilidad en los horarios y días de atención, aunque de los testimonios surge que, en principio, la accionante concurría a los consultorios diariamente, en horario vespertino.

En definitiva, y como lo adelanté, los demandados no han acreditado que los servicios prestados por la actora lo fueran en una vinculación diferente al contrato de trabajo, por lo que, en virtud de lo prescripto por el art. 23 de la LCT ha de tenerse por cierto que a las partes las unió un contrato de trabajo, confirmándose entonces la decisión del a quo sobre el punto.

V.- La actora se agravia por que el juez de grado ha considerado extemporánea la comunicación del despido indirecto.

La actora intimó el día 5 de febrero de 2009 se deje sin efecto la modificación de las condiciones de trabajo (remuneración), y para que en el plazo de treinta días se registre la relación laboral con entrega de recibos en legal forma y acreditación de depósitos previsionales y de obra social, bajo apercibimiento de considerarse despedida, a la vez que comunica su embarazo, de seis meses de gestación (fs. 50).

Esa misiva es contestada por los demandados en fecha 10 de febrero de 2009, negando la existencia de relación laboral.

Sin embargo, la actora recién hace efectivo el apercibimiento notificado el día 1 de junio de 2009, ante la negativa del vínculo laboral (fs. 52/54).

O sea que, entre la intimación bajo apercibimiento de considerarse despedida y la comunicación del despido indirecto mediaron más de tres meses.

La situación de despido indirecto debe reunir los mismos recaudos que el despido directo, entre los que se encuentra, en supuestos de despido con causa, la contemporaneidad entre el acaecimiento de la injuria y la comunicación del despido.

La jurisprudencia es clara al respecto, aunque existen variantes en cuanto a los lapsos tomados en cuenta para decidir la extemporaneidad de la comunicación del despido indirecto, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

Así la Cámara 3ra. del Trabajo de Mendoza consideró que no era procedente el despido indirecto si habían transcurrido más de tres meses sin que el actor prestara servicios para su empleador, por no existir inmediatez ni contemporaneidad (autos "Benegas c/ Rumaos S.A.", 27/3/2007, LL 70042756). Por su parte la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entendió que si habían transcurrido diez meses entre la última inspección realizada por el actor, lo que produjo una disminución de su salario, y la comunicación del despido indirecto no mediaba contemporaneidad entre el incumplimiento alegado como injuria y el acto de denuncia (autos "Lezcano c/ Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios", 30/4/2009, LL AR/JUR/14080/2009).La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza –Sala II- sostuvo que el silencio del trabajador durante meses, previo a la

comunicación cursada al empleador por la cual se daba por despedido, se traduce en un comportamiento de abandono de la relación laboral que lo encuadra dentro de la figura de la renuncia tácita; y que "para que proceda la causal de despido indirecto por injuria grave, debe necesariamente existir contemporaneidad entre la causal de ruptura y la decisión del distracto, entendida como simultaneidad entre la injuria y la ruptura de la relación laboral, es decir, que se trate de una relación de causa a efecto que debe ser actual" (autos "Funes c/ Gómez", 27/5/2010, LL 70063938).

En tanto que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy entendió que el despido indirecto fue injustificado, ya que esta comunicación se produjo a más de dos meses de haber recibido, el trabajador, la respuesta a sus intimaciones (autos "Castañares c/ Empresa de Seguridad e Investigación Privada Security S.R.L.", 28/6/2016, LL AR/JUR/44551/2016).

La Sala I de esta Cámara de Apelaciones, en anterior composición, también se pronunció por la extemporaneidad de la comunicación del despido indirecto, confirmando en ese aspecto la sentencia de grado "habida cuenta de la exigencia de contemporaneidad con la injuria que rige tanto para el despido directo como indirecto, en función de lo cual las consecuencias de este último deben evaluarse con retroactividad al momento en que quedó configurada la negativa de la relación de empleo y a la consecuente registración y dación de trabajo…" (autos "Castellar c/ Humberto Lucaioli S.A.", Expte. N° 348.200/2007, P.S. 2008-IV, n° 138).

En autos, ante la intimación de la trabajadora, la respuesta de los demandados fue la negativa de la existencia de relación laboral, por lo que indudablemente no se iba a cumplir con las conductas requeridas en la intimación referida.

Esta negativa del vínculo laboral, y sus consecuencias, constituye una injuria suficiente como para determinar la ruptura de la relación de trabajo, entendiendo, al igual que el sentenciante de primera instancia, que la comunicación del despido indirecto, habiendo transcurrido más de tres meses del hecho indicado como injuria, convierte a dicho despido indirecto en extemporáneo.

Es que el tiempo que ha dejado pasar la actora para disolver el contrato de trabajo ante la negativa de su existencia hace presumir que ha mediado un abandono de la relación laboral, restándole, entonces, entidad a la injuria invocada como causal del distracto (negativa de la relación de trabajo).

La actora ha alegado la existencia de tratativas entre las partes para dirimir el conflicto planteado, y amenazas por parte de los demandados como justificación de la demora incurrida, más nada de ello se encuentra probado.

De lo dicho se sigue que la sentencia de grado se confirma en cuanto tiene por extemporáneamente comunicado el despido indirecto.

VI.- En lo que hace a la indemnización del art. 80 de la LCT también la decisión del juez de grado se ajusta a derecho.

La manda del art. 80 referido ha sido reglamentada por el decreto n° 146/2001 que establece que el trabajador queda habilitado para remitir el requerimiento fehaciente a que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del art. 80 de la ley 20.744, dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

La aplicación de esta normativa no fue cuestionada por la actora, por lo que la intimación cursada conjuntamente con la comunicación de la resolución unilateral del contrato de trabajo es extemporánea por apresurada, más allá que la injuria invocada sea el desconocimiento de la relación laboral.

En cuanto a la indemnización agravada del art. 15 de la ley 24.013, en tanto el despido indirecto no ha sido considerado válido, no resulta procedente ya que la aplicación de la norma referida requiere, siempre, de la existencia de despido directo o indirecto.

VII.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación de autos, y confirmar los resolutorios apelados.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC) en relación a la sentencia definitiva; y a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC) respecto de los incidentes de prescripción.

Regulo los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada con relación al recurso de apelación respecto de la sentencia definitiva en las sumas de $ 943,00 para la Dra. ...; $ 2.356,00 para el Dr. ...; y $ 2.356,00 para el Dr. ..., todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

La regulación de honorarios por las apelaciones referidas a las excepciones de prescripción se difieren para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1. Confirmar la sentencia de fs. 335/341 y las resoluciones de fs. 92/93 y 132/133 vta. en cuanto fueron materia de recursos y agravios.
2. Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, en el orden causado (art. 71, CPCyC) en relación a la sentencia definitiva; y a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC) respecto de los incidentes de prescripción.
3. Regular los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada con relación al recurso de apelación respecto de la sentencia definitiva en las sumas de $ 943,00 para la Dra. ...; $ 2.356,00 para el Dr. ...; y $ 2.356,00 para el Dr. ... (art. 15 de la ley 1.594).
4. Diferir la regulación de honorarios por las apelaciones referidas a las excepciones de prescripción 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. Federico GIGENA BASOMBRIO
Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

**"CIDES OLGA SUSANA C/ GALENO ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469600/2012) – Interlocutoria: 174/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO CIVIL: Obligaciones.

OBLIGACION DE DAR SUMAS DE DINERO. SENTENCIA. FONDOS. FALLECIMIENTO DE LA ACTORA. CAUSAHABIENTES. ACREDITACION DEL VÍNCULO. ORDEN DE PAGO. JUICIO SUCESORIO. DECLARATORIA DE HEREDEROS. LIBERACION DE FONDOS.

Producido el fallecimiento de la actora, circunstancia que fue denunciada luego del dictado de la sentencia definitiva, y habiendo sido acreditado el vínculo de los hijos con la causante y no mediando oposición de la contraria, ni habiéndose alegado la existencia de otros herederos, resulta innecesario para liberar los fondos del crédito que la causante tenía a cobrar en el juicio que los causahabientes acrediten la iniciación del proceso sucesorio y la consiguiente declaratoria de herederos.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de Mayo del año 2017
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados "CIDES OLGA SUSANA C/ GALENO ART S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" (JNQLA6 EXP 469600/2012) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Patricia CLERICI, por encontrarse apartado 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. Luego del dictado de la sentencia, se denuncia que la actora ha fallecido.
Como consecuencia de ello, se suspende el procedimiento a los efectos de que tomen intervención los herederos.
Se presentan Claudia Valeria Alveal, Susana Edith Alveal, Maira Nahir Stuardo y Teodoro Stuardo –en representación de su hijo menor de edad B. A.- acreditando el vínculo con la causante (hijos). Luego, solicitan que se libre orden de pago, a favor de los

mayores de edad. Con relación al menor, requieren que se corra vista a la Sra. Defensora de Menores.
Toma intervención la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, no emitiendo opinión.
En hojas 369 se presentan las causahabientes, mayores de edad e interponen revocatoria contra el auto de fecha 29 de diciembre de 2016, en tanto requiere que se adjunte declaratoria de herederos a los efectos de percibir la indemnización correspondiente a su madre.
Hacen alusión al régimen de la LRT y sostienen que el art. 18 determina que, en caso de fallecimiento del trabajador, se crea un beneficio iure propio en cabeza de los derechohabientes, quedando vedada toda correspondencia con el esquema hereditario del Código Civil. Dice que deben ser considerados tales, a las personas enumeradas en el art. 53 de la ley 24241.
Sostienen que el concepto de derechohabiente se inserta en la familia del trabajador, no identificable con el pariente con vocación hereditaria.
Efectúa una serie de consideraciones en punto a la normativa e indica que, toda vez que, en el orden de prelación, el hijo menor de edad excluye a las hermanas, se impone la declaración de inconstitucionalidad.
El padre del menor, en representación del mismo, presta conformidad a lo peticionado.
Con acierto, la magistrada explica que la situación no es encuadrable en los términos del art. 53 de la ley 24.241, ni de la normativa del art. 18 de la ley 24.557.
Indica que el crédito fue reclamado en vida, por quien fuera madre de los requirentes y que, como tal, forma parte del acervo hereditario, de los cuales resultarán beneficiarios los herederos, debiendo acreditar que se hallan en posesión de la herencia.
Por ello, mantiene el criterio sostenido en hojas 363 y ordena denunciar el juicio sucesorio de quien en vida fuera actora en esta causa.
La Sra. Defensora de los Derechos del Niño, se expide en hojas 379.
2. Así planteada la cuestión y como ya adelantara, comparto con la magistrada que la situación no es subsumible en los términos de la ley 24.241 y que el crédito que emerge de esta causa, no nació en cabeza de los herederos, sino que ha sido transmitido a los mismos mortis causa.
La causante tenía un crédito a cobrar en este juicio. La cuestión a resolver aquí, se circunscribe a determinar, si es necesario que medie declaratoria de herederos para percibir las acreencias.
Más allá de que, de la lectura, no advierto en qué parte de la providencia de hojas 363 se dispone el cumplimiento de este recaudo con carácter previo, es claro que a partir de la resolución de la revocatoria, la magistrada ha condicionado la liberación de los fondos a este recaudo.
Con relación a este tema, me he pronunciado en los siguientes términos:
"…los créditos del causante quedan excluidos de la comunidad hereditaria y, por lo tanto, no están sujetos de la indivisión comunitaria.
Es que "…los créditos que el causante tenía a su fallecimiento, siendo divisibles, es decir, obligaciones cuyo objeto fuera susceptible de cumplimiento parcial (art. 667 del Cód. Civil), verbigracia sumas de dinero, (art. 669 Cód. citado) —como en el caso del precedente que anotamos—, se atribuyen en cabeza de cada heredero en proporción a su parte en que es llamado a la herencia…" Esto determina que "los créditos no forman parte de la masa indivisa; por el contrario, ellos se dividen de pleno derecho desde el momento mismo de la muerte del causante, en proporción a la parte en que cada heredero es llamado a la herencia (Art. 3.485 del Cód. Civil)…" Y ello así, puesto que "la naturaleza de los créditos, es incompatible con el estado de indivisión, tratándose de una suma de dinero, basta una simple operación aritmética para saber cuánto ha de corresponderle a cada heredero…" (cfr. Alongi, Juan Carlos, "Consignación y muerte del trabajador (Entrega a los herederos de las sumas de dinero consignadas)", Publicado en: LA LEY 05/05/2010, 11 LA LEY 2010-C, 189 • DFyP 2010 (marzo), 146. En igual sentido, ver fallo comentado Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, 2009-09-11 Telefónica de Argentina c. Jara, Roxana Elizabeth y otros).
En igual sentido se expide Medina, indicando que los créditos divisibles no forman parte de la masa hereditaria indivisa, sino que se incorporan definitivamente al patrimonio de cada heredero, en la porción correspondiente, lo mismo que la suma recibida en pago (conf. Medina, en Código Civil Comentado, Ferrer-Medina, directores, sucesiones, tomo I, pág. 607).
Y –en nómina que no se agota, tal como surge de las citas efectuadas por el recurrente- es también conteste Areán, al señalar, en comentario a los artículos 3485 y 3486: "…suponiendo que haya comunidad hereditaria, quedan excluidos de ella los créditos y las deudas divisibles que integran el patrimonio transmitido por el causante. A diferencia de lo que ocurre con los bienes indivisos, los créditos y las deudas divisibles son atribuidos desde el momento de la apertura de la sucesión como relaciones jurídicas singulares asumidas a título hereditario. Se trata de atribuciones concretas que se identifican desde la muerte del causante los sujetos activos

o pasivos de la relación creditoria obligacional…" Y agrega, más adelante: "Dado que cada coheredero recibe desde el momento mismo de la muerte del causante, una parte del crédito en proporción a su porción hereditaria, el mismo queda a partir de entonces, incorporado a su patrimonio en forma definitiva. Es decir que el crédito queda excluido de la comunidad hereditaria, aún cuando es atribuido al heredero por su porción viril y, en esta medida, ingresa a su patrimonio. Sólo Segovia adoptaba una posición diferente, al considerar que lo cobrado entraba a la masa hereditaria, de modo que la comunidad es la verdadera acreedora. El heredero no puede adquirir la propiedad exclusiva del crédito sino después de realizada la partición. Esta interpretación no se compadece con lo expresado por el codificador en la nota, en la que sostiene que el heredero está facultado para reclamar al deudor el cumplimiento de su parte hereditaria, asumiendo esa actitud como propietario y no como mandatario de los demás herederos. Además, los herederos no pueden quedar sometidos a la buena o mala voluntad de sus coherederos ni tienen que soportar su negligencia o descuido.

Sería injusto que tengan que esperar a los demás para cobrar su parte". (cfr. Beatriz Areán, en Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial, Alberto J. Bueres, Dirección; Elena I. Highton, Coordinación, Editorial Hammurabi, Tomo 6-A págs. 543/546, con cita de Machado, Zannoni, Pérez Lasala y Fornieles).

Nótese, además, que de conformidad al art. 3488 "el deudor de un crédito hereditario se libra en parte de su deuda personal, cuando paga a uno de los herederos la parte que éste tiene en ese crédito". Justamente, en comentario a este precepto indica la ya citada Areán, con cita de Llerena: "la suma pagada por el deudor no debe ser depositada a la orden del juez del sucesorio. El heredero recibe el dinero y puede disponer libremente del mismo. Únicamente, al tiempo de realizarse la partición, se cargará a cuenta de su hijuela lo que haya recibido, y si ha recibido más de lo que le correspondía, deberá aportar a la masa el saldo que resulte en su contra" (obra citada, pág. 555).

3. Trasladados los desarrollos anteriores al supuesto aquí analizado, tengo claro para mí que asiste razón al recurrente.

Nótese que la postura sostenida por la magistrada sólo tendría sustento en la solitaria posición de Segovia, la cual, como se ha visto, no es compatible con la concepción de Vélez Sarfield (ver también en este sentido, Zannoni, Derecho de las Sucesiones, Editorial Astrea, 1982 Tomo I, pág. 529 y ss.)

Teniendo en cuenta entonces que, el crédito no integra la comunidad hereditaria, en orden a las disposiciones de los artículos 3485, 3486, 3488 y 3490 del Código Civil y, más allá de las responsabilidades que deban asumir, eventualmente, los herederos conforme a la normativa civil y fiscal aplicable, lo cierto es que los reparos que presenta la magistrada son insuficientes; desde ello, la imposición de transferencia de los fondos al proceso sucesorio, carece de sustento normativo…." (cfr. "Leotta, Pedro Angel Maria C/ Banco Hipotecario S.A. S/ Reajuste de prestación" (Expte. 277627/2002), 19/05/2015).

Más allá de las modificaciones normativas, entiendo que el esquema es plenamente aplicable, al subsistir estos conceptos (cfr. arts. 2337 y ccs. del C.C. y C).

3. No escapa a mi conocimiento, que pudiera plantearse la posibilidad de que existieran otros herederos forzosos.

Sin embargo, ello no ha sido opuesto en la causa, por la obligada al pago.

Además, el TSJ se ha expedido en punto a la innecesariedad de iniciar el trámite sucesorio, en un proceso de similares características.

Así sostuvo: "…Corresponde analizar en este caso si la esposa y los hijos del actor que se han presentado denunciando y acreditando su fallecimiento pueden percibir el monto depositado o debe tramitarse el sucesorio.

Las sumas a percibir en este juicio son las adeudadas al Sr. Bruno Nicolás Torresán en su calidad de empleado de la Municipalidad de Neuquén y en concepto de horas extras (conf. Acuerdo 46 fs. 240). Se trata entonces de un crédito laboral, y quienes aquí se presentan, ante el fallecimiento del actor, son sus herederos forzosos: hijos y cónyuge conforme constancias de fs. 46/49.

Entonces, corresponde aplicar a la situación planteada en autos el art. 3410 del Código Civil en cuanto establece: "Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia".

Quienes aquí se han presentado en oportunidad de denunciar el fallecimiento del actor han entrado en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión. Se trata de un crédito divisible excluido de la comunidad hereditaria, y fundamentalmente, de naturaleza laboral, circunstancia que gravita favorablemente para disponer el pago directamente a quienes la ley ha llamado a suceder al actor…." (cfr. R.I.169/2015, 10 de marzo de 2015, "TORRESAN BRUNO NICOLAS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ACCION PROCESALADMINISTRATIVA", Expte. 125/01, en trámite por ante la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia).

Por lo tanto, habiendo sido acreditado el vínculo de los hijos con la causante y no mediando oposición de la contraria, ni habiéndose alegado la existencia de otros herederos, es innecesario que se acredite la iniciación del proceso sucesorio y la consiguiente declaratoria de herederos. MI VOTO.

La Dra. Patricia CLERICI 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 al recurso de apelación deducido, haciendo saber que resulta innecesario que se acredite la iniciación del proceso sucesorio y la consiguiente declaratoria de herederos.

2. Imponer las costas de Alzada por su orden atento las particularidades del caso (art. 68 segundo párrafo del CPCC).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

**"GUTIERREZ RAUL ENRIQUE C/ URRUTIA JAIME BENITO Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: 514419/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 53443/2017) – Interlocutoria: 180/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

JUICIO DE DESALOJO. INTRUSION. BOLETO DE COMPRAVENTA. CESION. INTERVENCION DE TERCEROS. INTERPRETACION RESTRICTIVA. INTERVENCION OBLIGADA. ACCION DE REPETICION.

1.- […] tal como reiteradamente lo ha sostenido esta Cámara, la intervención como terceros en el proceso es de carácter restrictivo. Sin embargo, la figura de la intervención obligada (art. 94 CPCC) comprende aquella hipótesis en las cuales la parte eventualmente vencida tenga una acción regresiva contra el tercero, o medie conexidad entre la relación controvertida en el proceso y otra existente entre el tercero y alguna de las partes. (FASSI-YAÑEZ, Código Procesal Civil y Comercial, Tº 1, pags.523 y sgtes.).

2.- Es procedente la citación como tercero del hijo de los demandados por desalojo por intrusión, al sostener el actor que fue aquel quien les transfirió por boleto de compraventa el inmueble y también se formalizó la cesión de derechos a su favor en la Inmobiliaria que intervino en la operación. Ello es así, pues más allá de lo que surja de la prueba a producirse en las actuaciones principales y de lo que se resuelva en definitiva al dictar sentencia, en esta etapa inicial no puede descartarse la existencia de una controversia en común con aquél.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "GUTIERREZ RAUL ENRIQUE C/ URRUTIA JAIME BENITO Y OTRO S/ INCIDENTE DE

APELACION E/A: 514419/2016" (JNQCI5 INC 53443/2017) 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

CONSIDERANDO:

1. La resolución del 23/02/2017 rechaza la citación del tercero MARCELO CLAUDIO URRUTIA solicitada por los demandados, con costas a su cargo.

Los demandados apelan y luego fundan su recurso en hojas 19/20 del presente.

Entienden que la sentenciante no ha merituado que la citación de terceros al proceso no implica obligar a la actora a litigar contra el citado, sino darle la intervención imprescindible para que las actuaciones puedan serle opuestas en la eventual acción regresiva que se enuncia en la demanda.

Señalan que en el caso no es factible descartar la conexidad entre la relación jurídica de su parte con el tercero citado. Agregan que el interés jurídico a proteger es su vivienda, y que, su hijo, citado como tercero, con la promesa de transferir el boleto de compra venta y posteriormente ceder dicho inmueble, mediante ardid y engaño, pretende a través del actor desalojar a sus padres, quienes ejercen la posesión, actuando como dueños que son desde el año 2001.

Así, indican que ante el eventual resultado negativo de la demanda promovida, ejercerán la acción regresiva contra el tercero citado, ya que media conexidad entre la relación controvertida en el proceso y la existente con el tercero.

Sustanciados los agravios, no son contestados por el accionante.

2. Ingresando al estudio del recurso deducido, señalamos que asiste razón a los recurrentes.

En efecto, tal como reiteradamente lo ha sostenido esta Cámara, la intervención como terceros en el proceso es de carácter restrictivo. Sin embargo, la figura de la intervención obligada (art. 94 CPCC) comprende aquella hipótesis en las cuales la parte eventualmente vencida tenga una acción regresiva contra el tercero, o medie conexidad entre la relación controvertida en el proceso y otra existente entre el tercero y alguna de las partes. (FASSI-YAÑEZ, Código Procesal Civil y Comercial, Tº 1, pags.523 y sgtes.)

En los autos principales el actor demanda por desalojo por intrusión a los Sres. Jaime Benito URRUTIA y Mora Elizabeth HERRERA. Señala que es propietario del inmueble que ocupan los demandados, adquirido mediante boleto de compra venta en fecha 04/07/2013 y que en tal fecha se formalizó la cesión de derechos a su favor en la Inmobiliaria Seleme por parte del Sr. Claudio Marcelo URRUTIA (cfr. hoja 1).

Continúa relatando que Claudio Marcelo URRUTIA le exhibió el inmueble en cuestión a él y a su esposa, que en ese momento estaba desocupado y en construcción, y que él aceptó su propuesta económica, concretando la operación en la citada inmobiliaria, donde se efectuó la cesión del boleto de compraventa y el pago de la totalidad del importe de venta en mano del mencionado Claudio Marcelo URRUTIA.

Indica que luego de tal operación y al concurrir al inmueble para conocer su estado tomó conocimiento de la ocupación del mismo por parte de los demandados.

Al contestar la acción los demandados, refieren que ejercen la posesión continua, pacífica e ininterrumpida desde el año 2001, actuando a título de dueños. Que si bien el boleto de compraventa figuró a nombre de su hijo (Sr. Claudio Marcelo URRUTIA) ellos eran los reales propietarios y aquél asumió el compromiso de transferirles el boleto, compromiso que jamás cumplió, pese a los reclamos intentados.

Manifiestan también que el actor, aprovechando la amistad y complicidad con Claudio Marcelo URRUTIA, mediante un acto simulado logró la cesión del boleto de compra venta del terreno sobre el que se asienta su casa, consignando un precio vil. Agregan que su hijo salió del país dejando a sus propios padres en estado de vulnerabilidad, luego de reiteradas maniobras dolosas como profesional del derecho.

3. Así, de los escritos constitutivos del proceso se desprende claramente la vinculación de las partes y de la cuestión controvertida con el Sr. Claudio Marcelo URRUTIA, cuya citación se pretende. Por lo que, más allá de lo que surja de la prueba a producirse en las actuaciones principales y de lo que se resuelva en definitiva al dictar sentencia, en esta etapa inicial no puede descartarse la existencia de una controversia en común con aquél.

Ahora bien, en cuanto a los términos de la citación, la Sala II de esta Cámara, con diferente composición a la actual, ha señalado con claridad que: “En los casos conocidos como litis denuntiatio, el llamado coactivo efectuado por la demandada, tiene por objeto preservar una posible acción regresiva, es decir, evitar que en dicha eventual acción el citado pueda interponer la excepción de negligente defensa; mas no autoriza a entorpecer la pretensión básica debatida entre el actor y el demandado introduciendo un pleito distinto entre este último y el tercero para cuya definición deben concurrir a la vías adecuadas (Conf. E.D. 97-802- PI. Fº452/454 TºIII Año 2001 Sala II).

Debe quedar claro que la convocatoria a juicio de terceros, tiene por objeto evitar que cuando se ejerza la acción regresiva el demandado alegue excepción de negligente defensa, por no haber articulado defensas o excepciones que hubiesen correspondido y por las que eventualmente en su caso, no habría progresado la acción; o cuando el juicio se pierde por culpa exclusiva o negligencia del reclamante de regreso. Así la intervención del tercero citado obligado es adhesiva y la consecuencia no es que la sentencia lo alcance, sino que el efecto de cosa juzgada de la misma será base del nuevo proceso de regreso, sin que pueda discutirse en el mismo la actuación en el proceso anterior, que en forma refleja afecta ahora al demandado de regreso. (FALCON, Cod. Procesal Tº I, pág.521).

También hemos dicho en estos casos que debe distinguirse la situación legislada por el art. 94 del Código de forma con la prevista con el art. 89, esto es, cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, es decir, cuando el tercero que no demandó o no fue demandado conjuntamente con aquélla no reviste el carácter de un litisconsorte necesario. En el primer caso, la litis puede ser decidida sin llamar a ella al tercero, salvo si lo pide una de las partes, en tanto que en el segundo no puede en modo alguno ser decidida válidamente si no se integra el contradictorio con el llamamiento del tercero litisconsorte necesario.

En cuanto lo prescripto en el art. 96 del Código mencionado, conviene precisar los alcances de lo allí dispuesto, esto es, si puede dictarse una sentencia en su contra. Para resolver la cuestión debe partirse del principio de congruencia, el que es obligatorio para los Jueces, y según el cual la sentencia debe contener “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte” (art. 163 inc. 6, párrafo 1º y 34 inc.4º, Fassi-Yañez, Código Procesal Civil y Comercial, Tº I, pág. 534), (PI- 1999-TºIII Fº515/517 Sala II).

Así se ha resuelto mayoritariamente en la jurisprudencia, que la citación coactiva de terceros no importa modificar los términos en que se trabó la litis, desde que el actor no dirigió su acción contra el citado, de manera que su intervención solo tenía como consecuencia que la sentencia a dictarse pudiera serle oponible en un eventual proceso posterior, pero no corresponde condenarlo ni absolverlo” (Palacio-Alvarado Velloso. Cod. Proc. Civil y Comercial, TºIII, 334).

Consecuentemente, la citación del tercero a pedido de los demandados con oposición del actor, tal el caso que nos ocupa, no significa obligar al accionante a litigar contra quien no quiere hacerlo, ya que los terceros no asumen la posición de demandados frente a la parte demandante. Como ya lo expresamos, su intervención es a los efectos de que en una eventual acción de regreso, no puedan oponer la excepción de negligente defensa, mas no autoriza a entorpecer la pretensión básica debatida entre actor y el demandado introduciendo un pleito distinto entre este último y el tercero para cuya definición deben concurrir a las vías adecuadas.” (Expte. ICL Nº 669/6).

En función de lo expuesto y aplicando tales lineamientos al caso que nos ocupa, entendemos que el pedido de citación de Claudio Marcelo URRUTIA resulta procedente en los términos y con el alcance explicitado en el precedente referenciado. Por lo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y, en consecuencia, revocar la resolución del 23/02/2017 ordenando la citación del tercero, en los términos del art. 94 del CPCC.

Las costas del presente se impondrán a la parte actora en su condición de vencida (art. 68 del CPCC).

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación y, en consecuencia, revocar la resolución del 23/02/2017 ordenando la citación del tercero Claudio Marcelo URRUTIA, en los términos del art. 94 del CPCC.

2.- Imponer las costas de Alzada a la parte actora en su condición de vencida (art. 68 del CPCC) difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

**"NAVARRO BARROS RENZO NICOLAS E. C/ VELAZQUEZ HORALDO ROSA 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.: 474746/2013) – Sentencia: 59-17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. DAÑOS Y PERJUICIOS. CUANTIFICACION DEL DAÑO. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. GASTOS MEDICOS. GASTOS DE VISTIMENTA. GASTOS DE FARMACIA. DAÑO MORAL. ASEGURADORA. FALTA DE DENUNCIA. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA.

1.- Corresponde rechazar la indemnización por daño físico si durante cuatro años (lapso existente entre la fecha del accidente y la de realización del estudio) el demandante no recibió atención médica por dolencias en su rodilla derecha. Luego el tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y la aparición de la supuesta consecuencia, la relación causal entre uno y otro aparece severamente dudosa; pudiendo entenderse, con alto grado de probabilidad, que la tendinitis reconoce su causa en hechos posteriores al accidente de autos, y no en éste.

2.- Habiendo informado el actor al perito médico que, excepto las atenciones producidas en el mismo día en dos hospitales públicos, no realizó consultas ni tratamientos como consecuencia de los politraumatismos sufridos, no corresponde reparar gastos de radiografías y/o traslados para atención médica, dado que resulta evidente que ellos no se realizaron.

3.- En cuanto a los gastos de vestimenta, considerando la mecánica del hecho y que el actor se retiró por sus propios medios del lugar del accidente, concurriendo a la consulta médica recién al día siguiente, no puede presumirse daño en su vestimenta, no surgiendo, por otra parte, la calidad y cantidad de las prendas que pudieron ser afectadas por la caída de la moto.

4.- De las constancias de la causa surge que el actor sufrió, como consecuencia del accidente protagonizado, politraumatismo, indicándose reposo por cuatro días, de lo que se sigue que, cuanto menos, debió asumir la compra de analgésicos para mitigar el dolor físico. Consecuentemente, fijo prudencialmente la reparación por los gastos de farmacia en la suma de $ 300,00.

5.- En atención a la mecánica del hecho y la entidad de sus consecuencias físicas, unido a la innecesaridad de internación y de realización de tratamientos a efectos de logra el restablecimiento de la salud del actor, la suma fijada en concepto de indemnización por daño moral se ajusta al padecimiento espiritual que presumiblemente pudo haber tenido el accionante.

6.- La falta de denuncia de la ocurrencia del accidente por parte del asegurado no es una defensa que pueda ser opuesta al tercero, víctima del hecho dañoso.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 6 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “NAVARRO BARROS RENZO NICOLAS E. C/ VELAZQUEZ HORALDO ROSA Y OTRO S/

D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (JNQCI2 EXP Nº 474746/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Se cretaria 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 fs. 245/249, que hace lugar a la demanda, y al planteo de exclusión de cobertura formulado por la aseguradora citada en garantía, en ambos casos con costas al demandado.

A) La recurrente se agravia, en primer lugar, por el rechazo del reclamo por daños materiales (gastos de farmacia, radiografías, de traslado y vestimenta).

Dice que la sentenciante de grado ha entendido que no se encuentra acreditada la realización de estos gastos.

Considera que exigir una prueba concluyente al respecto resulta irracional, dado la dificultad en la obtención de esta prueba.

Sostiene que como consecuencia del accidente, el actor tuvo que realizar gastos de farmacia y radiografías, como así también de traslado a los nosocomios en donde fue atendido; gastos que entiende de absoluta necesidad en atención a la entidad de las lesiones sufridas.

Con relación a los gastos de vestimenta, afirma que el hecho que el demandante viajara en motocicleta, y fuera embestido y arrojado contra el pavimento, determina la existencia de daños en su vestimenta.

En segundo lugar, se agravia del rechazo del reclamo por daño físico.

Señala que la aquo no sólo descarta la pericia médica, sino también todos los registros e historias clínicas relacionados con el siniestro, por considerar que no se encuentra acreditada la relación causal entre las dolencias y el hecho indicado como dañoso.

Afirma que oportunamente su parte sostuvo que el informe de ecografía determinó la existencia de una lesión compatible con proceso inflamatorio, y tendinitis.

Sigue diciendo que el perito, en su informe, cometió un grave error que después fue salvado, como consecuencia de la impugnación de su parte.

En tercer lugar se agravia por el monto de la reparación del daño moral, el que entiende reducido, con cita de jurisprudencia.

Finalmente formula queja por el acogimiento de la exclusión de cobertura, con fundamento en que el asegurado no realizó la denuncia del siniestro.

Manifiesta que el art. 47 de la Ley de Seguros, para el supuesto de incumplimiento de la denuncia del siniestro, sólo tiene efecto en la relación jurídica sustancial asegurativa; y que, tratándose de una defensa posterior al accidente, no es oponible a terceros.

Hace reserva del caso federal.

B) Ni la demandada ni la citada en garantía contestan el traslado del memorial de agravios.

II.- Llega firme a esta instancia la ocurrencia del accidente de tránsito el día 16 de octubre de 2011, aproximadamente a las 18,30 horas, en la intersección de las calles Conquista del Desierto y Brown de la ciudad de Centenario, como así también que este hecho se debió a la culpa exclusiva del demandado.

La actora se queja por el rechazo de la indemnización por daño físico.

Conforme las constancias de autos, tenemos que el informe policial (planilla de accidente) de fs. 83/vta. da cuenta de la existencia de daños materiales, pero no de lesiones leves o graves en los participantes del siniestro.

Luego, a fs. 87/88 obra informe de Servicio de Emergencias del Hospital Castro Rendón, donde consta que el actor fue atendido el día 17 de octubre de 2011 (día siguiente al del accidente), detectándose politraumatismo leve y dolor en todo el cuerpo, y que habiéndose solicitado radiografías y evaluadas éstas por profesionales de Traumatología, se otorgó el alta médica.

A fs. 96/98 encontramos el informe del Hospital Bouquet Roldán, el que da cuenta que el día 17 de octubre de 2011 (día posterior al del accidente y en el que también concurrió al Hospital Castro Rendón), el actor fue atendido en esa institución, presentando traumatismo de mano y muñeca derechas, pelviano y de rodilla derecha.

La pericia médica de fs. 142/143 vta. determina que el accionante sufrió, como consecuencia del accidente de tránsito politraumatismo leve, y que al momento del examen pericial no existen secuelas para valorar.

La actora impugna el informe pericial con fundamento en que el informe de la ecografía practicada a la rodilla derecha del actor, que consta a fs. 141, señala que el miembro estudiado presenta patrón hipoecoico compatible con proceso inflamatorio, y agrega "Tendinitis". El perito médico, al responder a la impugnación formulada (fs. 150/vta.) reconoce que la ecografía muestra un diagnóstico de tendinitis en la rodilla derecha, y establece que la incapacidad, en tal caso es del 5%.

Frente a estas constancias probatorias, entiendo que la conclusión de la aquo es acertada.

En efecto, la atención médica inmediata al hecho dañoso da cuenta de la existencia de politraumatismo leve que afecta, entre otras partes del cuerpo, a la rodilla derecha, dándosele el alta el mismo día de la consulta, sin ninguna indicación de tratamiento, excepto el reposo. En esto resultan coincidentes los dos informes hospitalarios. Luego, el perito médico indica que, como consecuencia del

interrogatorio clínico, el actor señaló que no realizó ninguna otra consulta o tratamiento, y que el examen físico de sus miembros inferiores es normal, sin limitación funcional, aunque el demandante refiere dolor en la rodilla derecha.

Al contestar la impugnación a su informe, el experto reconoce el resultado de la ecografía, el que ya estaba en su conocimiento en oportunidad de confeccionar el informe pericial, y otorga un 5% de incapacidad por tendinitis en la rodilla derecha. Sin embargo, el perito no informa respecto del nexo causal entre el accidente de tránsito sufrido en el año 2011 y la tendinitis detectada en el año 2015.

Lo dicho es suficiente para rechazar la pretensión resarcitoria respecto del daño físico.

No se pone en duda el resultado de la ecografía de la rodilla derecha, pero teniendo en cuenta lo informado por los médicos que atendieron al actor en forma contemporánea a la producción del accidente, que durante cuatro años (lapso existente entre la fecha del accidente y la de realización del estudio) el demandante no recibió atención médica por dolencias en su rodilla derecha, y el tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y la aparición de la supuesta consecuencia, la relación causal entre uno y otro aparece severamente dudosa; pudiendo entenderse, con alto grado de probabilidad, que la tendinitis reconoce su causa en hechos posteriores al accidente de autos, y no en éste.

Por lo dicho es que ha de confirmarse el resolutorio apelado en cuanto rechaza la indemnización por daño físico.

III.- La parte actora también se queja del rechazo de la pretensión resarcitoria respecto del daño material, circunscripto a gastos de farmacia, de radiografías, de traslados y de vestimenta.

Con relación a los gastos de radiografías y traslados, habiendo informado el actor al perito médico que, excepto las atenciones producidas en el mismo día en dos hospitales públicos, no realizó consultas ni tratamientos como consecuencia de los politraumatismos sufridos, no corresponde reparar gastos de radiografías y/o traslados para atención médica, dado que resulta evidente que ellos no se realizaron.

En cuanto a los gastos de vestimenta, considerando la mecánica del hecho y que el actor se retiró por sus propios medios del lugar del accidente, concurriendo a la consulta médica recién al día siguiente, no puede presumirse daño en su vestimenta, no surgiendo, por otra parte, la calidad y cantidad de las prendas que pudieron ser afectadas por la caída de la moto.

Por ello, es que la sentencia de grado será confirmada en cuanto no indemniza estos rubros.

Distinta es la cuestión referida a los gastos de farmacia, ya que esta Sala II tiene dicho que tales gastos no requieren prueba directa de su existencia y que aún cuando la víctima haya sido atendida en el hospital público, en atención a que hay insumos o prestaciones que el sistema público de salud no cubre, en tanto el gasto denunciado guarde relación con el daño se presume su realización (cfr. autos “Arriagada c/ Ramírez”, expte. n° 378.616/2008, P.S. 2013-IV, n° 128, entre otros).

De las constancias de la causa surge que el actor sufrió, como consecuencia del accidente protagonizado, politraumatismo, indicándose reposo por cuatro días, de lo que se sigue que, cuanto menos, debió asumir la compra de analgésicos para mitigar el dolor físico. Consecuentemente, fijo prudencialmente la reparación por los gastos de farmacia en la suma de $ 300,00.

IV.- La crítica por el monto de la indemnización por daño moral tampoco ha de tener acogida favorable.

No sólo el apelante no brinda argumentos a efectos de rebatir la apreciación de la aquo –más allá de la jurisprudencia citada que se refiere en forma genérica a la valoración del daño extrapatrimonial-; sino que en atención a la mecánica del hecho y la entidad de sus consecuencias físicas, unido a la innecesaridad de internación y de realización de tratamientos a efectos de logra el restablecimiento de la salud del actor, la suma fijada en concepto de indemnización por daño moral se ajusta al padecimiento espiritual que presumiblemente pudo haber tenido el accionante.

V.- Resta por analizar la crítica efectuada respecto de la exclusión de la cobertura asegurativa.

La aquo ha hecho lugar al planteo de la citada en garantía de denegar la cobertura comprometida en atención a que el asegurado no denunció el acaecimiento del accidente de tránsito.

Esta Sala II tiene dicho, en sentido coincidente con la jurisprudencia, que “La falta de denuncia del siniestro por parte del asegurado en tiempo propio no exime al asegurador de la responsabilidad que le corresponde, por cuanto el art. 118 de la ley 17.418 no admite que se opongan al damnificado las defensas que pudieran nacer con posterioridad al evento dañoso” (conf.C.N.civ. Sala E, R.E.D. 10-994, n22).Civil - Sala E Dupuis Sentencia Definitiva C. E13564 Federacion Patronal Coop. de seguros limitada c/playa de estacionamiento subt. 9 de julio s/sumario 24/02/94-.

“La carga de denunciar en término el siniestro, que la ley sanciona con la pérdida del derecho a ser indemnizado (ley 17418: 46 y 47), se encuadra en la excepción de la ley 17418: 118, y es inoponible a la víctima del mismo. No cabe otra interpretación de la norma, pues el seguro no tiene sólo por propósito defender al asegurado evitándole una perdida económica, sino también asegurar a la víctima, no siendo dable permanecer indiferente ante el derecho de ésta insatisfecho por la pasividad del asegurado.” CCom: E (Garzon Vieyra - Ramirez - Guerrero)- 22/12/88 Costa, Jorge c/ playa de estacionamiento 9 de julio. Ref.: (L. 17418: 118 L. 17418:

46 L. 17418: 47)

"La falta de comunicación del siniestro por parte del asegurado no puede ser esgrimida como defensa por la aseguradora en el juicio en que ésta es citada en garantía por el damnificado: no cabe otra interpretación de la norma al respecto (ls 118), pues el seguro no tiene sólo por propósito defender al asegurado evitándole una pérdida económica, sino asegurar a la víctima el resarcimiento rápido e integral, no siendo dable permanecer indiferente ante el derecho de la víctima, insatisfecha por la pasividad del asegurado. Es cierto que ello significa privar de eficacia a la sanción prevista en la fojas 47, mas esa pérdida de eficacia es solamente relativa, pues esa especie de defensas son inoponibles a la víctima del asegurado, de modo que la sanción sigue vigente respecto del asegurado." CCom: d (Cuartero - Arecha) - 30/06/89.- (ver autos "Ferri c/ Pilquiñan", expte. n° 501.605/2014, P.S. 2017-I, n° 12).

Por ende, asiste razón al apelante respecto a que la falta de denuncia de la ocurrencia del accidente por parte del asegurado no es una defensa que pueda ser opuesta al tercero, víctima del hecho dañoso, por lo que la sentencia de grado debe ser revocada en este aspecto.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 5.300,00; y haciendo extensiva la sentencia, incluida la condenación en costas, a la aseguradora citada en garantía, en la medida del contrato de seguro, confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en un 60% a la parte demandada y en un 40% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales del letrado actuante ante la Alzada Dr. Joaquín Andrés Imaz en la suma de $ 4.714,00, conforme lo establece 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 parcialmente el resolutorio de fs. 245/249, incrementando el capital de condena a la suma de $ 5.300,00; y haciendo extensiva la sentencia, incluida la condenación en costas, a la aseguradora citada en garantía, en la medida del contrato de seguro, confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada en un 60% a la parte demandada y en un 40% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales del letrado actuante ante la Alzada, Dr. ... en la suma de $ 4.714,00, conforme lo establece el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"NAUTO VERONICA BEATRIZ 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.: 464325/2012) – Sentencia: 67/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO. CONTROL DE OFICIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS. IMPROCEDENCIA. PRESUPUESTO FACTICOS. ACREDITACION. FACULTADES DEL JUEZ. DEBIDO PROCESO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. DEFENSA EN JUICIO. ARBITRARIEDAD.

INTERESES. COMPUTO.

1.- Resulta improcedente la declaración de inconstitucionalidad de oficio del artículo 12 de la ley 24.557 que realiza el a-quo mediante la simple comparación entre la determinación del IBM, conforme lo dispone la ley citada y el resultado a que se hubiera arribado en el supuesto de tener en cuenta los salarios percibidos con posterioridad al accidente, toda vez que tal inconstitucionalidad ha sido fundada en diferentes causales que requieren, de debido planteamiento y acreditación en el expediente para salvaguardar el debido proceso, fundamentalmente, en su aspecto de resguardo a la garantía de defensa en juicio. Lejos de ello, el razonamiento efectuado por la magistrada irrumpe en forma sorpresiva, realizándose una comparativa que, al no brindar parámetros objetivos en punto a su elección, se presenta como producto de una elección arbitraria.

En este sentido, nada se pondera –ni surge de las constancias de la causa- en punto a la efectiva depreciación de los valores en el período comprometido y el tenor de la insuficiencia de la tasa activa para paliar estos efectos (más que una alusión de corte dogmático por carencia de sustento probatorio); tampoco se indica en concreto, cual ha sido la variación salarial generada en el período, ni ya, sobre otra línea de análisis, cómo, en el caso, el IBM utilizado vulnera el concepto de salario por el argumento del art. 103 de la LCT; 1 del Convenio 95 de la OIT y 14 bis de la Constitución Nacional.

2.- En relación a la inconstitucionalidad de oficio de una norma, entiendo que en el caso concreto en análisis dicha facultad excede la potestad del juez produciéndose una violación del principio de congruencia y defensa en juicio.

3.- Si la inconstitucionalidad de una norma depende de determinados presupuestos fácticos no obrantes en la causa, la inconstitucionalidad de ella no puede ser declarada de oficio toda vez que ello afectaría el derecho de defensa en juicio.

4.- La declaración de inconstitucionalidad de una norma es una facultad legítima de los jueces que puede y debe ser ejercida con independencia del derecho invocado por las partes en su momento. Ahora bien, dicha facultad no puede vulnerar el principio de congruencia ni de defensa en juicio, debe ser ejercida con suma prudencia y con criterio estricto. Asimismo, no puede declararse la inconstitucionalidad de una norma si ello depende de cuestiones fácticas que no se encuentran claras en el proceso.

5.- La parte interesada debe precisar y acreditar los presupuestos fácticos sobre los que se apoya el planteo de inconstitucionalidad que formula.

6.- En cuanto a los intereses, conforme esta Cámara por intermedio de sus tres Salas, ha señalado que los mismos debe computarse a partir de la fecha del accidente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 11 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “NAUTO VERONICA BEATRIZ C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557”, (JNQLA5 EXP Nº 464325/2012), 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. 249/257 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. a abonar la suma de $85.011 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la demandada en los términos del escrito de fs. 259/262, cuyo traslado es respondido a fs. 270/272.

II.- Dos son los agravios formulados por el quejoso.

El primero se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de oficio del artículo 12 de la ley 24.557 que entiende improcedente por no haber sido deducida por el actor, y en consecuencia, violarse el principio de congruencia y afectándose el derecho de defensa.

El segundo agravio alude a la fecha a partir de la cual se calculan los intereses, ya que no estaba en mora a partir de la fecha tomada.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones, señalo que la expresión de agravios no puede ser considerada desierta, tal como postula la actora, toda vez que contiene crítica suficiente a la sentencia.

En relación al primer agravio, considero que asiste razón al quejoso.

Tal como he señalado en reiteradas oportunidades en relación a la inconstitucionalidad de oficio de una norma, entiendo que en el caso concreto en análisis dicha facultad excede la potestad del juez produciéndose una violación del principio de congruencia y defensa en juicio.

Así sostuve:

"II.- Posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de una norma.

Principio por señalar que, en mis comienzos, sostuve una postura amplia en relación a la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, tanto en la Cámara como integrando el Tribunal Superior de Justicia.

Sin embargo, el paso del tiempo y en especial la lectura de los precedentes jurisprudenciales de los jueces activistas, sumado a las atinadas reflexiones del Dr. Alvarado Velloso y en especial de la Dra. Meroi (a riesgo de no haberlos interpretado adecuadamente), como asimismo los distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, me han llevado a ser restrictivo en relación al tema pero, en general, sin negar la posibilidad de dicha facultad del Poder Judicial.

Reafirmo entonces que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica.

Ahora bien, ello no significa que los jueces puedan hacerlo siempre, en todo litigio y a su voluntad.

En primer término se debe respetar el principio de congruencia y el de defensa en juicio y en caso contrario no puede ejercerse dicha facultad.

Así ha dicho recientemente la Corte Suprema en la causa "Mansilla" del seis de marzo del corriente año:

Por cierto, en la pieza procesal aludida —de modo inequívoco— el demandante describió de manera precisa cuáles podían ser los límites a imponer a su remuneración: 1º) los derivados del fallo "Vizzoti" de esta Corte; 2º) los que surgen de la resolución 1970/2008 —aplicable a los viajantes de comercio— y 3º) los derivados de la resolución 1140/2008 —relativa a los agentes de propaganda médica—. Seguidamente y sobre la base del principio "in dubio pro operario", el actor efectuó un cálculo de su crédito según la mencionada resolución 1140/2008, por resultar la "más favorable", entre todas las planteadas (fs. 17 vta.).

De tal modo, lo resuelto acerca de la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis, lo cual es inconcebible dentro de una racional administración de justicia, según clásica definición dada por esta Corte hace más de cincuenta años en la causa "Estrada, Eugenio" (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (T.471.XLVII "Tello, María Luisa c. Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ amparo", sentencia del 30 de abril de 2013).

7º) Que, al respecto, es del todo propicio evocar lo establecido en la causa R.401.XLIII "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", fallada por esta Corte el 27 de noviembre de 2012. En esa oportunidad, se expresó que "el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros", citados en el considerando 12 de la sentencia examinada). Se enfatizó que "el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que se irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos

argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación". En este sentido —se remarcó— "se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera". Como puede apreciarse, "el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control" (considerando 13 voto de la mayoría, cit., énfasis agregado).

8º) Que todo lo anterior, sumado a las claras directrices del precedente recién transcripto, imponen la descalificación del pronunciamiento impugnado como acto jurisdiccional válido, toda vez que la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado. Ha traspuesto, así, el campo de actuación que le es propio, sustituyéndose en la voluntad de una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria (Fallos: 331:2578, entre otros).

En tales condiciones resulta admisible la tacha de arbitrariedad que se apoya en las circunstancias señaladas, pues se verifica que la sentencia carece de argumentos serios y que los derechos constitucionales invocados guardan nexo directo o inmediato con el resuelto, según lo exige el art. 15 de la ley 48.

Y la Dra. Argibay indica en el punto 6 de su voto:

6º) Dadas así las cosas, se advierte que el pronunciamiento de la cámara que fijó la indemnización por antigüedad sin el tope del art. 245 de la LCT implicó ir más allá de su competencia puesto que se pronunció sobre un punto que ni siquiera había sido objeto de reclamo —por el contrario se había aceptado concretamente su aplicación—, lo cual implicó la afectación del derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) de la empresa demandada en violación al principio de congruencia y defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).

Respeto entonces, al principio de congruencia y defensa en juicio como requisito previo a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Desde otra perspectiva, la declaración de inconstitucionalidad sólo debe ser posible en último término, cuando no hay mas remedio, o lo que es lo mismo, la "última ratio" del orden jurídico, de tal manera que solamente puede ejercerse la facultad cuando exista una estricta necesidad, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 303:531, 305:1304, 307:531, entre muchos otros).

También, debo reconocer, que en el tema específico seguiré la postura que resulta de los artículos "Facetas inconstitucionales del control de constitucionalidad de oficio" de Carlos J. Laplacette (El Derecho, suplemento de derecho constitucional de mayo del 2.009), "El orden público y el control constitucional de las leyes" de Horacio de la Fuente (La Ley, 2005, A, 9602) y un trabajo de Roxana Mambelli sobre "Límites al ejercicio del control de constitucionalidad de oficio" (Colección Zeus - Doctrina publicada en el boletín Zeus Nº 10712 el 21/07/2008) que me fuera remitido por la Dra. Meroi (a quien nuevamente reitero mi agradecimiento).

Entiendo que el ejercicio de la facultad oficiosa se funda, tal como lo señalara, en que se trata de una cuestión jurídica y que por imperio del iura novit curia los jueces deben aplicar solo el derecho válido, con independencia del derecho invocado por las partes, ya que de lo contrario la supremacía constitucional no sería de orden público. Esto es, se considera que se trata de una cuestión puramente jurídica. Ello, claro está, sin modificar el contenido de la pretensión.

Sin embargo, a veces la cuestión jurídica involucrada no es tan clara y depende de presupuestos fácticos.

Así, en el trabajo de Laplacette se indica que la diferencia entre cuestiones de hecho y de derecho es notablemente artificiosa.

Y señala que "reconoce Gordillo al comentar "Banco Comercial de Finanzas" que "a pesar de la insistencia del Tribunal en que esto es una cuestión de derecho, no de hecho, no puede evitar referirse a los hechos, lo cual resulta evidente en el voto disidente del Presidente. No puede declararse la inconstitucionalidad por arbitrariedad, desproporción, desviación de poder, etc., sin una indispensable fundamentación fáctica" (Gordillo, Agustín, "La progresiva expansión del control constitucional de oficio", LL-2004-E-1231, citado por el autor que estoy siguiendo).

Continúa el autor citado afirmando que "de allí que considere falsa la premisa de afirmar que la constitucionalidad de una norma es siempre una cuestión de puro derecho. Puede serlo en muchos casos, lo reconozco. Pero en muchos otros supuestos la inconstitucionalidad de la norma no puede ser apreciada si no se toman en cuenta distintos datos fácticos sobre los cuales debe permitirse a las partes expresar su opinión". Y precisamente, por no encontrarse en discusión la constitucionalidad de la norma, las partes podrían afirmar –con toda razón- que de haber sabido que la discusión versaba sobre esa temática, hubieran producido ciertas pruebas que fueron omitidas precisamente por no haber tenido noticias de la disputa constitucional".

De acuerdo a lo expuesto si la inconstitucionalidad de una norma depende de determinados presupuestos fácticos no obrantes en la causa, la inconstitucionalidad de ella no puede ser declarada de oficio toda vez que ello afectaría el derecho de defensa en

juicio.

Hay también otra hipótesis que obsta al ejercicio de dicha facultad.

Señala la doctrina que sustenta la declaración de oficio, que una vez que se acepta el iura novit curia el juez debería declarar la inconstitucionalidad con prescindencia de quién es el favorecido por la declaración y aún en contra de la voluntad manifestada por la parte.

Pero, como afirma Laplacette, si el juez extendiera el iura novit curia hasta el límite de hacerlo colisionar con la libertad individual, lejos de aplicar el derecho, lo que estaría haciendo sería precisamente lo contrario.

La declaración de inconstitucionalidad de oficio y aún en contra de la voluntad de las partes, es completamente acorde con la posición de quienes sostienen que la totalidad de las cláusulas constitucionales son de orden público y que no les es dado a los particulares la posibilidad de renunciar a ninguno de sus beneficios.

Pero dicha afirmación no es acorde con nuestro derecho ya que la Constitución Nacional reconoce una enorme cantidad de libertades que son perfectamente disponibles, a cuyo ejercicio la parte puede renunciar libremente.

Así, Laplacette indica que si un exportador creyera que las retenciones dispuestas por resolución ministerial no son inconstitucionales, pero advirtiera que han sido mal liquidadas y desea recurrir a la justicia para que se le devuelva lo percibido en demasía, ¿deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de las retenciones por violar el principio de legalidad tributaria?. O una persona que ejecuta una deuda en dólares alcanzada por las leyes de emergencia, pero sin cuestionar dicha normativa, ya que solamente quiere que se le abone lo adeudado conforme dicha legislación, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de las normas que imponen la pesificación?.

Entendemos que la respuesta debe ser negativa, ya que si alguien no tiene intención de reclamar la aplicación de un derecho constitucional disponible, el Poder Judicial no tiene por qué obligarlo a que así lo haga.

Esta posición también ha sido sostenida por Miguel Padilla en su artículo “El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad” (LL-1984-C-320) para quien “la constitución declara derechos subjetivos y por serlo, naturalmente es a sus titulares a quienes toca resolver si renunciarán o no, tanto en forma total como parcial, a ejercerlos con es espíritu que inspira la Ley Fundamental. . . es menester insistir en que la idea misma de libertad encierra la posibilidad de no usarla, no advierto, pues, como esta subjetiva decisión puede configurar una lesión al orden público constitucional.

En consecuencia, la norma deberá ser declarada inconstitucional, aún en contra de la voluntad de las partes cuando se encuentren en juego determinados elementos esenciales del régimen constitucional, pero no cuando se trate de derechos disponibles.

En definitiva: la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una facultad legítima de los jueces que puede y debe ser ejercida con independencia del derecho invocado por las partes en su momento. Ahora bien, dicha facultad no puede vulnerar el principio de congruencia ni de defensa en juicio, debe ser ejercida con suma prudencia y con criterio estricto. Asimismo, no puede declararse la inconstitucionalidad de una norma si ello depende de cuestiones fácticas que no se encuentran claras en el proceso.

Por último, la facultad aludida no es procedente en el supuesto de tratarse de derechos disponibles.” (v. “MENDEZ AMADO DEL CARMEN C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557”, Expte. Nº 401805/2009, entre muchos otros).

En el caso de autos, la jueza entiende que el artículo 12 de la Ley de riesgos es inconstitucional mediante la simple comparación entre la determinación del IBM, conforme lo dispone la ley citada y el resultado a que se hubiera arribado en el supuesto de tener en cuenta los salarios percibidos con posterioridad al accidente.

En tal sentido y tal como se señaló en la causa “Curifuta” del 9 de febrero del corriente año y al adherir a la postura del Dr. Pascuarelli, señalamos que:

“En el caso, no se comparte dicha solución por cuanto ese monto corresponde a la fecha de la sentencia, no tiene relación con el período inmediato anterior al accidente, más allá de no corresponder al sujeto a cotización el año anterior, y no se relaciona con el devengado por la trabajadora en ese período ni tampoco con el salario mínimo vital y móvil durante el mismo (que era de $ 1.840 y luego de $ 2.300, Res. 2/10 y 2/11, inferior a los $ 2.714,37 determinados conforme el art. 12 de la LRT). Además, debemos considerar que la actualización se produce desde la fecha del accidente con la aplicación de intereses con la tasa activa del BPN, así como también que se efectuó el reclamo indemnizatorio dentro del sistema de la LRT.

Al respecto, en el mismo precedente citado en la sentencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “Que, en tal sentido, cabe recalcar la jurisprudencia de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de ultima ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de

estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304).”

“En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad” (CS 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, LA LEY 30/11/2012, 30/11/2012, 5 - LA LEY2012-F, 559 - LA LEY 11/12/2012, 11/12/2012, 7 - LA LEY 19/12/2012, AR/JUR/60694/2012).

Entonces, la diferencia señalada en la sentencia no surge de la fórmula establecida en el texto legal sino de considerar el salario mínimo vital y móvil de septiembre de 2016, es decir cinco años posterior al siniestro que se produjo en febrero de 2011, cuando el determinado conforme las pautas del art. 12 de la LRT era superior al salario mínimo vital y móvil de ese período, por lo cual, teniendo en cuenta además la aplicación de la tasa activa de intereses para la actualización del monto y que se trata de un reclamo dentro del sistema de la LRT, tampoco se comparó con una indemnización extrasistémica, por lo que no se aprecia la irrazonabilidad de la disposición establecida por el legislador para la declaración de inconstitucionalidad en el caso.”

Asimismo, destaco que comparto la postura sustentada por los colegas de la Sala I cuando la Dra. Pamphile manifiesta en los autos “IZZO CARLOS ANDRES c/ ASOCIART ART S.A. s/ RECURSO ART. 46 LEY 24557” (JNQLA5 EXP. 464590/2012): “4. Diferencia entre aquéllos supuestos y el caso de autos.

En los términos en que ha sido efectuada la declaración de inconstitucionalidad, no se compadece con las circunstancias debatidas y acreditadas en el caso.

Lo central y determinante en los casos en que me he pronunciado a favor de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, radicó en la circunstancia de que la irrazonabilidad de la solución –en términos constitucionales- surgía ostensible al producirse una merma que superaba holgadamente al 33% (en aplicación de la doctrina de la confiscatoriedad de la CSJN). Y esta merma surgía claramente de las propias constancias de la causa, en forma palmaria, mediante el recurso de acudir a un simple cálculo aritmético.

Valga como ejemplo, la causa: “CASTILLO ULISES ARIEL c/ PREVENCIÓN ART S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART” (Expte. N° 369.736/08), en la que señalaba: “determinada la incapacidad en un porcentaje del 23,59%, la aplicación del tope determinaría una indemnización de $42,462,00 contra la suma de $ 112.728,37, que resulta de no aplicarse el mentado tope. El contraste es palmario…” (ver también los desarrollos efectuados en la causa “DURAN JOSE ANGEL C/ ORBANICH RICARDO S/ACCIDENTE LEY”, Expte. Nº 335177/6, entre tantos otros).

4.1. Sin embargo, estas circunstancias no se presentan en el caso de autos: A diferencia de esos casos, en los que declaramos de oficio la inconstitucionalidad del tope establecido en el decreto 1278/00, operando integrativamente como piso, en los términos del decreto 1694/9, en éste, la cuestión constitucional no emerge notoria y patente: No se puede advertir a partir de un simple cálculo aritmético comparativo, realizable a partir de las constancias existentes en la causa.

Y desde allí, que sea necesario, que la cuestión sea objeto de concreto y serio planteamiento y, además y fundamentalmente, que se acredite en concreto, de qué modo se produce la afectación constitucional.

Es que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto exige que el planteamiento presente un grado de acreditación serio e indubitado, de modo tal que queden explicitados a partir de las pruebas –rendidas y controladas- los argumentos que dan base a la declaración.

En definitiva, en supuestos como el de autos, la parte interesada debe precisar y acreditar los presupuestos fácticos sobre los que se apoya el planteo de inconstitucionalidad que formula.

En este contexto -y sin que ello implique anticipar un criterio de fondo sobre la validez constitucional de la norma impugnada-, el agravio debe ser receptado, toda vez que el control de constitucionalidad no constituye un remedio en el mero interés de la Constitución: Para que pueda tener andamiento, es imprescindible la existencia de un perjuicio jurídico concreto derivado de la aplicación del precepto legal tachado de inconstitucional, lo que no ha sido planteado, ni demostrado por el reclamante, ni surge incontrastable de los elementos introducidos y debatidos en la causa.

Debo insistir en que la declaración de inconstitucionalidad de una norma supone siempre que se haya demostrado una vulneración a los derechos del reclamante, de forma tal que el agravio se presente como cierto.

Es que, como ha dicho reiteradamente la CSJN, las declaraciones de inconstitucionalidad no pueden sostenerse en consideraciones dogmáticas; en términos de Lorenzetti, no podrá declararse la inconstitucionalidad si de las constancias de la causa, no surgen elementos que permitan advertir claramente el perjuicio, lo cual solamente surgiría de la demostración que el afectado haga, comparando el resultado final al que se arriba por la aplicación integral de la normativa impugnada, en relación a aquél que arrojaría el mecanismo que se proponga como adecuado (cfr. Fallos 307:531 y 1656, en E 282, XL “Electrodomésticos Aurora”).

Y en igual línea, la CSJN señaló: "…En cambio, el remedio federal es procedente en los demás términos en que ha sido promovido, pues si bien es cierto que la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes constituyen extremos de índole fáctica y procesal ajenos al recurso extraordinario, ello no impide admitir la apertura del recurso federal cuando la sentencia impugnada traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal con menoscabo de garantías consagradas en la Constitución Nacional. Como tuvo oportunidad de señalar la Corte en Fallos: 331:2578, "la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio, reclama el acatamiento del denominado principio de congruencia o correspondencia" (Fallos: 237:328; 256:504, entre muchos otros).

6º) Que, como se adelantó, la cámara sostuvo su decisión en "el replanteo" del "debatido" tema de los topes (fs. 2198) y argumentó profusamente —fs. 2198/2201— a favor de la inconstitucionalidad del mentado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, de tal suerte que consideró la remuneración del trabajador sin mengua alguna (fs. 2203). Tales razonamientos ignoraron que la plataforma fáctica del debate reclamaba considerar que el actor, al demandar, propuso la aplicación de un tope determinado (cfr. fs. 17/17 vta.).

Por cierto, en la pieza procesal aludida —de modo inequívoco— el demandante describió de manera precisa cuáles podían ser los límites a imponer a su remuneración: 1º) los derivados del fallo "Vizzoti" de esta Corte; 2º) los que surgen de la resolución 1970/2008 —aplicable a los viajantes de comercio— y 3º) los derivados de la resolución 1140/2008 —relativa a los agentes de propaganda médica—. Seguidamente y sobre la base del principio "in dubio pro operario", el actor efectuó un cálculo de su crédito según la mencionada resolución 1140/2008, por resultar la "más favorable", entre todas las planteadas (fs. 17 vta.).

De tal modo, lo resuelto acerca de la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis, lo cual es inconcebible dentro de una racional administración de justicia, según clásica definición dada por esta Corte hace más de cincuenta años en la causa "Estrada, Eugenio" (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (T.471.XLVII "Tello, María Luisa c. Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ amparo", sentencia del 30 de abril de 2013).

7º) Que, al respecto, es del todo propicio evocar lo establecido en la causa R.401.XLIII "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", fallada por esta Corte el 27 de noviembre de 2012. En esa oportunidad, se expresó que "el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros", citados en el considerando 12 de la sentencia examinada). Se enfatizó que "el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que se irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación". En este sentido —se remarcó— "se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera". Como puede apreciarse, "el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control" (considerando 13 voto de la mayoría, cit., énfasis agregado).

8º) Que todo lo anterior, sumado a las claras directrices del precedente recién transcripto, imponen la descalificación del pronunciamiento impugnado como acto jurisdiccional válido, toda vez que la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado. Ha traspuesto, así, el campo de actuación que le es propio, sustituyéndose en la voluntad de una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria (Fallos: 331:2578, entre otros)…" (cfr. CSJN, Mansilla, Carlos Eugenio c. Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/ despido • 06/03/2014 , Publicado en: IMP 2014-5, 187 • DT 2014 (mayo), 1194 Cita online: AR/JUR/1691/2014).

Insisto, entonces, en que lo que resulta sustancial para que sea procedente la descalificación constitucional de una norma es que, en el pleito, quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto, en la medida en que, su aplicación, entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución. (cfr. Scotti, Héctor Jorge, "Los límites a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio", Publicado en:

DT 2014 (mayo), 1194 • Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (junio), 9).

Y esto, no acontece en el caso: No desconozco la existencia de pronunciamientos judiciales y de profusa doctrina que se inclina por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 de la LRT.

Sin embargo, tal inconstitucionalidad ha sido fundada en diferentes causales que requieren, en mi criterio, de debido planteamiento y acreditación en el expediente para salvaguardar el debido proceso, fundamentalmente, en su aspecto de resguardo a la garantía de defensa en juicio.

Lejos de ello, el razonamiento efectuado por la magistrada irrumpe en forma sorpresiva, realizándose una comparativa que, al no brindar parámetros objetivos en punto a su elección, se presenta como producto de una elección arbitraria.

En este sentido, nada se pondera –ni surge de las constancias de la causa- en punto a la efectiva depreciación de los valores en el período comprometido y el tenor de la insuficiencia de la tasa activa para paliar estos efectos (más que una alusión de corte dogmático por carencia de sustento probatorio); tampoco se indica en concreto, cual ha sido la variación salarial generada en el período, ni ya, sobre otra línea de análisis, cómo, en el caso, el IBM utilizado vulnera el concepto de salario por el argumento del art. 103 de la LCT; 1 del Convenio 95 de la OIT y 14 bis de la Constitución Nacional.

Nada de esto ha sido objeto de oportuna introducción, debate y prueba en el proceso.

En definitiva y como indicaran mis colegas:

"…Entonces, la diferencia señalada en la sentencia no surge de la fórmula establecida en el texto legal sino de considerar el salario mínimo vital y móvil de septiembre de 2016, es decir cinco años posterior al siniestro que se produjo en febrero de 2011, cuando el determinado conforme las pautas del art. 12 de la LRT era superior al salario mínimo vital y móvil de ese período, por lo cual, teniendo en cuenta además la aplicación de la tasa activa de intereses para la actualización del monto y que se trata de un reclamo dentro del sistema de la LRT, tampoco se comparó con una indemnización extrasistémica, por lo que no se aprecia la irrazonabilidad de la disposición establecida por el legislador para la declaración de inconstitucionalidad en el caso. En sentido concordante recientemente se sostuvo: "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." (cfr. "CURIFUTA LILIANA NOEMI C/ HORIZONTE CIA ARG SEG GR SA S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. JNQLA5 Nº 471760/2012)."

Por las razones expuestas, es que entiendo pertinente el recurso, y en consecuencia, se desestimará la inconstitucionalidad de oficio del artículo 12 de la Ley de riesgos, debiendo reducirse el monto de condena a la suma de $54.862.

En cuanto a los intereses, conforme esta Cámara por intermedio de sus tres Salas, ha señalado que los mismos debe computarse a partir de la fecha del accidente siguiendo el precedente citado por la jueza.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se haga lugar parcialmente el recurso deducido, y en consecuencia, reducir el monto de condena a la suma total de $54.862, confirmando lo que se refiere al momento a partir del cual deben computarse los intereses.

Costas de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelve.

Los honorarios se regularán 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.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 249/257, y en consecuencia, reducir el monto de condena a la suma total de $54.862, confirmándola en lo que se refiere al momento a partir del cual deben computarse los intereses.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento la forma en que se resuelve.

III.- Regular los honorarios profesionales en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, se fije para cada uno de los letrados intervinientes (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

**"LOPEZ PEDRO GUSTAVO C/ HSBC BANK ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 503875/2014) – Sentencia: 74/17 – Fecha: 20/04/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: DAÑOS Y PERJUICIOS.

BANCO. CREDITO PERSONAL. PRODUCTO CUENTA CORRIENTE. CANCELACION DEL CREDITO. SALDO DEUDOR. DEBER DE INFORMACION. DAÑO MORAL. EXTENCION DE LA CONDENA. REPARACION INTEGRAL. CIERRE DE LA CUENTA CORRIENTE. QUITA DE LA DEUDA.

La sentencia que condena al banco a reparar el daño causado –se hizo lugar al reclamo por daño moral- por la apertura de una "cuenta corriente" cuando el actor tomó un crédito con la entidad demandada, el que canceló en tiempo y forma, deberá imprescindiblemente incluir en la condena, la obligación de cierre de la referida cuenta corriente y la quita de la deuda que pueda permanecer impaga. Ello es así, pues la reparación no resultaría integral si no se dejara sin efecto la deuda que se encuentra acreditada, la cual y como ya fuera detallado se fue conformando de una manera abusiva y sin que el deudor hubiera tenido conocimiento. Asimismo y tratándose de un saldo de cuenta corriente, que le permite al Banco con la sola emisión de un certificado de cierre de cuenta y saldo deudor el recurso a la acción ejecutiva, la condena al Banco a que cierre la cuenta y quite la deuda así conformada resulta parte ineludible de la condena para que el patrimonio del deudor no se vea afectado.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 20 de abril de 2017.
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "LOPEZ PEDRO GUSTAVO C/ HSBC BANK ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES", (JNQCI6 EXP Nº 503875/2014), 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, haciendo lugar parcialmente a la demanda, decisión que es apelada por el actor.
Agravia al accionante que la decisión no haya tenido por acreditado el incumplimiento al deber de información que diera sustento a su pretensión.
En ese sentido critica que se haya tenido en cuenta su actuación ante la instancia administrativa de defensa del consumidor, ámbito al cual concurrió sin sustento técnico legal y sin patrocinio, de modo tal que sus manifestaciones no pueden constituir plena prueba.
Agrega que la jueza no tuvo en cuenta que se trata de una relación contractual de adhesión y que, en ese marco la contratación de

la cuenta corriente al solicitar un crédito no le resulta oponible a su parte, toda vez que el banco no probó que el accionante hubiera tenido conocimiento pleno del contenido del contrato de adhesión.

Insiste en que resulta improcedente tener en cuenta las manifestaciones vertidas en sede administrativa pues al hacerlo, la Jueza se aparta del principio de informalismo en esa materia el cual está orientado a proteger al particular para que no se vea afectado por cuestiones meramente procesales, agregando además que, ante la duda acerca de exigencias formales la interpretación debe ser a favor del administrado.

En esa senda expresa que debe tenerse especial consideración que la ley 24.240 recepta el criterio de la interpretación más favorable al consumidor como protección a la parte más débil de la relación.

Manifiesta que los actos a los cuales la Jueza le da entidad para afirmar que su parte tenía conocimiento de la apertura de la cuenta corriente, son posteriores al hecho ocurrido en el cajero automático, todo lo cual ha llevado a que aquella omita tener en cuenta desde cuando y de qué manera tomó conocimiento de la circunstancia alegada.

En segundo lugar se agravia por el rechazo de la pretensión de quita de la deuda originada en la cuenta corriente pues indica que la infracción al deber de información sobre el que se basara la demanda abarca las tres etapas del negocio: antes, durante y con posterioridad a la contratación.

Alude a dos principios rectores del derecho de consumo: el in dubio pro consumidor y la facultad del Juez de aplicar la carga dinámica de la prueba, la cual establece que, siendo el proveedor quien en la mayoría de los casos está en mejores condiciones de probar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, circunstancia ésta última que deberá hacerse valer en caso de duda acerca de la responsabilidad, la aplicación de normas o casos de vacío legal.

El quejoso así, considera que el incumplimiento del deber de información acerca del funcionamiento y estado de la cuenta constituye una consecuencia inmediata que amerita que se haga lugar a la pretensión respecto al cierre de la cuenta corriente y la quita de la deuda.

Solicita se revoque parcialmente la sentencia y se tenga por acreditado el incumplimiento del deber de información, de modo tal que siendo la deuda una consecuencia de aquella situación se haga lugar al pedido de quita de la totalidad de la deuda.

Corrido el traslado, la demandada nada dice de modo tal que las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

II.- Se inicia la presente afirmando el actor que en razón de desempeñarse como empleado de Casino Magic Neuquén S.A sus haberes son depositados en una cuenta sueldo del Banco HSBC Bank Argentina.

A raíz de ello el Banco lo contactaba en ocasiones para ofrecerle distintos servicios, y así en el año 2005 accedió a un crédito que luego de haber sido ampliado, culminó de abonar en el año 2.011, ocasión en que le bonificaron tres cuotas por buen cumplimiento.

Expresa que en el año 2013 al acudir al cajero automático, pulsa por error la opción “Cuenta Corriente” y allí advierte un saldo deudor de $ 7.024 por lo que recurre al día siguiente a solicitar explicaciones a la entidad bancaria.

Allí, solicita copia del contrato y de la constancia del envío de resúmenes a su domicilio, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 4 de la ley de

Defensa al Consumidor que se refiere a la información debida al consumidor. Con ello, recurre a la ofician de Defensa al Consumidor de la ciudad de Neuquén quien luego del procedimiento administrativo, resuelve multar a la entidad bancaria decisión que apelada por ésta y es luego confirmada por el Juzgado Civil N° 1 de esta ciudad.

Luego y en el marco de la presente, expresa que el Banco no sólo omitió brindarle información acerca de la apertura de la cuenta corriente, sino que tampoco envió los resúmenes a su domicilio incumpliendo así el deber de información durante la ejecución del contrato el cual, destaca, nunca celebró.

El Banco demandado niega los hechos así expuestos y afirma que el actor mantiene una deuda de $ 13.758,18 por movimientos en la cuenta corriente, con origen en un saldo deudor de $ 4.307,22 del 28 de febrero de 2.013.

Pues bien, la sentencia de grado hace lugar parcialmente a la demanda en el entendimiento que la demandada no incurrió en violación al deber de información en cuanto a la apertura de la cuenta corriente, aunque sí lo hizo respecto al funcionamiento y estado de la misma, pues no logró acreditar que efectivamente le hubiera enviado los resúmenes de cuenta al actor.

A partir de ello, se hace lugar al reclamo por daño moral, rechazándose los rubros daño emergente, daño punitivo y el pedido de que se ordene el cierre de la cuenta corriente junto a la quita de la deuda generada.

Esto es lo que trae al actor a esta instancia, pues la Jueza expresa que el accionante se limita a mencionar ésta última pretensión, sin embargo señala que ese reclamo no fue suficientemente desarrollado y fundado, y tampoco resultaba evidente que esas pretensiones pudieran ser consecuencia inmediata o necesaria del incumplimiento del deber de información.

Expuesta así la cuestión entiendo que el agravio debe prosperar, pues sin perjuicio de que al interponer la demanda este último

perjuicio no fue incluido en el capítulo “Rubros reclamados” lo cierto es que sí fue reclamado y propuesto.

Así expresaba el actor: “Sumado a todo lo expuesto, téngase presente que conforme surge del informe veraz que se adjunta al presente se puede notar que el mismo informa una cuenta corriente a mi nombre en HSBC Bank Argentina S.A con una deuda total de pesos once mil ochocientos cincuenta y siete con 00/100 ($ 11.857,00)” –fs. 19-

Cuando la demanda contesta -fs. 85- sostiene: “Lo cierto es que el Sr. Gustavo Pedro López, registra una deuda que asciende actualmente a una suma estimada de $ 13.758,18 con origen en un saldo deudor de 4.307,22, por movimientos en la cuenta corriente originado el 28.02.13”

De lo expuesto surge que es la propia demandada la que reconoce la existencia de esa deuda, aunque claro está pretende no ser responsable de la misma, reclamando que continúe en cabeza del actor.

Es importante destacar que de la compulsa de la documentación que acompañara la demandada, que abarca los movimientos de cuenta del actor, desde el 1 de noviembre del año 2008 hasta el 1 de marzo de 2015 surgen un par de circunstancias que resultan dirimentes para otorgarle la razón al actor.

En primer lugar, la información indica, bajo el título: “Extracto del 01/11/2008 al 30/11/2008” como saldo anterior $ 0,00 y luego, como saldo actual $ 0,40. A poco de leer cómo se compone ese saldo aparece: “I.V.A”; “Interés cobrado”, al mes siguiente el rubro es “Interés cobrado”, seguidamente: un débito automático de $142,95 el cual se refiere a “Imp. Ley 25.413 d/Debito automático”; se repite: “Interés cobrado e IVA” y así sucesivamente el saldo se va conformando con distintos importes que van capitalizándose y generando nuevos intereses, hasta llegar a la suma de $ 4.307,22 en febrero de 2.013, momento en el cual el actor advierte la existencia de la deuda.

De la lectura de los resúmenes surge que la afirmación de la demandada acerca de que la deuda de $ 13.758 tiene origen en un saldo deudor de 4.307,22 es una interpretación parcial de la documentación, pues lo cierto es que el inicio es un débito de 0,40 centavos que se fue incrementando exponencialmente, por lo que es posible afirmar que el saldo que arroja la cuenta al 1° de noviembre de 2014, repite en su composición partidas similares a las antes descriptas y que resultan subsumibles en el concepto de intereses y capitalizaciones.

En ese sentido, encuentro acreditado que la suma así conformada se origina en un actuar unilateral del banco que no fue informado al actor y que impidió a éste cualquier oportunidad de impugnar su composición.

La impugnación que no pudo efectuar a raíz de la falta de información en la que incurrió el banco, es ejercida a través de la presente, encontrándose así debidamente acreditado tanto el daño en el patrimonio del deudor –con una deuda de $ 13.758 al momento de contestar la demanda la accionada- como la actitud contraria al deber de buena fe en la ejecución del contrato que supone el incumplimiento del deber de información, aspecto que ha venido firme a esta instancia.

En un antecedente de esta Sala, hemos señalado: “La conducta de las entidades financieras debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada, pues dado su carácter de comerciantes profesionales con alto grado de especialización y colector de los fondos públicos con superioridad técnica sobre sus clientes, están obligados a conducirse con prudencia y pleno conocimiento de su objeto haciendal” (“Fernández Drago, Rosario H. c. Bank Boston N.A. - 21/12/2005 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B - LA LEY 2006-E , 81 -Cita online: AR/JUR/7668/2005) (“CANELO DARIO LUIS CONTRA HSBC S.A. S/ D. Y P X RESP. CONTRAC. PARTICULARES”, (Expte. Nº 401833/2009) 20/5/14)

Continuábamos: “Bajo esa pauta y aun cuando no se encuentre controvertida la suscripción del formulario de apertura del producto “cuenta corriente”, analizado el legajo del actor en la entidad bancaria es claro que el actor nunca tuvo intención de tener una cuenta corriente bancaria para operar y que la adhesión por parte de Canelo a que se abriera una cuenta corriente junto con la caja de ahorro partió de un inadecuado cumplimiento del deber de información por parte del banco.”

De esta manera es posible concluir en el presente en términos similares, pues aquí tampoco el actor tuvo la real intención de abrir la cuenta corriente, y los únicos débitos en ésta se refieren a servicios financieros que debitaba el banco, capitalizaba y luego volvía a generar intereses.

Así, reitero, encuentro acreditada la configuración del daño, y la imputación del mismo al actuar del banco demandado, resultando imprescindible incluir en la condena, la obligación de cierre de la cuenta corriente y la quita de la deuda que pueda permanecer impaga.

Como señalara, en el cumplimiento de la obligación que le cabe a la demandada es imprescindible recordar que a la actividad desempeñada por los bancos, comerciantes profesionales, con alto grado de especialización, le resulta exigible una diligencia y una organización específica, acorde con el manejo de fondos de la población y ello debe regirse bajo un parámetro de responsabilidad agravada.

Esta responsabilidad agravada, impone una consideración exhaustiva de las circunstancias que rodean el conflicto y que en el

caso de autos encuentro suficientemente acreditado y permiten hacer lugar al agravio.

Sin perjuicio de todo lo dicho, y con respecto a la afirmación de la jueza acerca de que el actor conocía la existencia de la cuenta, es útil señalar que la aceptación incondicionada que supone la firma de un contrato de adhesión, no debe llevar a afirmar lisa y llanamente, que el adherente sea vea obligado por todas su cláusulas, pues allí comienza a jugar justamente la directiva legal que impone la protección de la parte más débil de la relación.

En ese elenco de protección, la anulación de cláusulas abusivas o como en este caso la condena por incumplimiento al deber de información, son herramientas a las que resulta ineludible recurrir.

En el presente, y aun cuando no se le reproche al actor que pudo conocer la apertura de la cuenta corriente, lo cierto es que la aplicación de tasas y cargos tales como, seguros de vida, e impuestos que van generando más intereses y capitalización de los mismos, sin brindar una información //clara y acabada de su funcionamiento, debe ser objeto de condena.

Sin embargo, la reparación no resultaría integral si no se dejara si efecto la deuda que se encuentra acreditada, la cual y como ya fuera detallado se fue conformando de una manera abusiva y sin que el deudor hubiera tenido conocimiento.

Asimismo y tratándose de un saldo de cuenta corriente, que le permite al Banco con la sola emisión de un certificado de cierre de cuenta y saldo deudor el recurso a la acción ejecutiva, la condena al Banco a que cierre la cuenta y quite la deuda así conformada resulta parte ineludible de la condena para que el patrimonio dl deudor no se vea afectado.

En consecuencia y por las razones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso del actor modificando la sentencia, condenando a la demandada a cerrar la cuenta corriente y dar por cancelado cualquier saldo que pudiera mantener el actor en razón de la operatoria de la cuenta corriente, de conformidad a lo expuesto precedentemente, respecto a las costas, se impondrán al demando vencido (art. 68, CPCyC).

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 de fs. 192/196 debiendo proceder la demandada al cierre de la cuenta corriente del actor y a la cancelación del saldo que pudiera registrar a la fecha.

II.- Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68, C.P.C. y C.).

III.- Regular los honorarios de los Dres. ... y ..., patrocinantes del actor por su desempeño en la presente instancia en el 30 % de lo regulado 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

**"ZEBALLOS VILLARROEL RAMON C/ JACR S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 418271/2010) – Sentencia: 75/17 – Fecha: 20/04/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

JUSTICIA PROVINCIAL. INCOMPETENCIA. EXTEMPORANEIDAD DEL PLANTEO. INDEMNIZACION POR DESPIDO. SAC SOBRE VACACIONES NO GOZADAS. CERTIFICADO DE TRABAJO. REQUERIMIENTO FEHACIENTE DEL TRABAJADOR. MORA DEL EMPLEADOR. PLAZO. RECHAZO DE LA MULTA. RETENCIONES INDEBIDAS. INTIMACION PREVIA. SANCION CONMINATORIA.

1.- Resulta tardío el planteo de incompetencia y nulidad de lo actuado efectuado por el codemandado Correo Oficial de la República Argentina SA, toda vez que no fuera esgrimido en la oportunidad procesal pertinente, y máxime, si en el caso concreto ya se ha dictado sentencia, por lo cual, se violan otros principios sustanciales que no pueden dejar de ser atendidos y considerados. (Del voto del Dr. Federico Gigena Basombrío).

2.- El SAC debe ser incluido en el rubro vacaciones no gozadas. (Del voto del Dr. Federico Gigena Basombrío).

3.- No es procedente la multa del artículo 80 de la Ley de Contrato de trabajo, no solo por cuanto esta Sala considera constitucional el decreto reglamentario 146/01, a lo que se agrega que no hizo el planteo constitucional en la etapa procesal oportuna introduciendo dicho tema recién en el escrito de apelación no obstante que no podía ignorar la vigencia de la norma al demandar. Al respecto y en forma reiterada hemos dicho sobre el tema en la causa 309732/4: "(…). En efecto, como bien señala la sentenciante, el decreto reglamentario 146/01 establece expresamente que para que sea procedente la sanción del artículo 80, párrafo citado, el trabajador debe intimar al empleador la entrega de los certificados luego de transcurridos treinta días de finalizada la relación laboral y siempre que durante dicho plazo no se le hubieran entregado las constanciaspertinentes". "En el caso se advierte que la intimación formulada por el actor fue realizada en el mismo telegrama por el cual se considera despedido, razón por la cual la misma resultó apresurada, como se señala en lasentencia".(Del voto del Dr. Federico Gigena Basombrío).

4.- Es procedente la multa del artículo 132 bis de la Ley de Contrato de trabajo, toda vez que se encuentra acreditada la retención de aportes, según informe de la AFIP y el trabajador cumplió con la intimación prevista por el decreto 146/01. En efecto, la norma mencionada, prevé el supuesto de retención de aportes por parte del empleador, con destino a los organismos de la seguridad social y que esos importes no hayan sido ingresados a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados. (Del voto del Dr. Federico Gigena Basombrío).

5.- Adhiero al voto del señor Vocal preopinante con la salvedad que entiendo que la inclusión en el reclamo administrativo del requerimiento de entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la LCT resulta la intimación formal suficiente que pide la norma citada. Sin perjuicio de ello, y conforme se señala en el primer voto, el requerimiento administrativo y su notificación a las demandadas es anterior al vencimiento del término de 30 días posteriores al despido, por lo cual la indemnización pretendida no es procedente. (Del voto de la Dra. Patricia Clerici).

6.- (…) si bien es cierto que el decreto n° 141/2001 presenta aristas cuestionables, no encuentro que altere sustancialmente la norma que reglamenta desde el momento que solamente precisa cuál es el momento en que se produce la mora del empleador, que torna operativa la sanción pecuniaria prevista en el art. 80 de la LCT, previo requerimiento fehaciente. (Del voto de la Dra. Patricia Clerici).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 20 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ZEBALLOS VILLARROEL RAMON C/ JACR S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES", (JNQLA1 EXP Nº 418271/2010), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 97/100 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a JACR S.R.L. y al Correo Oficial de la República Argentina SA a abonar la suma de $46.419 con más sus intereses y las costas del juicio.

A fs. 101/102 los letrados de la actora apelan sus honorarios, por cuanto no se tuvieron en cuenta los intereses en la base regulatoria.

A fs. 103/107 la actora deduce el pertinente recurso de apelación.

Se funda el mismo en que: 1) el SAC debe calcularse sobre las vacaciones no gozadas, 2) la procedencia de la multa del artículo 80 de la Ley de Contrato de trabajo, toda vez que el decreto 146/01 es reglamentario de la ley y no puede modificarla, 3) la procedencia de la multa del artículo 132 bis de igual normativa, ya que ha quedado acreditado la existencia de irregularidades en los aportes que debían efectuarse durante la vigencia de la relación laboral.

A fs. 118/123 el "Correo" apela la sentencia, dado que considera que no puede ser demandado en sede provincial por tratarse de un organismo nacional, siendo competente la justicia federal.

Los recursos son concedidos a fs. 173, respondiendo la actora a fs. 175/177.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas corresponde analizar, en primer lugar, el recurso interpuesto por la codemandada "Correo Oficial de la República Argentina SA", y al respecto, considero que el mismo no puede prosperar.

En primer término, se destaca que el planteo deducido por el aludido demandado relacionado con la nulidad de la notificación de la demanda ha sido desestimado al dejarse sin efecto dicho planteo a fs. 147, y sin que al respecto se dedujera recurso alguno, como bien lo puntualiza el juez de la causa a fs. 183.

Así y sin perjuicio de los fundamentos que esgrime el quejoso, lo cierto es que el planteo de incompetencia y nulidad de lo actuado resulta tardío, toda vez que no fuera esgrimido en la oportunidad procesal pertinente, y máxime, si en el caso concreto ya se ha dictado sentencia, por lo cual, se violan otros principios sustanciales que no pueden dejar de ser atendidos y considerados.

Al efecto, el Tribunal Superior de Justicia ha dicho en la causa 2827/09 del 22 de abril del 2.010 que:

IV.- Pero, más allá de la cuestión de competencia en razón de la materia aquí planteada -en la que asistiría razón al magistrado en su análisis- lo cierto es que el estado de las actuaciones determina que su declinación a favor de este Tribunal devenga improponible.

En efecto, no obstante que, una cuestión pueda corresponder a la competencia de este Tribunal, existe una excepción a la radicación ante esta sede.

Ello acontece, en supuestos en los cuales, la regla de la improrrogabilidad de la competencia cede frente a otros principios que guían la actuación procesal: preclusión, economía, celeridad, seguridad y certeza jurídicas.

Como lo ha indicado la CSJN, los principios de progresividad y preclusión impiden que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece; pues "… estos principios de progresividad como de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando que los procesos se prolonguen indefinidamente…" (Corte Suprema de Justicia de la Nación; 1968/11/29 "Mattei, Ángel").

Desde allí resulta "indubitable, pues, que por más que un tribunal advierta a posteriori que sustancialmente la pretensión no deba ingresar en su perímetro cognoscitivo, no puede manifestar su incompetencia ya avanzada la litis, sino que debe atenerse a los momentos que fija la ley adjetiva. Concretamente, y dentro del arsenal de reglas rituales… debe tenerse en cuenta el art. 4 del Cód. Procesal ("…siempre que de la exposición de los hechos resultare no ser de la competencia del juez ante quien se deduce, deberá dicho juez inhibirse de oficio") su art. 10 ("Recibido el oficio o exhorto, el juez requerido se pronunciará aceptando o no la inhibición") y el art. 352 del mismo Cuerpo Dispositivo ("Una vez firme la resolución que desestima la excepción de incompetencia, las partes no podrán argüir la incompetencia en lo sucesivo.

Tampoco podrá ser declarada de oficio")… La progresividad, la preclusión hacen que el proceso judicial deba avanzar siempre hacia su meta que es la sentencia, y no vuelva su mirada hacia atrás. Hay una constante superación de etapas; el "tiempo" de la declaración de incompetencia es al comienzo y no en el medio o al final" (cfr. Carnota, Walter F. "Los tiempos procesales y

constitucionales para la declaración de incompetencia", La Ley 1996-D-793, el resaltado nos pertenece).

Justamente, siguiendo esta línea de razonamiento, este Tribunal reiteradamente ha indicado que "la ley procesal fija oportunidades preclusivas para su alegación por las partes o para su declaración oficiosa por el juez, por lo que luego de pasadas estas etapas no puede alegarse incompetencia…" (cfr. RI 2187/99, R.I. 2761/01, R.I. N°1131/95, entre tantas otras).

En consecuencia, en los supuestos en los cuales se hayan tramitado, ante los jueces de Primera Instancia en lo Civil o Laboral, causas de competencia de este Tribunal y el trámite estuviera avanzado (entendiéndose por esto, pasadas las oportunidades en las que el Juez puede declarar su incompetencia, ya sea de oficio o a petición de parte por vía de excepción), su conocimiento corresponderá a los mismos."

Asimismo, en la causa 503391/2014 la Sala I sostuvo:

Desde este vértice, es central considerar que cuando "la competencia es prorrogable, la incompetencia sólo puede ser declarada por el órgano judicial que está entendiendo en el proceso al resolver una excepción de incompetencia o al aceptar una inhibitoria cursada por otro juez que se considera competente.

Eso es así porque, cuando está en juego una competencia prorrogable, literalmente no hay espacio para que un órgano judicial declare de oficio su incompetencia, es decir, para que declare de oficio que no le corresponde, según la ley, la competencia para conocer del caso…"

Por lo tanto, siendo que la competencia federal por razón de las personas funciona como prorrogable a favor de la justicia local "…si ante los jueces locales se plantea un asunto que por razón de las personas corresponde a la justicia federal, no pueden en ningún momento declararse incompetentes de oficio y sólo podrán declararse incompetentes si la parte demandada planteara oportunamente incompetencia por vía de declinatoria o inhibitoria" (cfr. Toribio E. Sosa, Competencia cuando una provincia es parte, Publicado en: LA LEY 06/03/2014, 4 LA LEY 2014-B, 12).

Por consiguiente, y toda vez que en las presentes actuaciones la demandada apelante no opuso en la oportunidad procesal pertinente la excepción de incompetencia, pese a estar notificada del proceso al haberse desestimado el planteo nulificatorio que dedujera, y que se ha dictado la pertinente sentencia, es que el planteo que formula resulta extemporáneo y, por ende, debe ser desestimado.

III.- a).- Con relación al primer agravio que se refiere a la procedencia del SAC sobre las vacaciones, hemos sentado postura en la sala acerca de su procedencia.

Así, en la causa 419895/2010 del 9 de febrero del corriente año sostuvo mi colega:

III.- Paso a analizar ahora las críticas de la parte actora referidas al rechazo del SAC sobre el rubro vacaciones no gozadas, y del agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25.323.

Conocida es la disparidad de criterios que se encuentra en la jurisprudencia respecto del cálculo del SAC sobre las vacaciones no gozadas.

Parte de los tribunales del trabajo coinciden con la posición de la a quo entendiendo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 156 de la LCT, el salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada, posee naturaleza indemnizatoria por lo que no corresponde el cálculo del SAC con motivo del cese del dependiente (cfr. CNAT, Sala VII, "Luna c/ Buenos Aires Embotelladora S.A.", 18/10/1996, DT 1997-A, pág. 964).

Sin embargo, y sin perjuicio del respeto que me merece la opinión de la jueza de grado, adhiero al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto a que el SAC debe considerarse para determinar la indemnización por vacaciones no gozadas, porque si bien esta suma tiene carácter indemnizatorio, debe ser equivalente al salario correspondiente, y aquél constituye un salario diferido (autos "Alonso c/ A.I.D.O.S.S.", 31/7/1984, LT XXXII, pág. 1.131). De otro modo, conforme lo sostienen Juan Carlos y Diego Fernández Madrid, se privará al trabajador de una parte del salario que ya ha ganado, porque si no hubiera ocurrido el distracto, el lapso de la vacación gozada se hubiera contado como tiempo trabajado para el cómputo del SAC (cfr. aut. cit., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", Ed. La Ley, 2011, pág. 617).

Consecuentemente, se ha de modificar el resolutorio apelado, incluyendo el SAC en el rubro vacaciones no gozadas.

b).- Multa del artículo 80 de la Ley de Contrato de trabajo.

Al respecto, no asiste razón al quejoso no solo por cuanto esta Sala considera constitucional el decreto reglamentario 146/01, a lo que se agrega que no hizo el planteo constitucional en la etapa procesal oportuna introduciendo dicho tema recién en el escrito de apelación no obstante que no podía ignorar la vigencia de la norma al demandar.

Así, hemos dicho en la causa 354.297/7, entre otras que:

IV.- Multa del artículo 80 de la ley de contrato de trabajo.

Entiendo que pese a los esfuerzos del quejoso, la decisión adoptada por la jueza resulta ajustada a derecho, señalando que tanto

esta Sala como la Sala III, no comparten la postura de la Sala I, de suplir la intimación fehaciente con la promoción de la demanda.
Al respecto y en forma reiterada hemos dicho sobre el tema en la causa 309732/4: “Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada por la actora con relación a la procedencia de la multa prevista por el cuarto párrafo del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, según agregado de la ley 25.345, señalo que, pese a los esfuerzos del quejoso, la misma no prosperará. En efecto, como bien señala la sentenciante, el decreto reglamentario 146/01 establece expresamente que para que sea procedente la sanción del artículo 80, párrafo citado, el trabajador debe intimar al empleador la entrega de los certificados luego de transcurridos treinta días de finalizada la relación laboral y siempre que durante dicho plazo no se le hubieran entregado las constancias pertinentes”.
“En el caso se advierte que la intimación formulada por el actor fue realizada en el mismo telegrama por el cual se considera despedido, razón por la cual la misma resultó apresurada, como se señala en la sentencia”.
“Señalo que aún sin la consideración del decreto reglamentario, del análisis del artículo 80 resulta que, extinguida la relación laboral por cualquier causa (tercer párrafo) el empleador debe entregar el certificado en cuestión. Si ello no ocurre, el trabajador debe intimar su entrega mediante un requerimiento fehaciente y transcurridos dos días y en caso de incumplimiento, resulta pertinente la multa prevista por la norma en análisis.
En tal sentido y aún sin considerar la norma reglamentaria, lo cierto es que no medió intimación posterior a la presunta mora por parte de la empleadora (luego de finalizada la relación laboral y transcurridos dos días), razón por la cual y no siendo éste el supuesto de autos, la multa peticionada no es pertinente”.
“De todas formas y aún de no compartirse lo expuesto, lo cierto es que la norma reglamentaria torna razonable el cuarto párrafo del artículo 80 de la LCT, toda vez que el plazo allí fijado resulta exiguo conforme lo señala la doctrina por cuanto la confección del certificado supone la remisión a los registros contables de la empresa durante el tiempo que duró la relación laboral (ver Bloise, Leonardo - Danussi, Alejandro, “Las obligaciones establecidas por el art. 80 LCT ...”, RDLSS-2005-11-851; Grisolía, Julio, “Contrato de Trabajo/09 Derechos y deberes de las partes”, lexis nexos 5609/005577).
“Mas allá del momento procesal en que el actor introduce la cuestión de la inconstitucionalidad del decreto (es verdad que lo debió haber planteado al inicio de la pretensión), lo cierto es que no advierto que el mismo merezca reproche constitucional.
En primer lugar por cuanto la declaración de inconstitucionalidad de una norma solo puede hacerse de manera excepcional y restrictivamente, por la gravedad institucional que reviste dicha decisión, conforme lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia y la doctrina”.
“En tal sentido el juzgador debe tener en cuenta que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquella sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (Fallos 306:303, citado voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19). La declaración de inconstitucionalidad es -según conocida doctrina de este Tribunal- una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un Tribunal de justicia, es un acto de suma gravedad al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 247:1221 y sus citas)”.
“En el caso y tomando en consideración que el objetivo de la legislación no es que el trabajador cobre una multa, sino que el empleador cumpla con la entrega de la documental que se exige por el artículo 80 y toda vez que resulta claro que el plazo de dos días fijado por el cuarto párrafo de la norma en cuestión resulta exiguo, es que no advierto que el decreto reglamentario sea incompatible con la ley, ya que en nada la modifica y solamente exige que la intimación prevista por la ley sea realizada cuando venció el plazo otorgado para que el empleador cumpla con la entrega del certificado”.
Asimismo la Sala III en la causa 357224/7 sostuvo: “...Entrando a considerar el agravio formulado por el demandado, liminarmente diré que el art. 45, Ley 25.345 agrega un último párrafo al art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, mediante el cual, la inobservancia del deber de entregar al trabajador constancia documentada del pago de las contribuciones y aportes debidos como obligado directo y de los certificados de servicio, remuneraciones y de trabajo, se sanciona con una indemnización equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación del servicio, si este fuera menor.
Para la procedencia de la indemnización del art. 80 LCT, el trabajador tiene que haber intimado de manera fehaciente a su empleador a la entrega de dichos certificados”.
“Ahora bien, el Decreto Nº 146/01, reglamentario de Ley, fija un plazo perentorio dentro del cual el empleador -una vez producida la disolución del vínculo- debe entregar al trabajador los certificados respectivos, dicha carga debe cumplirse dentro del plazo de 30 días corridos de extinguido el vínculo laboral, vencido el cual, si la obligación se mantuviere incumplida, el dependiente se encuentra habilitado para intimar su cumplimiento dentro del plazo de dos días hábiles a partir de dicho anoticiamiento.

En ese orden, ésta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso similar (PS-2006 T° II-F°407/410)diciendo que:"...En consecuencia la intimación fehaciente a que hace referencia tanto la norma originaria como su reglamentación sólo puede surtir efectos (el inicio del computo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez transcurrido el plazo de treinta días acordados al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este ultimo que constituye- desde el momento de la extinción- una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa".

"Así pues, la indemnización es debida al trabajador, si éste intimó de manera fehaciente a su empleador, a la entrega de los correspondientes certificados, luego de transcurridos los 30 días contados desde la disolución del vínculo, y no cumple dentro de los dos días hábiles subsiguientes al requerimiento".

"De las constancias de autos surge que el actor fue despedido el 17/07/07 e intimó a V. SRL el 31 de julio de 2007, a la entrega de los certificados de trabajo, servicios y remuneraciones bajo apercibimiento de reclamar entre otras, la multa del art. 80 LCT.

Dicha intimación, -tal como lo advierte la recurrente- si bien se efectuó con posterioridad al despido, se curso antes de cumplirse el plazo de 30 días, al que hiciera referencia párrafos más arriba, por lo tanto, en función de éste incumplimiento legal, corresponde revocar la sentencia en cuanto declara procedente la indemnización del Art. 80 LCT".

"En efecto, a mi criterio dicho requisito no puede ser suplido –como lo entiende el Juez de Grado- con la interposición de la demanda.

Así –según jurisprudencia que comparto- se ha dicho: "El art. 80, LCT establece, como requisito ineludible, para la procedencia de la sanción por falta de entrega de certificado de trabajo, un requerimiento previo y fehaciente que en forma alguna puede tenerse por cumplido con la demanda, ya que lo que se persigue es que la interpelación sea "previa al reclamo administrativo o judicial" (Cámara Nacional de Apelaciones Laboral, Sala VI, 10/03/04, "Osper Ana V. Lens Express S.A. y otro).

En el caso la intimación formulada por la actora fue realizada en el telegrama por el cual se consideró despedido (ver fs. 5), con lo cual la misma resulta apresurada.

En cuanto al reclamo administrativo a que se alude adolece de igual defecto que el anterior, toda vez que habiéndose establecido que la finalización del vínculo laboral se produjo el 16 de abril del 2.007 (según se sostiene en la sentencia), el mismo se planteó el 2 de mayo de dicho año (ver constancias de fs. 144/145), sin perjuicio de señalar que, en el mismo, no figura la intimación fehaciente y explícita para que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 80 de la ley de contrato de trabajo.

Finalmente, comparto la postura de la Sala III en el sentido que la demanda no puede tomarse como reemplazo de la intimación fehaciente toda vez que lo que se reclama debe ser previo a la promoción de la demanda, y máxime si se tiene en cuenta que el objeto de la multa no es incrementar el monto del despido, sino que el empleador cumpla con las obligaciones a su cargo.

En cuanto a lo actuado en sede administrativa, no se comparte la postura del quejoso, cuestión esta controvertida tanto en doctrina como en la jurisprudencia, (ver al respecto el artículo de Mario Luis Gambacorta: "El certificado de trabajo del artículo 80 de la LCT: algunos enfoques de su problemática a partir de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo" en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2009-2, pág. 191); toda vez que la intimación fehaciente a que se alude en las normas antes citadas deben efectuarse con anterioridad al reclamo sea en sede administrativa o en sede judicial y de todas formas en el caso y conforme resulta del expediente administrativo que se tiene a la vista, el mismo fue deducido con anterioridad al vencimiento del plazo previsto.

C).- Multa del artículo 132 bis de la Ley de Contrato de trabajo.

Al respecto considero que asiste razón al quejoso toda vez que se encuentra acreditada la retención de aportes, según informe de la AFIP y el trabajador cumplió con la intimación prevista por el decreto 146/01.

En efecto, la norma mencionada, prevé el supuesto de retención de aportes por parte del empleador, con destino a los organismos de la seguridad social y que esos importes no hayan sido ingresados a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados.

Así, las cosas y 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).

Por consiguiente y tomando en cuenta lo reclamado es que el monto de la multa en cuestión debe ascender a $13.579,25.

IV.- En cuanto a la apelación arancelaria de fs. 101 si bien la misma deviene abstracta en función de lo dispuesto por el artículo 279 del código de rito, cabe señalar que asiste razón a los quejosos toda vez que los intereses integran la base regulatoria según lo ha señalado esta Sala en el precedente citado por los letrados y lo dispuesto por el artículo de la ley 1.594.

V.- Por las razones expuestas propongo: 1) se desestime el recurso deducido por la codemandada, con costas, 2) se haga lugar parcialmente al recurso planteado por la actora y en consecuencia elevar el monto de condena a la suma total de $60.146, con mas sus intereses en la forma dispuesta en la sentencia de Primera Instancia. Las costas de Alzada se impondrán en el orden causado atento la forma en que se decide el recurso de la actora. 3) los honorarios de los profesionales intervinientes serán dejados sin efecto procediéndose a una nueva determinación en base al capital de condena y los intereses.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal preopinante con la salvedad que entiendo que la inclusión en el reclamo administrativo del requerimiento de entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la LCT resulta la intimación formal suficiente que pide la norma citada.

Sin perjuicio de ello, y conforme se señala en el primer voto, el requerimiento administrativo y su notificación a las demandadas es anterior al vencimiento del término de 30 días posteriores al despido, por lo cual la indemnización pretendida no es procedente.

Asimismo, y si bien es cierto que el decreto n° 141/2001 presenta aristas cuestionables, no encuentro que altere sustancialmente la norma que reglamenta desde el momento que solamente precisa cuál es el momento en que se produce la mora del empleador, que torna operativa la sanción pecuniaria prevista en el art. 80 de la LCT, previo requerimiento fehaciente.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Desestimar el recurso deducido por la codemandada, con costas.-

II.- Hacer lugar parcialmente al recurso planteado por la actora, y en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma total de $60.146, con más sus intereses en la forma dispuesta en la sentencia de Primera Instancia.

III.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento la forma en que se decide el recurso de la actora.

IV.- Dejar sin efecto los honorarios de los profesionales intervinientes, procediéndose a una nueva determinación en base al capital de condena y los intereses.

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

**"ORTIZ FABIAN ALEJANDRO C/ FEDERAC. PATRONAL SEGUROS S.A. S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 477047/2013) – Sentencia: 78/17 – Fecha: 20/04/2017

DERECHO PROCESAL: RECURSOS.

APELACION. DAÑOS Y PERJUICIOS. RECHAZO DE LA DEMANDA. ASEGURADORA. DEFENSA DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA. CUESTION ABSTRACTA. TRATAMIENTO INOFICIOSO.

Resulta inoficioso el tratamiento en esta instancia del recurso deducido por la aseguradora contra la sentencia que desestimó la demanda contra el asegurado, agraviándose por la circunstancia que en la decisión de la instancia de grado no se examinó la procedencia de la defensa de falta de legitimación que oportunamente dedujera. Ello es así, toda vez que la sentencia ha quedado firme, y no advierto agravio actual por parte de la apelante, sin perjuicio de señalar que dada la forma en que se resolvió la cuestión por parte de la sentenciante,

coincido con su decisión de que para analizar la defensa de la aseguradora era necesario examinar -en primer lugar- la responsabilidad del asegurado en razón de que el demandado no fue responsable y el análisis de la defensa deducida era inoficioso.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 20 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ORTIZ FABIAN ALEJANDRO C/ FEDERAC. PATRONAL SEGUROS S.A. S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (JNQCI6 EXP Nº 477047/2013), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Dictada la sentencia que desestima la pretensión con costas a la actora, la aseguradora la apela por considerar que no se ha examinado la procedencia de la defensa de falta de legitimación que dedujera.

Al respecto y toda vez que la sentencia deducida ha quedado firme, dado que el actor desistió del recurso que planteó conforme resulta de fs. 302, es que considero que no cabe pronunciamiento alguno en relación al tema, ya que la cuestión devino abstracta.

Así, se ha dicho en los autos 506862/2015 que:

A partir del consentimiento de las partes, debo tener por cierto que el interés para la acción no subsistía al momento del pronunciamiento, por no existir circunstancias de hecho o de derecho que, objetivamente apreciadas, revistieran suficiente aptitud para probar un daño, que es, en definitiva, la medida del interés de la acción (Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. VI, p. 436).

En este punto, cabe seguir la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para quien el sentido de "cuestión abstracta" es amplio y hasta con dirección extensiva.

Esto se visualiza con claridad en "Western Electric Co. of Argentina c. Corporación Argentina Americana de Films", en donde la Corte dice que "donde no hay discusión real entre el actor o el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir no son concretas o los sucesos ocurridos han tornado imposible para la Corte acordar una reparación efectiva, la causa debe ser considerada abstracta" (Fallos: 193:524), agregándose que "…con arreglo a jurisprudencia reiterada no corresponde pronunciamiento alguno de esta Corte, en los supuestos en que las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la decisión pendiente, a los fines propios de la causa" (Fallos: 243:146). Esto se reitera entre otros, como en: "Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Armadas c. Juan Carlos Puig" (Fallos: 286:220).

En similar sentido la jurisprudencia provincial ha señalado que el caso abstracto se presenta: "…allí donde no hay una discusión real entre el actor y el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia, o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir son enteramente abstractas, o los sucesos ocurridos han tornado imposible acordar una reparación efectiva" (cfr. Betancourt, Rodrigo Darío "Otra forma de terminación del proceso: caso abstracto, cuestión abstracta, mootness o moot case", LLGran Cuyo 2010 (agosto), 617).

El Tribunal Superior de Justicia tiene establecido que los fallos "[…] deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del remedio extraordinario (cfr. Corte Suprema, Fallos: 285:353; 286:220; 289:393; 293:42; 294:239; 310:819 y 2246; 312:891; 313:584 y 701 y 314:568, entre otros)."

"El criterio enunciado se vincula con la exigencia relativa al carácter actual del gravamen invocado en el recurso extraordinario y procura evitar que este Tribunal se pronuncie sobre cuestiones que se han tornado abstractas, porque han cesado las causas que motivaron el conflicto en el caso; y ello implicaría la inexistencia de interés concreto susceptible de ser tutelado en esta etapa."

"En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:

"Para el ejercicio de la jurisdicción ante la Corte, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse." (P. 217. XXII. "Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. c/Provincia del Chubut s/demanda ordinaria" 22/06/89, T.312, P.995)", ("A.T.E. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ SUMARÍSIMO ART. 47 LEY 23551", Expte. N° 139-año 2008, TSJ RI N° 39/09 de la Secretaria Civil de Recursos Extraordinarios, entre otras).

En tal sentido y, como dije, la sentencia ha quedado firme, es que no advierto agravio actual por parte de la apelante, sin perjuicio

de señalar que dada la forma en que se resolvió la cuestión por parte de la sentenciante, coincido con su decisión de que para analizar la defensa de la aseguradora era necesario examinar -en primer lugar- la responsabilidad del asegurado en razón de que el demandado no fue responsable y el análisis de la defensa deducida era inoficioso.

II.- Por las razones expuestas, propongo se declare inoficioso el recurso deducido por la aseguradora, con costa de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelve.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Declarar inoficioso el recurso deducido por la aseguradora, con costa de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelve.

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

**"ROLDAN NORMA ELSA C/ MOÑO AZUL S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 501969/2013) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 25/04/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

TRABAJO DE TEMPORADA. VACACIONES. CALCULO DE LAS VACACIONES. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- El convenio colectivo de trabajo de aplicación (CCT 1/76) equiparó el sistema vacacional del trabajador de temporada comprendido en su ámbito de aplicación al establecido en la Ley de Contrato de Trabajo.

Entonces, la trabajadora de autos tiene, en principio, derecho a un período anual de vacaciones, cuya extensión dependerá de su antigüedad en el empleo, computada al 31 de diciembre de cada año.

2.- Para conocer a que extensión del período vacacional tiene derecho un trabajador de temporada, deben sumarse los días trabajados hasta el 31 de diciembre del año que corresponda, sin efectuar ningún otro cálculo.

En el caso se reclaman diferencias en los días de vacaciones reconocidos por la demandada para los años 2011 y 2012. No se encuentra controvertido en autos que al 31 de diciembre de 2012, la actora había trabajado, desde el inicio de la relación laboral, 5.937,97 días. Luego, esa cantidad de días equivale a 16 años, un mes y algunos días. Y esta es la antigüedad a considerar para conocer la extensión del período vacacional.

De acuerdo con la escala del art. 150 de la LCT, la actora durante los años 2011 y 2012 tuvo

derecho a gozar de 28 días corridos de licencia ordinaria.

3.- Lo que exige el art. 151 de la LCT es una prestación anual mínima, para acceder al goce íntegro del período vacacional pertinente, cuya extensión se corresponderá con la antigüedad en el empleo del trabajador al 31 de diciembre de cada año.

4.- Al finalizar la temporada la actora tuvo derecho a que se le otorgaran vacaciones pagas a razón de un día de licencia por cada veinte trabajados.

5.- La antigüedad en el empleo al 31 de diciembre de cada año y tiempo mínimo de trabajo en el año, no pueden combinarse, responden a finalidades distintas y se miden de forma diferente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ROLDAN NORMA ELSA C/ MOÑO AZUL S.A. S/ COBRO DE HABERES", (JNQLA4 EXP Nº 501969/2013), 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, 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. 127/131 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia por la conclusión del a quo en orden a que la actora es acreedora al pago de 35 días de licencia, luego de realizar un cálculo que no se ajusta a los preceptos legales.

Sostiene que dos fueron los temas abordados por las partes: 1) que divisor corresponde adoptar para anualizar/mensualizar los días de trabajo en el CCT 1/76; 2) si la reclamante trabajó en los años en cuestión más de la mitad de los días hábiles del año para hacerse acreedora a la totalidad del período vacacional correspondiente en función de su antigüedad.

Dice que estos dos temas que debieron ser analizados por separado y en el orden en que fueron expuestos, han sido mezclados por el juzgador en su fallo.

Sigue diciendo que el a quo parte de considerar los 5.937,97 días trabajados en relación laboral conforme listado del año 2012, y luego de restarle los días laborados según recibos del año 2011, obtiene la cifra de 5.747,09; esta operación es completada dividiendo ese número por 274 lo que arroja un valor de 20,97, en el que basa el resultado de su sentencia.

Califica como incorrecto este proceder, señalando que lo correcto era, en primer lugar, determinar que cantidad de días de los 5.937,97 corresponden a temporada y cuáles a post temporada. Agrega que para ello debe tenerse presente que la temporada inicia aproximadamente a mediados de enero y finaliza el 30 de marzo de cada año.

Continúa con el desarrollo del proceder que entiende correcto para concluir que éste arroja un resultado de 19,65 años de antigüedad, por lo que la demandante no habría superado la franja de los veinte años como para hacerse acreedora a los 35 días de licencia reclamados.

Entiende que una vez resuelto lo anterior es que podía abordarse la segunda fase de la discusión, que no es otra que establecer si en esa temporada se laboró o no más de la mitad de los días hábiles del año.

Manifiesta que en el caso de autos esa segunda discusión no tuvo lugar, por cuanto la empresa demandada liquidó la totalidad de los días que le correspondían a la actora en función de su antigüedad.

Hace constar que su parte oportunamente requirió la producción de prueba pericial contable, que fue considerada innecesaria por el juzgado, la que hubiera permitido determinar los días de temporada y de post temporada, y, en definitiva, la antigüedad real de la trabajadora traducida en días y meses.

También se agravia por el valor asignado al día vacacional, dado que éste ascendía a $ 218,89, en tanto que el juez de grado, sin ningún fundamento, tomó el valor denunciado en la demanda.

B) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 138/140.

Considera que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios de la demandada.

Dice que la recurrente reitera argumentos expuestos al contestar la demanda, considerando que la antigüedad de un trabajador de temporada debe dividirse por 360, los días que trabaja en temporada, y por 280, los días de post temporada.

Sigue diciendo que de acuerdo con la LCT y el CCT de aplicación para determinar la antigüedad del trabajador deben computarse

los días efectivamente trabajados, con cita del art. 18 de al LCT. Cita jurisprudencia.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, entiendo que la crítica de la demandada reúne, aunque en forma mínima, los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que la queja ha de ser analizada.

III.- La cuestión controvertida en esta causa se circunscribe al modo de computar los períodos vacacionales en el contrato de trabajo de temporada.

De acuerdo con el CCT 1/1976, que ambas partes son contestes en que rige para la relación laboral de autos, "los trabajadores que se desempeñen en forma continua o discontinua gozarán de vacaciones anuales pagas de acuerdo a lo establecido en el Título V de la Ley 20.744. En cuanto al trabajador que se desempeñe en temporada tendrá al finalizar la misma, derecho a percibir el equivalente a un día de vacaciones por cada 20 días de trabajo, tomando en cuenta la totalidad de los días trabajados en la temporada, computables de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 166 de la mencionada ley" (art. 16).

Ahora bien, en materia de vacaciones rigen dos cómputos temporales diferentes.

Uno es el que sirve como base para conocer la extensión del período vacacional pertinente; y el otro, refiere a la cantidad de días que deben de haberse trabajado en el año para tener derecho a usufructuar del período vacacional correspondiente a la antigüedad del trabajador.

El art. 150 de la LCT alude al primero de aquellos plazos y determina: "El trabajador gozará de un período mínimo y continuado de descanso anual remunerado por los siguientes plazos… Para determinar la extensión de las vacaciones atendiendo a la antigüedad en el empleo, se computará como tal aquella que tendría el trabajador al 31 de diciembre del año que correspondan las mismas".

Juan Carlos Fernández Madrid señala que la extensión de las vacaciones de cada trabajador se establece en función de la antigüedad en el empleo, computada por año aniversario, contados desde la fecha de ingreso hasta el 31 de diciembre del año en que corresponda la vacación (cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1.702).

Cabe señalar que el trabajador de temporada fue siempre considerado como una excepción a la regla de la extensión del beneficio vacacional en función de la antigüedad en el empleo, toda vez que para este tipo de contratación el período anual de vacaciones se extiende a partir de la finalización de cada ciclo de trabajo efectivo, y se gradúa a razón de un día por cada veinte trabajados (cfr. Murray, Cecilia M., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 232).

Sin embargo, y conforme se señaló antes, el convenio colectivo de trabajo de aplicación equiparó el sistema vacacional del trabajador de temporada comprendido en su ámbito de aplicación al establecido en la Ley de Contrato de Trabajo.

Entonces, la trabajadora de autos tiene, en principio, derecho a un período anual de vacaciones, cuya extensión dependerá de su antigüedad en el empleo, computada al 31 de diciembre de cada año.

De acuerdo con el art. 18 de la LCT, "Cuando se concedan derechos al trabajador en función de su antigüedad, se considerará tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación…". Mario E. Ackerman, comentando este artículo, y con expresa referencia al trabajador de temporada, señala que el art. 20 de la redacción original de la LCT, en cuanto consideraba tiempo de servicio el de la duración de la vinculación, parecía haberse inclinado por la interpretación que entendía que cada temporada completa debía ser computada como si fuera un período anual de servicios; pero con la actual redacción del art. 18 de la LCT, como consecuencia de la sustitución de la expresión "duración de la vinculación" por la de "tiempo…efectivamente trabajado", debe interpretarse, en consonancia con el plenario "Bonanata c/ Nestlé S.A." de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que en el trabajo de temporada se computa como antigüedad el tiempo trabajado durante los períodos de actividad de la explotación. Y agrega el autor que vengo citando, "para determinar la antigüedad del trabajador de temporada –a todos los efectos- corresponde tomar en consideración solamente los lapsos de actividad, o sea los períodos de trabajo efectivo, para lo cual deben sumarse los meses comprendidos en los distintos ciclos o temporadas trabajados" (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 259/260).

Pues bien, para conocer a que extensión del período vacacional tiene derecho la trabajadora de autos, deben sumarse los días trabajados hasta el 31 de diciembre del año que corresponda, sin efectuar ningún otro cálculo. Asiste razón, entonces, a la apelante respecto a que la operación que se realiza en la sentencia de grado no es correcta.

En efecto, la actora reclama diferencias en los días de vacaciones reconocidos por la demandada para los años 2011 y 2012. No se encuentra controvertido en autos que al 31 de diciembre de 2012, la actora había trabajado, desde el inicio de la relación laboral, 5.937,97 días. Luego, esa cantidad de días equivale a 16 años, un mes y algunos días. Y esta es la antigüedad a considerar para conocer la extensión del período vacacional.

De acuerdo con la escala del art. 150 de la LCT, la actora durante los años 2011 y 2012 tuvo derecho a gozar de 28 días corridos de licencia ordinaria.

Cabe aclarar que si bien no se conoce la cantidad de días trabajados por la actora al 31 de diciembre de 2011, entiendo por el acumulado al 31 de diciembre de 2012 que se encontraba dentro del mismo rango.

Por ende, la liquidación realizada por la demandada es correcta y la demanda debe ser rechazada.

IV.- No obstante que lo dicho en el apartado anterior resuelve la litis, entiendo conveniente referirme al otro plazo que juega en materia de vacaciones, y que entiendo es el que ha generado confusión en autos.

El art. 151 de la LCT establece los requisitos para el goce de las vacaciones, y dice: “El trabajador, para tener derecho cada año al beneficio establecido en el artículo 150 de esta ley, deberá haber prestado servicios durante la mitad, como mínimo, de los días hábiles comprendidos en el año calendario o aniversario respectivo. A este efecto, se computarán como hábiles los días feriados en el que el trabajador debiera normalmente prestar servicios…”.

Lo que exige esta manda legal es una prestación anual mínima, para acceder al goce íntegro del período vacacional pertinente, cuya extensión se corresponderá con la antigüedad en el empleo del trabajador al 31 de diciembre de cada año.

Como vemos estos plazos no se mezclan. Una cosa es determinar la extensión del período anual de vacaciones; y otra, es haber prestado servicios por un tiempo mínimo como recaudo para acceder al goce del lapso íntegro de vacaciones.

Para el supuesto que el trabajador no llegue a acumular la mitad de los días hábiles del año como trabajados, de igual modo tiene derecho a vacaciones, dado la finalidad higiénica de este instituto, pero su extensión se calculará a razón de un día de descanso por cada veinte trabajados (art. 153 de la LCT).

En el concreto caso de autos, aparece la dificultad en la aplicación de esta norma que requiere de un tiempo mínimo de servicios, dado las características del trabajo de temporada.

Indudablemente en el trabajo de temporada realizado por la actora, al finalizar el ciclo anual de trabajo (temporada) nunca la trabajadora podía reunir el tiempo mínimo de servicios prestados que requiere el art. 151 de la LCT. Si tenemos en cuenta que la temporada se extiende desde los primeros días o desde mediados de enero al 31 de marzo de cada año, tal lapso no abarca la mitad de los días hábiles del año.

Consecuentemente, y tal como lo indica la norma convencional, al finalizar la temporada la actora tuvo derecho a que se le otorgaran vacaciones pagas a razón de un día de licencia por cada veinte trabajados.

Luego, si durante el trabajo de post temporada la demandante logra superar la barrera del art. 151 de la LCT, al finalizar este ciclo de trabajo de post temporada, se debe abonar a la trabajadora el período íntegro de vacaciones al que tiene derecho en razón de su antigüedad, descontados los días abonados al finalizar la temporada.

Para conocer si la actora superó o no el valladar del art. 151 de la LCT, deben computarse días hábiles, incluyendo en este concepto los feriados y el tiempo previsto en el art. 152 de la LCT. Entiendo que una vez que se ha trabajado la mitad de los días hábiles del año, se tiene derecho a la totalidad del período vacacional correspondiente a la antigüedad en el empleo, y no en forma proporcional a los días trabajados, como pareciera interpretar la demandada.

Insisto en que estos dos extremos (antigüedad en el empleo al 31 de diciembre de cada año y tiempo mínimo de trabajo en el año) no pueden combinarse, responden a finalidades distintas y se miden de forma diferente.

V.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada, revocar el decisorio de grado y rechazar íntegramente la demanda, con costas, en ambas instancias, a la actora vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia se regulan en las sumas de $ 11.550,00 para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora; $ 3.300,00 para cada una de las letradas patrocinantes de la parte demandada, Dras. ... y ...; $ 1.650,00 para la Dra. ..., por su actuación en las audiencias de fs. 107 y 112; y $ 3.300,00 para la Dra. ..., apoderada de la misma parte, todo 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 del resolutorio de grado.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se fijan en la suma de $ 3.450,00 para el Dr. ...; $ 1.155,00 para la Dra. ...; y $ 2.888,00 para la Dra. ..., de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Revocar el decisorio de grado y rechazar íntegramente la demanda, con costas, en ambas instancias, a la actora vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

II.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en las sumas de $ 11.550,00 para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora; $ 3.300,00 para cada una de las letradas patrocinantes de la parte demandada, Dras. ... y ...; $

1.650,00 para la Dra. ..., por su actuación en las audiencias de fs. 107 y 112; y $ 3.300,00 para la Dra. ..., apoderada de la misma parte (arts. 9, 10 y 11 de la ley 1.594).

III.- Fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada en la suma de $ 3.450,00 para el Dr. ...; $ 1.155,00 para la Dra. ...; y $ 2.888,00 para la Dra. ... (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

**"ROJAS CLAUDIO FERNANDO M. C/ BARCELO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 474272/2013) – Sentencia: 87/17 – Fecha: 25/04/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO FIJO. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. HORAS EXTRAS. PROCEDENCIA.

1.- No se está en presencia de un contrato por tiempo determinado, si no existe prueba por parte del empleador y si bien en la pericia figura la referencia al contrato a plazo fijo, no surgen elementos que permitan justificar la tipología de excepción aludida.

2.- En cuanto a las horas extras, si bien esta Sala ha señalado en forma reiterada que su prueba debe ser estricta, máxime cuando se realiza el reclamo con posterioridad a la finalización de la relación laboral, en el caso de autos y en función de la prueba testimonial que menciona la sentenciante y la presunción del artículo 38 del Ritual, las mismas se encuentran debidamente demostradas.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ROJAS CLAUDIO FERNANDO M. C/ BARCELO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES”, (JNQLA2 EXP Nº 474272/2013), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 118/125 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a Carlos Barceló a abonar la suma de $68.764,39 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. 133/138 y cuyo traslado no es respondido.

El primer agravio se dirige a sostener que se está en presencia de un contrato por tiempo determinado, con fundamento en lo informado por el perito contador.

Cuestiona luego la procedencia del reclamo de horas extras, ya que las mismas fueron abonadas y no se han acreditado las invocadas.

Finalmente, discute la multa del artículo 2 de la ley 25.323 por cuanto consideró que en función de la contratación efectuada –contrato por tiempo determinado- no correspondía abonar indemnización alguna.

II.- Ingresando al tratamiento del primer agravio, entiendo que no ha mediado crítica alguna por parte del quejoso a los fundamentos en base a los cuales el sentenciante dirime la cuestión, dándose así el supuesto previsto por el artículo 256 del código de rito.

En efecto, la jueza analiza si se está en presencia de un contrato a plazo fijo o indeterminado, y para ello, señala que la prueba del primero se encuentra a cargo del empleador y, en tal sentido, destaca la orfandad probatoria del empleador y que si bien en la pericia figura la referencia al contrato a plazo fijo, no surgen elementos que permitan justificar la tipología de excepción que pretende la accionada.

En esa senda, sostener para fundar el agravio que la pericial contable alude a la existencia del contrato invocado por la demandada y sin hacer mención a ninguna de las restantes afirmaciones que formula el sentenciante importa consentir las mismas, quedando sellada la suerte del recurso en el punto en cuestión.

En cuanto a las horas extras, si bien esta Sala ha señalado en forma reiterada que su prueba debe ser estricta, máxime cuando se realiza el reclamo con posterioridad a la finalización de la relación laboral, en el caso de autos y en función de la prueba testimonial que menciona la sentenciante y la presunción del artículo 38 del Ritual, entiendo que las mismas se encuentran debidamente demostradas, compartiendo así el análisis que al respecto se formula en la sentencia.

Si bien es cierto que la demandada lleva el libro previsto por el artículo 52 de la Ley de contrato de trabajo, cabe destacar que de sus constancias no resulta el horario de ingreso y egreso del trabajador y que de la pericial contable surge que no llevaba control alguno de ello conforme se informa al responder al punto I.

En tales circunstancias y toda vez que se encuentra acreditada la realización de horas en exceso a las abonadas, conforme la prueba testimonial que no fuera cuestionada en la expresión de agravios, es que considero que el rubro en cuestión debe ser confirmado.

En cuanto a la multa prevista en el art. 2 de la ley 25323, sostuve en la causa “Volante” (Expte. Nº 447481/2011, 07/04/2016, entre otros), que:

“Se ha dicho que la norma faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente –lo cual revela razonabilidad y análisis restrictivo- dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justifiquen la conducta del empleador (Grisolía, “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, tomo II, páginas 1064 y siguientes, transcribiéndose jurisprudencia de la Sala 6° de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que sostuvo la improcedencia de la condena si el hecho generador del despido pudo conducir a la entonces empleadora a entender que estaba obrando de acuerdo a derecho”.

“En el mismo sentido se ha sostenido que corresponde la exoneración de la sanción o su reducción en los casos que exista una controversia seria y fundada sobre la causal del despido, por ejemplo en el supuesto de que el empleador que invocó una justa causa para despedir logre acreditar los hechos y el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso, hubiera concluido que la medida no resulta de gravedad como para impedir la prosecución del vínculo (Manual de jurisprudencia de derecho del trabajo y la seguridad social, 2011, Revista de Derecho laboral y seguridad social, números 2898 y siguientes y jurisprudencia allí citada)”.

En el caso de autos y en función de la existencia del contrato de fs. 53, no desconocido y que además figura en la documental exhibida al perito por la demandada, considero que el empleador pudo entender que el mismo era válido y en tal sentido es que estimo pertinente reducir el monto de la multa a $4.000 conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo citado.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia en lo sustancial, reduciéndose el monto de condena en la suma de $4.808,06, razón por la cual el importe a abonar se fija en $63.956,33. Costas de ambas instancias a la demandada atento la forma en que se resuelve. Los honorarios serán confirmados por resultar ajustados a derecho y los de Alzada se fijarán en base a lo dispuesto por el 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.- Confirmar la sentencia de fs. 118/125 en lo sustancial, reduciéndose el monto de condena en la suma de $4.808,06, razón por la cual el importe a abonar se fija en $63.956,33.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada, atento la forma en que se resuelve (art. 68, CPCyC; art. 17, ley 921).

III.- Mantener los honorarios profesionales regulados en la primer instancia por resultar ajustados a derecho y regular los de Alzada

en el 30% de los fijados para 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

**"TISCORNIA LUCAS MATIAS C/ OLMAR 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.: 453906/2011) – Sentencia: 88/17 – Fecha: 25/04/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO CON JUSTA CAUSA. COMUNICACION DEL DESPIDO. CERTIFICACION DE SERVICIOS. MULTA. PROCEDENCIA.

1.- La notificación del despido con causa debe expresar en forma suficientemente clara el motivo de la denuncia del contrato de trabajo.

2.- La comunicación cursada por la demandada para resolver el contrato de trabajo reúne los recaudos del art. 243 de la LCT, si los elemenos presentes en la comunicación del despido, impiden que el trabajador se llame a confusión respecto de la causa del mismo, como así también que la demandada pudiera, a su antojo, variar los hechos alegados como justificantes de la ruptura unilateral del contrato de trabajo.

3.- Si más allá de la frustrada comunicación al trabajador, por haber mudado éste su domicilio, surge de las probanzas de autos –incorporadas por la propia demandada- que no se cumplió con la puesta a disposición de la certificación dentro de los dos días hábiles de recibido el requerimiento formal, resulta procedente la multa prevista por el art. 80 de la LCT.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “TISCORNIA LUCAS MATIAS CONTRA OLMAR SRL SOBRE COBRO DE HABERES”, (JNQLA4 EXP Nº 453906/2011), 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, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora plantea recurso de apelación contra la sentencia de fs. 149/152 vta., que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por el análisis que ha efectuado el a quo de la causal del despido, el que entiende está en contradicción con el art. 243 de la LCT.

Transcribe la comunicación del despido, e insiste en que ella no cumple con los recaudos del art. 243 de la LCT, en tanto no es clara y precisa.

Destaca que la comunicación del despido alude a serias irregularidades sin especificar cuales son esas irregularidades. Agrega que, además, pretende englobar en un mismo acto, dos hechos diferentes, respecto de los cuales ya se habían requerido al actor

que diera sus explicaciones, y de hecho las había dado.

Sigue diciendo que la comunicación telegráfica hace referencia a un supuesto dinero que se había traspapelado en la billetera del actor, pretendiendo insinuar que lo había hecho adrede y que el demandante había retenido indebidamente y devuelto ante el reclamo de la señora Juárez; en tanto que la declaración testimonial de esta última persona da cuenta que ella le dijo al trabajador que en lugar de devolver el dinero, dicha suma sería tomada como adelanto de sueldo.

Como segundo agravio se queja del rechazo de la multa prevista por el art. 80 de la LCT.

Dice que el juez de grado ha rechazado esta pretensión sosteniendo que la intimación formulada por su parte no es válida por extemporánea, y que no resulta tampoco válida a tal fin la presentación ante la Subsecretaría de Trabajo; pero entiende que el sentenciante de primera instancia ha omitido considerar que a fs. 19 obra telegrama remitido con fecha 23 de agosto de 2011, cuando ya había transcurrido casi un año del distracto, en el cual se reclama la entrega de los certificados de trabajo y de servicios y remuneraciones.

Agrega que la sentencia recurrida tampoco toma en cuenta que dichas certificaciones fueron emitidas con fecha 29 de agosto de 2011, es decir casi una semana después de la segunda intimación cursada por el actor.

Subsidiariamente se agravia por la imposición de las costas del proceso, y apela los honorarios, en ambos casos pretendiendo que estos extremos se adecuen al resultado de la apelación, la que entiende ha de ser favorable a su parte.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 160/163.

Dice que doctrina y jurisprudencia predominantes sostienen que las exigencias del art. 243 de la LCT no tienen un fin en si mismo, sino que su ratio legis es evitar la indefensión del trabajador por desconocimiento de las causas en que el despido puede fundarse.

Sigue diciendo que en autos no puede dejarse de lado los pedidos previos al empleado para que diera explicaciones sobre las irregularidades que en cada caso se le estaban señalando, como así también las explicaciones que dió el actor, las que al no ser compartidas por la empleadora motivó el despido.

Señala que al rechazar la comunicación del despido, el trabajador expresamente dice que niega la versión que la empleadora relata en su comunicación, mediante la cual y a criterio del demandante, se pretendía invocar una causal inexistente, para imputarle un hecho que no cometió, y sobre el que oportunamente expresó y relató lo ocurrido, habiendo hecho entrega en ese momento del cheque entregado por Río Limay, en tanto que por el dinero en efectivo que ascendía a $ 396,55 se le hizo firmar un recibo por adelanto de sueldo.

Concluye en que resulta evidente que el actor conocía las razones del despido.

Pone de manifiesto que la sentencia de primera instancia analiza en forma cuidadosa el pedido de explicaciones de fecha 18 de octubre de 2010, y las explicaciones brindadas por el actor.

Afirma que las razones en las que el despido se sustentó para calificarlo como causado resulta claramente acreditadas en la causa.

Con relación al art. 80 de la LCT señala que se omite considerar que el actor había sido intimado a presentarse para retirarlos, y que la notificación de este requerimiento fracasó por razones imputables al propio actor, que mudó su domicilio sin dar información de ello al empleador.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso corresponde recordar que la esfera de conocimiento de la Cámara de Apelaciones se encuentra circunscripta a los términos del agravio planteado.

En autos, la actora formula queja solamente por dos cuestiones: a) incumplimiento de la manda del art. 243 de la LCT, en orden a la falta de claridad respecto de la causal invocada como fundamento del despido; b) omisión de considerar el telegrama de fs. 20 a los fines de la aplicación de la multa del art. 80 de la LCT. Todos los demás extremos de la sentencia de grado han quedado firmes por falta de impugnación.

Con relación a los términos de la comunicación del despido, doctrina y jurisprudencia son contestes en que la notificación del despido con causa debe expresar en forma suficientemente clara el motivo de la denuncia del contrato de trabajo.

José Daniel Machado sostiene que este recaudo se vincula directamente con la garantía constitucional de la defensa en juicio de los derechos del art. 18 de la Ley Fundamental y, con cita de Aurelio Fanjul, agrega que también se relaciona con la buena fe que debe presidir las conductas en el marco de las relaciones laborales, incluso en el momento de la extinción (cfr. aut. cit., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. III, pág. 182).

Tal posición también ha sido asumida por la jurisprudencia al afirmar que este requisito persigue el propósito de garantizar el principio constitucional de defensa en juicio, permitiendo conocer a las partes, desde el mismo momento de la finalización del contrato de trabajo, el contenido cierto e inamovible de la causa del despido (cfr. CNAT, Sala VI, “Montes de Oca c/ Laboratorios

Beta", 3/7/1998, D.T. 1998-B, pág. 2418).

Es por ello que Juan Carlos Fernández Madrid ("Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1870/1872) señala que, como principio general, la comunicación estará mal redactada cuando quién la emite emplee una fórmula ambigua que le permita con posterioridad referirla a hechos cambiantes a su antojo.

Si bien es cierto que, conforme lo dice la recurrente, la causa del despido decidido respecto del actor alude, en primer lugar, a serias irregularidades, fórmula que podría ser considerada ambigua; seguidamente dicha notificación contiene precisiones que despejan la referida ambigüedad.

Así, la comunicación postal señala: 1) una fecha en la que se suscitaron estas irregularidades (18/10/2010); 2) los clientes respecto de los cuales se registraron estas irregularidades (Río Limay Old Filds Services y Alfa Metal S.R.L.); 3) que se le requirieron explicaciones al empleado, y que no pueden aceptarse las recibidas; 4) que el dinero en efectivo "traspapelado en la billetera" del trabajador no fue entregado a la empresa.

Estos elementos, presentes en la comunicación del despido, impiden que el trabajador se llame a confusión respecto de la causa del mismo, como así también que la demandada pudiera, a su antojo, variar los hechos alegados como justificantes de la ruptura unilateral del contrato de trabajo.

Por otra parte, y conforme lo alega la demandada al contestar los agravios, la respuesta que el demandante brindó a la notificación del despido, contenida en el telegrama de fs. 18, da cuenta de que aquél conoció debidamente cuales habían sido los motivos del distracto.

De lo dicho se sigue que la comunicación cursada por la demandada para resolver el contrato de trabajo reúne los recaudos del art. 243 de la LCT.

III.- En cuanto al rechazo de la pretensión de percibir la multa del art. 80 de la LCT, si bien la demandada puso las certificaciones a disposición del actor en la misma comunicación del despido, el trabajador requirió con fecha 23 de agosto de 2011 (habiendo transcurrido más de 30 días de finalizada la relación laboral) la entrega de los certificados de ley (ver fs. 32 del legajo del actor), siendo la respuesta de la accionada que el certificado de servicios y remuneraciones estaría a su disposición en el término de ley (fs. 33 del legajo personal del actor).

De ello se sigue que, en realidad, este último certificado no estuvo a disposición del trabajador en oportunidad del despido, lo que también se corrobora con la fecha de emisión del mismo (26 de agosto de 2011) y de certificación de firma (29 de agosto de 2011) –conforme surge de la documentación que se encuentra reservada en Secretaría y que tengo a la vista-.

Consecuentemente, y más allá de la frustrada comunicación al trabajador, por haber mudado éste su domicilio, surge de las probanzas de autos –incorporadas por la propia demandada- que no se cumplió con la puesta a disposición de la certificación dentro de los dos días hábiles de recibido el requerimiento formal, toda vez que, como mínimo, el certificado recién estuvo completo el día 29 de agosto de 2011, cuando se contó con la certificación de firma.

De ello se sigue que la multa prevista por el art. 80 de la LCT resulta procedente.

A efectos de la liquidación de la multa he de partir de la mejor remuneración denunciada por el actor, la que no fuera negada ni desconocida por la demandada, y que asciende a $ 2.680,00. En consecuencia la multa establecida en el art. 80 de la LCT asciende a $ 8.040,00, monto por el que, entonces, progresa la demanda.

Esta suma devengará intereses desde la fecha de la mora (26 de agosto de 2011) y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

IV.- Los denominados agravios sobre la imposición de las costas del proceso y las regulaciones de honorarios no son tales, sino que constituyen solicitudes a esta Cámara de Apelaciones para el supuesto de progresar la apelación, que, de todos modos, refieren a facultades que el tribunal puede y debe ejercer de oficio, de acuerdo con la manda del art. 279 del CPCyC.

V.- Por lo tanto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio apelado y hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a la demandada a abonar al actor, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 8.040,00 con más sus intereses conforme se determina en el Considerando pertinente, confirmando el rechazo de las restantes pretensiones de la parte demandante.

Las costas por la actuación en la primera instancia, en atención al éxito obtenido, se imponen en un 90% a la parte actora y en un 10% a la parte demandada (arts. 17, ley 921, y 71, CPCyC); en tanto que por la segunda instancia se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Se mantienen vigentes las regulaciones de honorarios determinadas en la sentencia de grado por responder al mínimo legal (art. 9, ley 1.594); y los honorarios por la actuación ante la Alzada se regulan en la suma de $ 1.400,00 para la Dra. ...; $ 700,00 para la Dra. ...; y $ 3.000,00 para el Dr. ..., todo de acuerdo 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.- Revocar el decisorio apelado y hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a la demandada a abonar al actor, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 8.040,00 con más sus intereses conforme se determina en el Considerando pertinente, confirmando el rechazo de las restantes pretensiones de la parte demandante.

II.- Imponer las costas por la actuación en la primera instancia, en atención al éxito obtenido, en un 90% a la parte actora y en un 10% a la parte demandada (arts. 17, ley 921, y 71, CPCyC); en tanto que por la segunda instancia se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Mantener vigentes las regulaciones de honorarios determinadas en la sentencia de grado por responder al mínimo legal (art. 9, ley 1.594); y regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en la suma de $ 1.400,00 para la Dra. ...; $ 700,00 para la Dra. ...; y $ 3.000,00 para el Dr. ... (art. 15, 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

**"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TRES SOLES S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500942/2013) – Sentencia: 91/17 – Fecha: 27/04/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

CERTIFICADO DE DEUDA. FALTA DE LEGITIMACION PASIVA. DENOMINACION SOCIAL. OBLIGADO AL PAGO. MANDAMIENTO DE EJECUCION. DILIGENCIAMIENTO DE MANDAMIENTOS. DOMICILIO PROCESAL. DEFENSA EN JUICIO.

1.- No puedo presumir que la omisión de diligenciar un nuevo mandamiento de intimación de pago y embargo haya comprometido el derecho de defensa de la parte demandada, desde el momento que, si bien formula el planteo de nulidad de la notificación y de la ejecución, cuestionando el domicilio en el cual se cumplió el acto procesal; –y sin que el planteo de nulidad se encontrara resuelto- opuso excepción de inhabilidad de título, invocando no ser la persona deudora del tributo reclamado, dado que no coincide la denominación social que consta en el certificado de deuda y en la demanda, con el tipo societario que tiene la presentante.

2.- Cabe desestimar la ejecución por falta de legitimación pasiva si no existe coincidencia entre el obligado al pago y la ejecutada.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TRES SOLES S.A. S/ APREMIO”, (JNQJE2 EXP Nº 500942/2013), 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, 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. 104/105 vta., que rechaza la excepción planteada por la ejecutada y manda llevar adelante la ejecución, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia, en primer lugar, por el rechazo de la excepción de inhabilidad de título, con fundamento en que se demandó a un tipo social distinto, yerro que el juez de grado lo consideró como error material.

Dice que se pretende justificar el error grave por parte de la actora, al confundir una sociedad anónima con una sociedad de responsabilidad limitada, argumentando que el CUIT es el mismo, cuando es el acreedor quién debe arbitrar los medios y llevar la gestión adecuadamente para que la persona demandada sea quién debe ser.

Sigue diciendo que el mandamiento de intimación de pago y embargo fue declarado nulo, con lo cual, y a fin de ordenar el procedimiento, debió ordenarse un nuevo mandamiento y una nueva notificación.

Cita jurisprudencia.

Manifiesta que el juez de primera instancia omite considerar la nulidad oportunamente decretada, insistiendo en que no se ordenó nueva notificación ni mandamiento de embargo. Cita el art. 174 del CPCyC.

Hace reserva del caso federal.

b) La ejecutante contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 118/vta.

Dice que el hecho de no haberse ordenado una nueva notificación se funda en razones de economía y celeridad procesales.

Sostiene que resulta evidente que el demandado pudo ejercer su derecho de defensa, ya que ha opuesto excepciones.

Sigue diciendo que el número de CUIT coincide con el de la persona jurídica contra la que se inició la ejecución.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, he de comenzar su análisis por la cuestión referida a si resultaba necesario o no realizar una nueva notificación de la promoción de la ejecución, como consecuencia del dictado de la resolución interlocutoria obrante a fs. 96/97 vta.

Mediante dicho resolutorio el juez de grado declaró la nulidad de la diligencia de intimación de pago y embargo, y de todos los actos dictados en su consecuencia.

La recurrente pretende que tal decisión importaba que debía procederse a ejecutar una nueva diligencia de intimación de pago y embargo. Sin embargo no explica la apelante en que la perjudicó la falta de realización de esta diligencia.

No puedo presumir que la omisión de diligenciar un nuevo mandamiento de intimación de pago y embargo haya comprometido el derecho de defensa de la parte demandada, desde el momento que, si bien a fs. 80/81 vta. formula el planteo de nulidad de la notificación y de la ejecución, cuestionando el domicilio en el cual se cumplió el acto procesal; a fs. 91/92 vta. –y sin que el planteo de nulidad se encontrara resuelto- opuso excepción de inhabilidad de título, invocando no ser la persona deudora del tributo reclamado, dado que no coincide la denominación social que consta en el certificado de deuda y en la demanda, con el tipo societario que tiene la presentante.

De lo dicho se sigue que, más allá de la nulidad de la diligencia de intimación de pago y embargo, la demandada pudo conocer de la existencia de la ejecución y sus fundamentos, y ejercer su derecho de defensa, por lo que no existe afectación a este último.

Más aún, luego de resuelta la nulidad de la diligencia cuestionada, la misma demandada se presenta a fs. 103 y solicita que vuelvan los autos a despacho para decidir sobre la defensa oportunamente opuesta al progreso de la ejecución. Desde este punto de vista, la demandada consintió la omisión de ordenar una nueva notificación (sin perjuicio que, como resulta de los párrafos anteriores, ella era innecesaria), en tanto solicitó el dictado de la sentencia que ahora cuestiona.

El agravio bajo análisis ha de ser, en consecuencia, rechazado.

III.- Corresponde ahora abordar la queja referida al rechazo de la excepción de inhabilidad de título.

El título ejecutivo debe ser autosuficiente y, a la vez, identificar las circunstancias que justifiquen el reclamo, debiendo asimismo contener elementos suficientes para que pueda ejercerse en forma útil el derecho de defensa.

En el específico supuesto de la ejecución fiscal, son requisitos del título que éste contenga la fecha y lugar de otorgamiento, firma del funcionario interviniente, nombre del deudor, importe de la deuda y su concepto.

A poco que se avance en el análisis del certificado de deuda de autos se advierte que éste contiene defectos en su emisión, que han llevado al error en la confección de la demanda, y me convencen de la razón de la recurrente en orden a la procedencia de la excepción de inhabilidad de título.

El nombre social es uno de los atributos de la persona jurídica sociedad comercial (art. 11, ley 19.550). Conforme lo precisa Daniel Roque Vítolo, las sociedades comerciales, como sujetos de derecho, tienen dentro de los atributos de la personalidad el nombre

societario, que es el modo o forma a través del cual se identifican; y dicho nombre, ya sea que se trate de razón social o denominación social, siempre debe contener el tipo social elegido (cfr. aut. cit., "Sociedades Comerciales", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, T. I, pág. 214).En autos, del cotejo del certificado de deuda obrante a fs. 2 surge que en la carátula del expediente judicial en el cual se ha devengado la tasa de justicia se hace constar que la demandada es "TRES SOLES SRL", luego al individualizar el obligado al pago se señala "TRES SOLES S.A.", CUIT n° 30-70964804-3.

En la demanda (fs. 3) se promueve la acción contra "TRES SOLES S.A.", despachándose la ejecución contra "TRES SOLES S.A." (fs. 4).

En tanto la persona jurídica respecto de la cual se ha trabado el embargo de autos y que ha comparecido espontáneamente a juicio es TRES SOLES S.R.L., surge palmario la falta de coincidencia entre ella y la obligada al pago, quién, además, es la ejecutada en estas actuaciones. En otras palabras, no existe coincidencia entre el obligado al pago y la ejecutada.

Y esta discordancia no queda salvada por la individualización de la Clave de Identificación Tributaria, ya que la función de esta última es justamente la identificación del contribuyente frente a la Administración Federal de Ingresos Públicos, pero no extiende sus efectos a la identificación de la persona como tal.

Sin perjuicio de ello, y quizá lo más importante en estas actuaciones, no surge del certificado de deuda cuál de los extremos es el correcto, si el nombre social o el número de CUIT, dado que entre ellos tampoco coinciden.

Y esta incertidumbre se agrava en cuanto se advierte que surge de autos la existencia de personas jurídicas con el nombre "TRES SOLES S.A." (ver fs. 17/18, y 23) y con el nombre "TRES SOLES S.R.L.".

Lo dicho me lleva a desestimar la ejecución respecto de "TRES SOLES S.R.L." por no ser la persona obligada al pago del tributo ejecutado en autos.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de autos, revocar el resolutorio apelado y hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por TRES SOLES S.R.L., rechazando la ejecución a su respecto.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a la ejecutante perdidosa (arts. 558 y 68, CPCyC).

Regulo los honoraros profesionales por la actuación en la primera instancia en las sumas de $ 5.500,00 en conjunto para las letradas patrocinantes de la excepcionante Dras. ... y ...; $ 5.500,00 para el letrado patrocinante de la actora Dr...., y $ 2.200,00 para el Dr. ..., apoderado de la misma parte, todo de conformidad con lo establecido en los art. 9, 10 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha del fallo de primera instancia.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se regulan en las sumas de $ 1.925,00 en conjunto para las Dras. ... y ..., y $ 2.310,00 para el Dr. ..., de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 104/105 vta. y hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por TRES SOLES S.R.L., rechazando la ejecución a su respecto.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a la ejecutante perdidosa (arts. 558 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honoraros profesionales por la actuación en la primera instancia en las sumas de $ 5.500,00 en conjunto para las letradas patrocinantes de la excepcionante Dras. ... y ...; $ 5.500,00 para el letrado patrocinante de la actora Dr. ..., y $ 2.200,00 para el Dr. ..., apoderado de la misma parte (arts. 9, 10 y 11 de la ley 1.594).

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en las sumas de $ 1.925,00 en conjunto para las Dras. ... y ..., y $ 2.310,00 para el Dr. ... (art. 15 de la ley arancelaria).

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

**"SANTA CRUZ EVELIN KAREN C/ YOCOVIELLO DEMIAN Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE ACUMULADO A 474162/13"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 474223/2013) – Sentencia: 93/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. SEGURO. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. EXCLUSIÓN DE COBERTURA. LICENCIA DE CONDUCIR. LICENCIA VENCIDA. IDONEIDAD PARA CONDUCIR. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR. DISIDENCIA.
ACCIDENTE ENTRE MOTOCICLETA Y AUTOMOVIL. PRIORIDAD DE PASO. DAÑOS Y PERJUICIOS. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

1.- Cabe rechazar la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora, a quién debe hacerse extensiva la condena de autos, pues en oportunidad de producirse el accidente de autos, y no obstante que a ese momento el demandado tenía vencida su licencia de conducir desde hacía poco más de un mes, no carecía de la idoneidad para la conducción de vehículos, en atención a que tres días después del siniestro aquella habilitación le fue renovada, por lo que hacer lugar a la exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora resulta una interpretación irrazonable y abusiva, en perjuicio de la víctima, de los términos del contrato de seguro. (del voto de la Dra. Clerici, en mayoría).

2. Sin duda, conducir con licencia vencida constituye una falta administrativa y, como tal, debe ser sancionada, pero por las características del caso de autos ese solo hecho no resulta suficiente para fundar la exclusión de cobertura. (del voto de la Dra. Clerici, en mayoría).

3.- Teniendo en cuenta que a la fecha del accidente el demandado carecía de licencia para conducir vigente, es que resulta correcta la decisión de la jueza de hacer lugar a la exclusión de cobertura. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en minoría).

4.- En cuanto a la idoneidad para conducir, en realidad la misma no puede ser tan evidente a poco que se tenga en cuenta que el accionado no cumplió con lo expresamente dispuesto por la ley de tránsito, al no respetar la prioridad de paso del vehículo que se presenta por la derecha. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SANTA CRUZ EVELIN KAREN C/ YOCOVIELLO DEMIAN Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE ACUMULADO A 474162/13”, (JNQCI1 EXP Nº 474223/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 325/336 hace lugar a las demandadas deducidas y en consecuencia condena a Demián Yocoviello a abonar las sumas fijadas con más sus intereses, con costas. Asimismo hace lugar a la defensa planteada por la aseguradora con costas a la demandada.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 353/356 y la actora a fs. 357/368.

A fs. 373/379 la aseguradora contesta los agravios de la actora y a fs. 380 los del demandado. A fs. 381/385 la actora responde los

agravios del demandado.

II.- Agravios de la demandada.

El primer agravio se dirige a sostener que la decisión de exclusión de la cobertura por falta de licencia para conducir resulta carente de razonabilidad, aludiendo a la función social del seguro y a que la cuestión debe decidirse en base a principios.

En tal sentido dice que la labor judicial debe interpretar la ley y que la sentencia no puede ceñirse a reconocer la operatividad del artículo 1.197 del código civil y que incluso quienes aceptan la exención de responsabilidad por falta de licencia consideran que dicha conclusión debe ceder si se encuentra demostrada la capacidad del conductor o se obtiene el carnet luego de ocurrido el siniestro, y es por ello que las cláusulas del contrato no pueden ser entendidas en sentido literal y en caso de duda a favor de la interpretación mas favorable al consumidor, aludiendo a la aplicación de dicha ley de defensa del consumidor.

En segundo término cuestiona la atribución de responsabilidad ya que fue impactado luego de trasponer la línea media y en la parte trasera derecha del vehículo que conducía, siendo además la moto el vehículo embistente además de su alta velocidad.

Agravios de los actores.

a) agravio común.

Ambos accionantes cuestionan la exclusión de cobertura invocada por la aseguradora.

Reconoce que si bien el asegurado tenía la licencia vencida desde un mes antes al accidente, señala que la misma le fue otorgada a los tres días del hecho.

En tal sentido considera que una correcta interpretación de la cláusula y las particularidades del caso, debieron llevar a la jueza a una conclusión distinta a la arribada.

Es por ello que considera que no puede sostenerse que carecía de habilidad conductiva cuando obtuvo la licencia a los tres días.

Destaca que una adecuada interpretación normativa no puede desentenderse de las particularidades de la causa citando precedentes de esta Sala en relación al tema.

b) agravios de Evelin Santa Cruz.

Considera que el monto fijado en concepto de daño físico es insuficiente aplicando el promedio de las fórmulas Vuotto y Méndez conforme lo ha postulado esta Sala.

El segundo agravio cuestiona por bajo el monto del daño moral aludiendo a las consecuencias que le produjo el accidente.

c) agravios de Franco Muñoz Reyes.

Objeta el rechazo del daño físico ya que si bien la sentenciante otorga pleno valor a la pericial médica, considera que la existencia de una cicatriz no produce perjuicios patrimoniales no habiendo sido reclamado el daño estético.

En tal sentido entiende que la existencia de una cicatriz no solamente importa un detrimento estético sino que representa menores probabilidades de obtener un empleo.

Afirma que en la sociedad moderna el cuerpo es la carta de presentación y que el aspecto físico posee una indudable influencia en las posibilidades de crecimiento profesional o de acceso a una fuente laboral.

El segundo agravio cuestiona el reducido monto fijado en concepto de daño moral, ya que no se tiene en cuenta que como consecuencia del accidente, tuvo un drástico cambio en su vida: de gozar de un perfecto estado de salud pasó a convertirse en un ser enfermo, desgraciado y con ideas de autoeliminación.

III.- Analizaré en primer lugar lo referido a la exclusión de cobertura de la aseguradora.

Principio por señalar que si bien comparto lo expresado por la aseguradora al contestar los agravios del actor en el sentido que carece de legitimación para oponerse a una cláusula de exclusión de la cobertura del contrato de seguro por cuanto no es parte, al haber aceptado responder a la pretensión deducida por los accionantes sin objeción alguna, entiendo que lo manifestado a esta altura del proceso no puede ser aceptado.

Si bien entiendo que debiera existir una acción directa de la víctima contra la aseguradora ello requiere de una modificación legal pero de todas formas no fue una cuestión que se introdujera durante la sustanciación del pleito.

Pues bien, analizados los agravios y tal como lo señalara en los precedentes citados entiendo que la sentencia en lo que al punto se refiere debe ser confirmada, sin perjuicio de señalar que ello no es criterio unánime de esta Cámara.

Así sostuve en la causa “BRITO CONTRERAS” (Expte. N° 386457/9 del 9 de abril del 2.013) así como en la causa “VIDAL” (500412/2013 del 20 de octubre del 2.016):

“La exclusión de cobertura o no seguro, importa la limitación de un riesgo o su exclusión. Ello significa que, al no entrar en las previsiones contenidas en el contrato, el asegurador no se halla obligado a garantir. Lisa y llanamente el asegurado carece de derecho a exigir el pago de las consecuencias dañosas de un siniestro porque el evento no se halla cubierto contractualmente, no ha sido tomado a su cargo por el asegurador y, por ende, no percibió prima por él”.

"En este supuesto se origina una falta de cobertura, un "no seguro" porque el riesgo se halla formalmente fuera de la garantía dada en la póliza respectiva".

"La exclusión de cobertura, en tanto defensa anterior al siniestro, es oponible al asegurado, y en el seguro contra la responsabilidad civil, también al damnificado cuando este ejerce el derecho de citar en garantía al asegurador (Stigliz, Rubén, "Derecho de seguros" tomo II, páginas 132 y siguientes)".

En tal sentido y conforme lo expuesto y por tratarse de una cláusula de exclusión expresa que figura en el contrato es que, en el caso, resulta clara la exclusión de la condena a la aseguradora.

Al respecto y al adherir a un voto del Dr. Silva Zambrano se expresó en la causa "MUÑOZ EMILIO JAVIER CONTRA SORIA JOSE LUIS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. EXP Nº 295937/3), citada por la aseguradora:

"Así, y aun compartiendo la afirmación acerca de la función social que cumple el sistema de seguros dicha aseveración no puede llegar a convertir al mismo en un seguro social, instituciones claramente diferenciadas".

"La función social del seguro radica en la posibilidad de diluir las consecuencias dañosas de un siniestro a través de la mutualidad de los asegurados".

"Así se ha señalado: "Se nos presenta como el dispositivo más adecuado para obtener el traslado de la carga dineraria que origina el débito de responsabilidad hacia un tercero, el asegurador, el cual por aplicación de su técnica obtiene la dilución de las consecuencias dañosas de los siniestros a través de la mutualidad (latu sensu) de los asegurados, con cuyas aportaciones a costo cierto y parcial, matemáticamente calculadas, sobre los resultados que nos arroja la estadística, permite la obertura de los daños ocasionados por la verificación de los riesgos" (Morandi, Juan Carlos Felix, Seguro de responsabilidad civil por accidentes de automotores, en RJSAER, Nº 5 p.321) citado por Miguel Piedecasas en "Régimen legal del seguro pág. 351 Rubinzal Culzoni Editores)".

"En ese orden de ideas continúa señalando Piedecasas y en lo que aquí me interesa destacar: "El seguro de responsabilidad civil, estructurado a partir del artículo 109 de la Ley de Seguros, tienen una función social, ya que sus efectos prácticos inciden sobre la comunidad en forma directa, pero no un origen "social" dentro de la clasificación de los seguros. En este ámbito se deben distinguir dos relaciones jurídicas autónomas: la de responsabilidad, asegurado-damnificado; la de seguro, asegurado-asegurador."

"Y agrega: "La relación que se puede generar entre damnificado y asegurador parte del contrato de seguro, por lo cual sus delimitaciones objetivas y subjetivas le son oponibles." -el subrayado me pertenece- (ob. citada pág. 372).

"La exclusión de cobertura por falta de carnet habilitante se relaciona directamente con los elementos del seguro detallados por la parte: riesgo cubierto, prima que se abona y prestación comprometida. En ese marco, la delimitación del riesgo se estructura decididamente con las cláusulas de exclusión las que, vale señalar se encuentran preanoticiadas al asegurado y aprobadas por la Superintendencia de Seguros, aspecto éste también expuesto de modo preciso por el apelante".

Al dirimir la disidencia en la ya mencionada causa "Brito contreras" la Dra. Pamphile en fundamentos con los que coincido señaló:

"Y, en este sentido se ha indicado, en criterio que comparto: "…Es oponible al actor la cláusula que excluye el deber de indemnizar, que resulta de las condiciones generales de la póliza, que es anterior a la producción del siniestro y que consiste en la falta de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor por la ley de tránsito n° 24.449 arts:. 13, 14, 72, 83, 86 y concordantes. El art. 39 prescribe que es requisitos para poder circular que el conductor esté habilitado para conducir ese tipo de vehículo y que lleve consigo la licencia correspondiente en tanto que el art. 49 dispone que está prohibido en la vía pública: a) conducir.....sin la licencia especial correspondiente..., cuando.. .las licencias habilitantes, estuvieran vencidas."

La Suprema Corte de la Provincia de Bs.As. resuelve de modo constante, que la cláusula de la póliza que excluye los siniestros producidos por vehículos conducidos por personas que no están habilitadas para su manejo puede ser válidamente opuesta a la víctima si se ha probado que el conductor del automotor carecía de carnet habilitante (S.C.Bs.As., Fallo del 2.5.1989, L.L. 1989-E-129;; Ídem del 15.5.1990, L.L. 1990-D-356). Asimismo, el Superior Tribunal de Misiones, en sentencia del 13.4.1998 (L.L. Litoral, 1999-884) se expidió en sentido concordante, señalando que "la exigencia de carnet habilitante configura un obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor… Dicha cláusula, nada tiene de irrazonable, y libera al asegurador de afrontar el pago de la indemnización reclamada, toda vez que a la fecha del accidente ocurrido el 12.1.2002 el conductor no estaba habilitado por la autoridad competente para hacerlo, lo que implicó asumir un riesgo adicional, que no puede ser cubierto por la aseguradora, sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato. Esta cláusula, de delimitación del riesgo no contradice ninguna norma imperativa de la Ley de Seguros toda vez que el registro de conductor expedido por la Municipalidad de San Isidro expedido el 13.5.1995 caducó su vigencia el 13.5.2000, circunstancia que ha sido reconocida expresamente por el demandante y está corroborada por el informe producido en fs. 295.

El sentido de esta exclusión del riesgo, es procurar evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementaría anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad. En tales condiciones, si el vehículo es conducido por quien carece de registro habilitante, se produce contractualmente un supuesto de inexistencia de cobertura y no puede la víctima pretender que la condena alcance a la aseguradora de quien al momento del accidente carecía por ese motivo de vínculo con el responsable. Se trata, como se ha dicho, de un supuesto de limitación del riesgo o de no seguro en el que resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y la protección de la víctima...” (C.N.Civil, Sala H, in re "Herrera Verónica c/ Portillo Nélida", diciembre 26 de 1996)…” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, voto del Dr. Sanchez, Berretta, Mónica Ercilia y otros c. Diálogo Publicidad S.A. y otros 29/06/2010 Publicado en: RCyS 2011-I , 132 Cita on line: AR/JUR/41298/2010).

Teniendo en cuenta que a la fecha del accidente el demandado carecía de licencia para conducir vigente, es que resulta correcta la decisión de la jueza de hacer lugar a la exclusión de cobertura.

En cuanto a la idoneidad para conducir a que aluden los quejosos, señalo que en realidad la misma no puede ser tan evidente a poco que se tenga en cuenta que el accionado no cumplió con lo expresamente dispuesto por la ley de tránsito, al no respetar la prioridad de paso del vehículo que se presenta por la derecha como se desarrollará a continuación.

En cuanto a la aplicación al caso de la ley de defensa del consumidor y la oposición de la cláusula a la víctima, constituyen argumentos que no pueden admitirse.

Así ya nos hemos expedido sobre dichas cuestiones al señalar en la causa “VALENZUELA CONTRERAS” (Expte. N° 472397/2012) del 2 de marzo del corriente año, que:

“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 lo expuesto considero que debe confirmarse la exclusión de cobertura invocada por la aseguradora con costas a ambas partes atento resultar vencidas.

IV.- Corresponde analizar a continuación el agravio vertido por el demandado con relación a la responsabilidad que se le endilga en la sentencia.

Al respecto y dado que la cuestión se resuelve en función de la prioridad de paso conviene tener en cuenta lo sostenido por esta Sala en relación al tema.

Así en la causa "DE LA TORRE" (Expte. N° 425220/2010) sostuvimos:

"En relación al tema de la prioridad de paso y su aplicación en el caso de la avenida Argentina, en el caso Olascoaga, esta Sala ha sentado la postura de que la misma es absoluta, salvo supuestos excepcionales y que rige en la Avenida Argentina o su

continuación la Avenida Olascoaga, que es donde ocurriera el hecho que originara estas actuaciones."

Así en la causa "VERA GASTON FERNANDO C/ CANZIANI PAULO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 370695/2008) del 11 de abril del corriente año dijimos en relación al tema:

Y como la actora no respetó la prioridad de paso de quien circulaba por la derecha, resulta plenamente responsable del accidente razón por la cual su pretensión no puede prosperar.

"Se destaca que ha sido el propio accionante quien reconoció que venía una camioneta por su derecha, de cuya existencia se percató, y que no pudo determinarse el lugar del impacto razón por la cual no puede afirmarse que había traspuesto la intersección como se afirma en los agravios.

"Sobre el tema de la prioridad de paso esta Sala se ha pronunciado en forma reiterada adjudicándole un carácter absoluto."

"En tales condiciones la cuestión debe dilucidarse en base a la preferencia de paso con que contaba la demandada."

"Al respecto he sostenido:

Al expresar agravios, la demandada sostiene a la vez que, del dictamen del perito no se pudo establecer la velocidad a la que circulaban los rodados, y luego que del informe y de las placas fotográficas de la causa penal surge que el auto del actor circulaba a elevada velocidad e insiste en que su vehículo arribó en primer lugar al cruce y ello implica que la prioridad de la ley debe ceder."

"Al igual que en otras ocasiones entiendo que el hecho de buscar excepciones a la regla de la prioridad de paso, es justamente esa casuística elaborada por la jurisprudencia la que ha contribuido a que la regla deje de ser tal.

"Al respecto, he tenido ocasión de señalar en numerosos precedentes de esta Sala: "MARCILLA MARCELO OSCAR CONTRA AVILA MANUEL GERARDO Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 270842/1), "SOSA IRMA DEL CARMEN CONTRA SALGADO ALEJANDRO GUSTAVO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 314527/4) mi postura:"

"Principio por señalar que en algunos precedentes propicié igual postura pero, desde hace algún tiempo, tanto en la Alzada (ver "DELGADO CRISTINA MARTA CONTRA D'ANGELO CARLOS ALBERTO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 1109-CA-0)) como subrogando la Primera Instancia, sostengo que la prioridad de paso del vehículo que se presenta por la derecha, es absoluta."

"Para ello me fundo en las siguientes razones: "1) el artículo y la letra expresa de la norma en cuanto dice que: "Art. 41.- Prioridades. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha.

Esta prioridad es absoluta….

"Esto es, del propio texto de la norma y al menos en dos ocasiones, se señala la absolutez del principio adoptado: cuando dice que debe ceder siempre y luego cuando establece la prioridad como absoluta.

"2) los jueces no somos expertos en tránsito y por lo tanto no estamos en condiciones, ni debemos analizar si la prioridad es procedente o no. Ha sido así dispuesta por el legislador y ello supone un análisis sobre el tema que obliga (salvo supuestos excepcionales) a acatarla."

"3) con la excusa de hacer justicia en el caso concreto, la relativización de los principios en esta materia, ha contribuido al caos vehicular hoy existente y que produce muertes, heridos, daños materiales, etc, en aumento. Y es lógico que ello ocurra así ya que las reglas de tránsito de objetivas, han pasado a ser subjetivas ya que los jueces, entre otros, se encargan de relativizarlas y dejarlas sin efecto. Eso sí, invocando la justicia en el caso concreto."

"Al respecto me parece oportuno transcribir el voto del Dr. Roncoroni en una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa Salinas, Marcela c. Cao, Jorge (Ac. 79.618) dijo, en lo que al tema interesa y sin perjuicio de compartir el restante punto de análisis: "

"II. Precisamente buscando el sentido de la preferencia de paso en las encrucijadas que consagra la regla "derecha primero que izquierda" que entroniza el primer párrafo del inc. 2° del art. 57 de la ley 11.430 -como antaño lo hiciera el art. 71 inc. 2° de la ley 5800- hemos sostenido que la subsistencia de una sociedad depende de la existencia de un proyecto vital común, sentido y compartido como tal, que requiere, necesariamente, de la ordenada y, en lo posible, armónica convivencia de sus integrantes. Para ello, la sociedad demanda un orden o pacto social que ordene esa convivencia en torno a una serie o conjunto de normas cuyo acatamiento y cumplimiento ha de imponerse coactivamente a quienes no le presten voluntaria sujeción. Esto es el ordenamiento jurídico de una comunidad. Y como tal, así entendido, el ordenamiento jurídico -como cada una de sus normas- expresa un proyecto coexistencial."

"Si entendemos el profundo significado y trascendencia de ese ordenamiento jurídico (que no es otro que el de permitir y ordenar la convivencia -vivir con los demás, vivir en sociedad-) habremos, también, de aprehender, en su justa medida, el mismo sentido que impregna a cada una de las normas que se integran en el sistema. Todas y cada una de ellas sirven a esa armonía y entendimiento del vivir en conjunto."

“Y desde ya que entre esas todas, se encuentra la norma que otorga el derecho de paso en las encrucijadas. Por ello, cuando en mis anteriores fallos de Cámara me he referido a cómo juega dicha norma en tales circunstancias de lugar, estoy poniendo en foco ni más ni menos que en la necesidad de ese entendimiento vital común que debe ser compartido y respetado y que tiene su cuota de realismo en cada momento de la convivencia. Necesidad que en el supuesto que nos ocupa tiende a ser satisfecha por lo que llamamos una norma de prevención.”

“Pero para mejor comprender todo ello y nuestra postura ante el tema, creo conveniente reiterar la línea argumental que venimos insinuando desde nuestros tiempos de juez de primera instancia y más luego en la Cámara donde se nos escuchara decir: "en el escenario de las ciudades multitudinarias y de gran parque automotor -como la nuestra- la presencia preponderante, invasora y casi omnipotente en sus calles de vehículos preñados de velocidad y cargados de potenciales riesgos, exigen de la comunidad una serie de normas de prevención que se traduzcan en pautas de comportamiento de sus habitantes, como medio de mitigar y evitar, en lo posible, aquellos riesgos.”

“Algunas normas de este tipo, que hacen a la seguridad y educación vial, aparecen contenidas en los Códigos de Tránsito (entre nosotros antiguamente la ley 5800 y hoy la ley 11.430) y reclaman -pese al desdén que hacia su eficacia saben exteriorizar sus destinatarios y hasta los encargados de velar por su acatamiento- un celoso cumplimiento y un rigor creciente en el reproche a su violación. La solidaridad y las necesidades de defensa y preservación de una sociedad organizada, frente a la violencia mecánica presente en su seno y qué actitudes u omisiones individuales o conductas desviadas pueden hacerla desbordar en daños, así lo requieren.”

“Convencido de que precisamente una de estas normas es aquella que consagra la regla de la prioridad de paso (arts. 71 inc. 2 de la ley 5800 y 57 inc. 2°, ley 11.430) he dicho de ella que juega como cuña del civismo en el desplazamiento urbano de los automotores, desde que objetivamente exige que quién llega a una bocacalle debe ceder espontáneamente el paso a todo vehículo que se presente por su derecha. De lo contrario esa preciosa regla de tránsito (y que la salud de la sociedad necesita que se internalice en todos los ciudadanos conductores) perdería su eficacia y, lo que es más, el desplazamiento vehicular por las calles se sembraría de inseguridad en cada esquina, donde la prioridad no estaría dada por una regla objetiva cual la de las manos de circulación, sino por una regla de juego arbitraria y hasta salvaje, cual la de quien llega primero al punto de colisión y resulta impactado, se libera de culpas (28-IV-1983 R.S.D. 136 bis/83; íd. c. 190.838 del 18-X-1984 R.S.D. 258/1984) o, agrego ahora, por la no menos peligrosa de que quien primero ingresa a la bocacalle está exento de reproches." (C 1ª, sala III; La Plata, Reg. sent. 267/84).” -el resaltado me pertenece-.”-“Si como afirma Oliver W. Holmes, la suerte del ser humano se encuentra permanentemente acicateada por el peligro y la incertidumbre ("The Path of Law", Harvard Law Review, t. 10, p. 466), no debe sorprender que como juez encuentre necesario, en casos como el que nos ocupa, priorizar el valor seguridad, entendido precisamente como protección frente a esos riesgos. El mundo circundante es un mundo de riesgos y, en particular, lo es el tránsito vehicular que se integra en su realidad, el cual debe ser asegurado con normas como las del art. 57 inc. 2°, segundo párrafo de la ley 11.430. Es que como decía Recasens Siches "sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase".”

“Es bueno recordar, cuando transitamos la vereda de la axiología de la mano del valor seguridad y pretendemos asegurar el mismo en aras de la vida en común, que "desde siempre el hombre ha pretendido conocer con la mayor precisión posible qué acciones de otros hombres pueden interferir con él, y qué acciones suyas pueden incidir en los otros. Lo cual deriva de una de las características de la condición humana que es querer saber a qué atenerse en las relaciones con los demás" (A. Alterini "La inseguridad jurídica"; Abeledo-Perrot, 1993, p. 15).”

“Para ello, precisamente para saber a qué atenerse en las relaciones con los demás en las situaciones que los vehículos generan en las bocacalles, está dada la norma de preferencia de paso en las mismas, que con el equilibrado juego de expectativas mutuas que despierta en sus destinatarios está marcando, en cada caso concreto, los deberes de actuación de cada uno: "el conductor que llegue a una bocacalle o encrucijada debe en toda circunstancia ceder el paso al vehículo que circula desde su derecha hacia su izquierda, por una vía pública transversal" (art. 57 inc. 2° ley cit.).”

“En el mismo sentido el Dr. García ha dicho en autos “ALEGRIA MONTECINOS NORMA E. C/IRIARTE LUIS ALBERTO Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. Nº 580-CA-2) que:

“Tal como alega el recurrente, la cuestión planteada en autos reproduce “mutatis mutandi” la situación fáctica contemplada in re “SOTO WALTER DANIEL Y OTRO CONTRA CAMPOS ROLANDO Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. Nº 1028-CA-0), en la que expresáramos:” Hemos tenido ocasión de desentrañar con Tabasso Cammi (“Preferencias del Ingreso prioritario, de la derecha izquierda y de ipso, intentando terminar una polémica interminable”, en Rev. Derecho de Daños. Acc, de Tránsito III, págs.7 y sgtes.), la trascendencia que cabe atribuir a la preferencia en cuestión en procura de la seguridad en el tránsito. También

hemos sostenido con el autor citado, que la preferencia de quien accede por la derecha no cede por el arribo anticipado del otro confluyente, ya que si así fuera la prioridad no existiría, quedando sustituida por la anticipación en el acceso”.”

“De esta manera cabe destacar una vez más que la cuestión que intenta hacer valer la demandada como excepción a la regla, esto, es el ingreso en primer lugar a la bocacalle, ni siquiera es de las excepciones contempladas por la norma.”

“Así, el artículo 41 de la ley 24.449 “PRIORIDADES. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante:

“a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista. Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3.

Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este ARTICULO. Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no.”

“Los conceptos aludidos hacen hincapié en el carácter objetivo de la regla, aspecto al que resulta imprescindible otorgar prioridad como pauta cultural ordenadora del tránsito.-

“El respeto absoluto a la regla necesariamente habrá de generar un nuevo modo de comportamiento, al igual que ha ocurrido con otras cuestiones en que al erradicarse las excepciones y exigirse el cumplimiento de la norma tal como fue prevista por el legislador, ha producido cambios radicales en el modo de convivir en la sociedad, pudiendo citar a modo de ejemplo la prohibición de fumar o la obligatoriedad respecto al uso de cinturón de seguridad tanto en el tránsito por rutas como urbano.

“La subsistencia de pronunciamientos judiciales que a través de la casuística establecen excepciones a fin de contemplar la justicia del caso no hacen más que debilitar el principio, el cual fue concebido en forma absoluta y con solo unas pocas excepciones previstas taxativamente por la misma norma.”

“En consecuencia y por todo lo señalado, la prioridad de paso que tenía el actor al venir circulando por la derecha cobra virtualidad plena y provoca la responsabilidad total de la parte demandada en el accidente, razón por la cual corresponde rechazar el agravio expresado al respecto y confirmar en ese aspecto, la sentencia de grado. (“Solis Raúl Eugenio contra Bianchi Hugo Alberto y otro s/ D. y P. por uso autom. c/lesión o muerte”, (Expte. Nº 349208/7) 15/5/12)”.

“A lo dicho cabe agregar un argumento que en el caso de autos es lo que me lleva variar mi postura, y es que la regla de la prioridad absoluta no puede ceder frente al uso local que pueda predicarse respecto a la Avenida Argentina o la envergadura atribuida a esa arteria.”

“En tal sentido el carácter objetivo de la norma a la que hemos aludido repetidamente debe descartar en su aplicación cuestiones relacionadas con ponderaciones personales ya que, insisto, su equiparación con la pauta cultural relativa al uso del cinturón de seguridad debe excluir la valoración subjetiva acerca de la mayor o menor velocidad de llegada a la encrucijada, el impacto del choque en la parte delantera o trasera, o el mayor o menor volumen de tránsito que pueda tener una arteria para equipararla a una semi-autopista.”

“He aludido al “uso local”, pues me parece fundamental para insistir en el carácter objetivo de la regla que el mencionado hábito o convencimiento local no pueda argumentarse para evadirla, pues las reglas de tránsito deben ser iguales tanto para los residentes como para aquellos que vienen de otras ciudades, cuestión que de generalizarse ha de redundar en beneficio de quienes siendo de esta localidad en alguna ocasión deban manejar en otra, de la cual desconozcan el particular uso local que se le otorga a sus arterias.”

“En el caso de la regulación normativa del tránsito es indispensable la necesidad de reglas y no tanto de principios, teniendo en cuenta la diferencia que de ambas efectúa Alexy.”

“El autor citado, aún cuando se refiere a normas fundamentales, efectúa una distinción que refuerza mi idea en el tema.”

“Así afirma que las normas pueden dividirse en reglas y principios: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos… En cambio,

las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio". (Alexy, Robert (2001). Teoría de los derechos fundamentales, trad. Ernesto Garzón)."

"La dinámica del tránsito vehicular en la actualidad, tanto en ciudades como en rutas impone para los que circulamos la existencia de reglas claras, esto es, que se cumplan a todo o nada, pues de regularlo en base a principios, deberíamos estar pendientes de las distintas interpretaciones acerca de lo que es el buen orden del tránsito, lo que cada uno comprende acerca de la velocidad y la seguridad de cada vehículo, etc., quedando permanentemente abierto a justificaciones acerca de lo que cada uno entiende es lo más conveniente para la circulación."

"Aquí cabe también como recurso el ejemplo del cinturón de seguridad: su uso obligatorio no depende de lo que cada uno entienda acerca de la velocidad a la que conduce, si es un adulto o un niño, si va en el asiento delantero o trasero, si circula en la ciudad o en la ruta. El uso del cinturón de seguridad es obligatorio, punto.

"Además la posibilidad de conflicto entre reglas de circulación está expresamente previsto por la ley, artículo 41: "PRIORIDADES. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha.

Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante:

a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista. Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3.

Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este artículo. Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no."

"Asimismo, y a raíz del dictado del reciente Acuerdo N° 48 del Tribunal Superior de Justicia de nuestro provincia en los autos "MARCILLA MARCELO OSCAR CONTRA ÁVILA MANUEL GERARDO Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", en el que se aludiera a una teoría "inquietante" de esta Sala –en ocasión de integrarla el suscripto con la estimada colega Dra. Osti de Esquivel- relacionada con el carácter absoluto de la prioridad de paso por la derecha y su relación con la velocidad entiendo imprescindible efectuar una precisión."

"Señala el alto Cuerpo: "En efecto, la Alzada postula esta inquietante teoría:

"En cuanto a la velocidad de la moto no considero que resulte relevante para la cuestión analizada partiendo de la base, claro está, de que el actor tenía la prioridad de paso y por resultar ello concordante con la postura asumida sobre el punto en cuestión" (cfr. fs. 429).

"Tal afirmación no satisface las exigencias de la jurisdicción. Se trata de un fundamento sólo aparente en la medida en que pretende demostrar su tesis mediante la premisa que debe ser demostrada. En efecto, decir que la ley asigna prioridad absoluta a quien viene por la derecha, sin indagar los alcances y extensión de esa prioridad, para decidir el caso prescindiendo de la interpretación legal, de las restantes normas del ordenamiento que reclaman aplicación y de las circunstancias relevantes de la causa, privan a la sentencia de su necesaria condición de ser derivación razonada del derecho vigente."

"Pues bien, en orden a despejar las inquietudes que puedan suscitarse he de ahondar en las razones de la afirmación, las que vale destacar se encuentran justamente en la estructura del sistema de responsabilidad civil vigente en nuestro país."

"En el marco de la dinámica vehicular, el carácter decisivo de la prioridad de paso por la derecha se asemeja al que tienen las señales lumínicas de un semáforo, de modo tal que al igual que no se discute que quien tiene el semáforo en rojo debe detener su marcha, la prioridad de paso por la derecha impone como conducta la necesidad de disminuir sensiblemente la velocidad para el caso de requerir que el vehículo deba detenerse."

"Es lugar común en la jurisprudencia leer que la prioridad de paso no otorga a quien le corresponde un "bill de indemnidad" para conducirse a su antojo por la vía pública, sobre todo relacionándolo con la cuestión del exceso de velocidad."

"Pues bien, la cuestión de la velocidad que le imprime a su vehículo quien circula por la derecha es preciso relacionarla con el sistema de causalidad que establece nuestro Código Civil."

"En tal sentido, y como ya hemos reiteradamente expresado en esta Sala, el sistema de causalidad adecuada brinda un doble

juego de respuestas en el sistema de la responsabilidad civil de nuestro ordenamiento, pues por un lado sirve para determinar quién es el responsable del hecho y por otro a establecer la dimensión de esa responsabilidad definiendo qué consecuencias debe afrontar."

"En ese sistema causa es aquel acto –u omisión- que "según el curso ordinario y natural de las cosas" es capaz de producir el resultado de conformidad a la experiencia de vida y a lo que regularmente suele ocurrir, de modo tal que el resto de los antecedentes son condiciones de ese resultado y no causa, destacándose aquí en lo que me interesa que quien pone la condición de un acto, no es responsable en el término jurídico que ello trasunta, del resultado de los eventos que se desencadenaran, sólo será jurídicamente responsable quien aportó "la causa adecuada".

"Así: "La construcción jurídica que emerge de los arts. 901 y sstes. del Código de Vélez Sársfield, permite establecer que para determinar la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado. Ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto" (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual, LA LEY 1996-D, 23)"

"Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad: a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente –en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares-, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una condictio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T I, p. 610; SPOTA, Alberto G., El nexo adecuado de causalidad del daño, La Ley 1984-D-323; SCBA, 20/11/90, "Kieffer c/ Establecimiento Modelo Terrabusi", DJBA 142-1271; ídem, 27/12/88, "Morales c/ El Hogar Obrero Coop. de Consumo Ltda.", DJBA. 136-1441; etc). El cálculo de probabilidad que involucra el examen causal consiste en lo que se conoce como "planteamiento de probabilidad clásica a priori". En este tipo de análisis probabilísticos, la probabilidad se basa en el conocimiento anterior al proceso involucrado. (Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A AR/JUR/13716/2013)"

"El juicio en abstracto que requiere la determinación de la relación de causalidad es de toda lógica para arribar a conclusiones inequívocas pues en la realidad del hecho todos los antecedentes forman un conglomerado de condiciones sin las cuales el mismo no hubiera ocurrido."

"Ahora bien, en ese marco y recurriendo nuevamente a la comparación con el semáforo, es cierto que si quien tiene la prioridad de paso otorgada por el semáforo en verde circula a más de 40 km. de velocidad -velocidad máxima en zona urbana- es impactado por quien cruza un semáforo en rojo, puede válidamente sostenerse que el exceso de velocidad pudo ser una "condición" del resultado, pero la causalidad adecuada en el caso está dada por el cruce del semáforo en rojo y no por el exceso de velocidad."

"Así, quien tiene la prioridad maneja bajo la expectativa de que quien no la tiene no va a avanzar, de modo que bajo esa perspectiva -que tiene un origen legal y prescribe una conducta- lo que "ordinaria y regularmente ocurre" es que trasponga la encrucijada sin inconvenientes, pues la regla le impone a quien no cuenta con ella el respeto a la misma, sin que deba "interpretar" a qué velocidad viene quien circula por la derecha."

"En ese marco y sin desconocer la fuerza retórica que tiene la expresión "bill de indemnidad" para restarle vigor a la prioridad de paso por la derecha ésta es una pauta cultural de conducta -reitero pues me parece central- que debe imperar sin excepciones para un tránsito con certezas y sin inquietudes."

"Igualmente, la afirmación de que quien goza de la prioridad tendría derecho a circular arrasando todo a su paso entiendo no recepta adecuadamente las máximas de experiencia, pues si circula a una velocidad a todas luces excesiva quien debe otorgarle paso -siempre y cuando realice la maniobra de disminución de velocidad y detención que requiere cumplir con la norma- no tendrá dificultades para advertirlo, pudiendo detener su marcha."

"Contribuye a la afirmación que precede un hecho de la experiencia que es la dificultad que se plantea para determinar en los procesos la velocidad a la que circulaban los vehículos al momento del siniestro en zonas urbanas."

"De este modo y sin intenciones de restarle validez probatoria a los croquis elaborados por la policía de tránsito, lo cierto es que las pericias mecánicas que obran en los procesos en muchas ocasiones arrojan diferentes resultados y son motivo de todo tipo de impugnaciones, a lo que cabe agregar que se elaboran luego de un considerable transcurso de tiempo."

"Para ello tampoco resultan relevantes los testimonios, pues es sabido que la cuestión de la velocidad se percibe de muy distinta

manera según donde hubiera estado el testigo al momento del accidente, de modo que no es idóneo para establecer una cuestión que supone relaciones entre fuerza, materia y movimiento y requiere de complejos métodos matemáticos para arribar a conclusiones precisas."

"Para culminar, la posibilidad de arraigar el respeto de la prioridad de paso por la derecha como una pauta cultural, junto al ya aludido uso del cinturón de seguridad, como así también la prioridad de circulación del peatón, llevará a que podamos gozar entre nosotros del mentado "respeto a las normas de tránsito" que tanta admiración despierta a nuestros compatriotas cuando tienen oportunidad de viajar al extranjero, y tantas dificultades provoca a los mismos viajeros cumplir una vez traspuestos los límites de Ezeiza."

"De todas maneras la cuestión debe reconocerse que se encuentra discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sin que pueda predicarse que por adoptar una postura diferente ello la torne en carente de sustento legal ya que el afirmar que la prioridad de paso por la derecha es de carácter absoluto cuenta con un expreso respaldo legal –la redacción del artículo en cuestión- y la propia normativa vial señala que su incumplimiento genera una presunción legal de responsabilidad como lo indica el artículo 64."

"Más de siete mil muertos al año, de los cuales el 52% de los accidentes ocurren en zona urbana –conforme las estadísticas de "luchemos por la vida"- obligan a extremar el análisis de la cuestión puesto que el principio rector de la normativa vial es el de la seguridad."

"En tal sentido al postular que la prioridad de paso por la derecha no estamos en presencia de un derecho sino la ejecución de una regla obligatoria puesta en interés general, porque todos los usuarios se atienen a ella para regular sus respectivas maniobras. Ella por lo tanto, con carácter de principio no es renunciable o derogable al arbitrio del particular, especialmente si de la derogación puede derivar peligro para los demás (Tabasso Cammi, "preferencias del ingresos prioritario de la derecha izquierda y de facto" citado por el TSJ, en el precedente mencionado)."

"Como bien señala el autor citado en el párrafo que antecede no puede sostenerse para morigerar el principio que se alegue la aparición imprevista de un automotor toda vez que las calles están destinadas al tránsito de automotores razón por la cual lo normal es que aparezca circulando un auto ya que sostener que su aparición es imprevista no se compadece con la realidad."

"Cabe agregar además que dicho autor señala dentro de los ordenamientos que establecen exclusivamente la preferencia de la derecha izquierda no autorizando a inferir la del ingreso previo por vía interpretativa, se encuentra la ley nacional de tránsito, la convención de circulación de París 1926, convención de circulación de Viena de 1.968, ley de tráfico de España, Suiza, Brasil, Chile, Colombia, EEUU, México entre otros, con lo cual dicha regla, entiendo no permite inferir que alude a quien ingresa primero por vía interpretativa."

"No desconozco por cierto que el autor mencionado postula en definitiva una posición distinta a la aquí expuesta pero como se afirma: "de lege ferenda, el sistema técnico jurídico ideal radica en la combinación simultáneo de ambos arbitrios, pero no dejando alguno de ellos librados a la interpretación y por lo tanto a la discusión –sino formalizados en textos claros, expresos y fácilmente comprensibles por el usuario, pues el reglamento de tránsito no es para juristas, sino un manual práctico de conducta vial –y sobrevivencia- dirigido a hombres medios de todas las condiciones".

"Para resumir.

"Mantengo conforme la postura que sustentara en distintos precedentes, al igual que lo propiciaran otros colegas de esta Cámara y de otros Tribunales del país, que la prioridad de paso de la derecha es un principio absoluto no renunciable y que hace a la seguridad del tráfico, principio este central de la legislación vial."

"Dicho principio es absoluto por cuanto así lo establece expresamente la normativa vigente –artículo 41- y por ello quien la viola es responsable de un accidente de acuerdo a los términos del artículo 64."

"La claridad de la preferencia se debe a que la ley de tránsito está dirigida a la gente común y por cuanto la cantidad de accidentes y muertes derivadas de ellos, obligan a que dicho principio deba mantenerse."

"No se desconoce que existen otras cuestiones de principio técnicas relacionadas con la velocidad a que se debe circular y que también deben ser respetados."

"Concretamente y con relación a la velocidad del automotor preferente entiendo que, en principio, la marcha superior a la permitida no es causa del accidente sino condición del accidente conforme lo expusiera."

"No se me escapa que la propia ley dispone excepciones al principio de preferencia, pero las mismas son legales y no de interpretación y entre ellas no figura la velocidad superior a la permitida en las encrucijadas."

"Tampoco que al afirmar "en principio", estoy admitiendo que puede haber supuestos en que dicha velocidad obre en el caso concreto como causa y no como condición."

"Pero tales supuestos deben ser extremadamente graves y abusivos, conforme los principios del derecho civil, y debiéndose tener

en cuenta que la aparición de un automotor no es sorpresiva en las calles ya que las mismas están hechas para que circulen autos con lo cual lo lógico es suponer que habrá un automotor."

"Así si el automotor preferente está corriendo una "picada" y ello se demuestra, entiendo que por aplicación de los principios generales del derecho civil, dicho conductor comete una conducta abusiva y como tal y pese a la preferencia la misma no puede ampararlo y liberarlo de toda responsabilidad.

Ello supone la acreditación de la conducta abusiva y su gravedad excepcional."

En el caso de autos y conforme lo expuesto en los párrafos que anteceden y por tratarse de un accidente entre un automotor y una moto, con lo cual resulta de aplicación el artículo 1.113 del código civil, la responsabilidad del accidente le cabe al demandado, por haber violado la prioridad de paso y por cuanto en modo alguno ha demostrado la culpa de la víctima, toda vez que sus manifestaciones son meramente subjetivas sin haber aludido a prueba alguna que las sustente.

Se aclara que en momento alguno puede afirmarse que la moto circulara a velocidad superior a la permitida, toda vez que ello no fue determinado en las pericias pertinentes y no se advierte qué relación tiene el supuesto robo, que habría sufrido con anterioridad.

Por ende, corresponde confirmar la sentencia en el aspecto en cuestión.

V.- Agravios de Evelin Santa Cruz.

Como se indicara los mismos se reducen a considerar la cuantía del daño físico y del daño moral.

Se destaca que en función de los términos de los agravios vertidos por la actora toda vez que la demandada no respondió a ellos y la respuesta de la aseguradora resulta innecesaria en función de que se propone confirmar el rechazo de su citación en los términos de la ley de seguros y el contrato pertinente.

En cuanto al monto de la incapacidad física y si bien es cierto que durante bastante tiempo hemos propiciado la aplicación de la fórmula de la matemática financiera, últimamente hemos variado dicho criterio y propiciamos el promedio entre la dicha fórmula y la fórmula "Mendez".

Así hemos dicho:

"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 no se ha objetado el ingreso fijado en la sentencia, así como el porcentaje de incapacidad, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de $90.000.

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 consecuencias del hecho que resultan de la historia clínica de fs. 104 y la pericial médica de fs. 263, es que estimo razonable elevar su monto a la suma de $20.000.

En definitiva la demanda deducida por Santa Cruz deberá prosperar por el importe total de $116.500 ($90.000 por daño físico, $20.000 por daño moral, $6.000 por gastos y $500 gastos farmacia, estos dos últimos no objetados).

VI.- Agravios de Franco Muñoz Reyes.

Los mismos cuestionan el rechazo del daño físico y considera reducido el monto fijado en concepto de daño moral.

En relación al primer aspecto, destaco que comparto plenamente lo afirmado por la sentenciante toda vez que conforme resulta de la pericial médica el actor solamente presenta una cicatriz como consecuencia del accidente sin que se pueda advertir de qué manera la misma le causa una incapacidad laboral máxime que el propio perito ha descartado que pueda verse afectado en sus actividades laborales, sociales o deportivas conforme se desprende de la respuesta dada al punto 19, reiterando luego que no existe limitación para su vida de relación ni laboral (punto d).

Aceptar el argumento que se esgrime en la expresión de agravios resulta manifiestamente improcedente por cuanto importaría sostener que una persona puede ser discriminada por tener una cicatriz y que ello obste para su ingreso en la esfera laboral o patrimonial.

En cuanto al monto del daño moral y tomando en cuenta lo expuesto al respecto en el considerando que antecede, así como las consideraciones que se vierten en la sentencia y que resultan de las periciales médica y psicológico, entiendo que debe ser elevado al monto de $20.000.

En tal sentido el monto a favor de Muñoz Reyes debe elevarse a la suma total de $25.800.

VII.- Por las razones expuestas propongo: 1) se confirme el rechazo de cobertura asegurativa por parte de la aseguradora con costas a ambas partes, debiendo fijarse los honorarios de los letrados en base al artículo 15 de la ley 1.594, 2) se confirme la sentencia en lo sustancial modificándola en lo que se refiere a los montos de condena en los importes determinados en los considerandos pertinentes, con costas a la demandada perdidosa, debiendo regularse los honorarios de los profesionales intervinientes en base al artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en lo que refiere a la atribución de responsabilidad en la producción del accidente de tránsito, y a la solución dada a los agravios sobre los daños físico y moral de ambos actores, pero disiento en lo concerniente a la defensa de exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora citada en garantía.

II.- Tal como lo sostuve en los precedentes citados por mi colega de Sala (autos "Brito Contreras c/ Lagos", expte. n° 386.457/2009,

P.S. 2014-V, n° 420; y "Vidal c/ García", expte. n° 500.412/2013, P.S. 2016-VII, n° 207), "El contrato de seguro es un contrato por adhesión a cláusulas predispuestas. En este tipo de contratos, su configuración interna (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, empresario, etc.), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquél contenido (cfr. Cám. Nac. Apel. Com., Sala B, 13/8/1985, "Sichel c/ Boris Garfunkel e Hijos", JA 1986-III, pág. 502). Si bien pueden existir condiciones particulares negociadas individualmente por las partes, la mayor parte del contrato (condiciones generales) responde a la voluntad del predisponente.

"La contratación predispuesta constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quién debe contratar con la empresa generadora del texto del contrato.

"Señala Rubén Stiglitz ("Temas relativos al contrato de seguro", LL diario del 29/8/2011) que la contratación predisponente porta los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación en favor del predisponerte y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia a través de cláusulas inequitativas en detrimento del adherente. Sigue diciendo el autor citado que "la predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el profesional y que generalmente (no siempre) coincide con la disparidad de fuerzas económicas. El predisponente es quién concentra el poder de negociación, el que se manifiesta, predominantemente, en que por anticipado redacta las condiciones generales sin que el adherente disponga de la posibilidad de negociar individualmente total o parcialmente su contenido. A ello debe añadirse que, predominantemente, el profesional es quién detenta información, lo que lo sitúa en una situación de superioridad técnica y a la contraparte en inferioridad jurídica, de allí que a esta última se la identifique como el profano, el débil o el vulnerable… La alternativa de que dispone el adherente consiste en no contratar, hipótesis excepcional, pues habitualmente se halla en estado de compulsión para hacerlo, del cual no puede sustraerse, pues necesita (vulnerabilidad) del bien o servicio que presta el predisponente…La opción –la única- que se le presenta es contratar como dice el texto predispuesto, en cuyo caso debe adherir en bloque al esquema (contenido) programado por el profesional".

"Este marco contractual no puede ser ignorado a la hora de analizar la operatividad de las cláusulas de los contratos por adhesión, debiendo tender su interpretación a restablecer el equilibrio contractual, y favorecer, en caso de duda, al contratante más débil.

"A ello debo agregar que existe un cambio de paradigma en el derecho de daños, donde ya no se pone la mirada en forma preponderante en el autor del daño, sino en la víctima y su reparación. Y esta mirada no puede estar ausente cuando se trata de analizar un seguro como el de autos que, además de ser obligatorio (art. 68, Ley 24.449), ha sido instrumentado para tutelar un interés superior que es, precisamente, la reparación de daños a terceros (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala H, 3/12/2007, "Moguilevsky c/ Beltrán", LL 2009-D, pág. 629).

"…Cierto es que, en el momento del accidente, la conductora del rodado carecía de licencia que la habilitara para conducir, pero dicha licencia fue emitida por la autoridad pertinente el día después del siniestro. Esta inmediatez temporal entre la fecha del accidente y la de expedición de la licencia marca la nota distintiva del supuesto bajo análisis.

"La jurisprudencia no es pacífica sobre el tema. Así se ha decidido que si el vehículo fue sustraído de un garage, la ausencia de la verificación periódica para determinar su estado de funcionamiento requerida por el art. 34 de la Ley 24.449 –contemplada como causa de exclusión de cobertura- no es operativa ya que no resulta razonable tal previsión (Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala E, 29/7/1994, "Lekeito S.A. c/ La Buenos Aires Cía. de Seguros", citado por Stiglitz, Rubén en "Temas sobre el contrato de seguro automotor", JA 2011-IV, pág. 6). De igual modo se ha resuelto que la falta de habilitación para conducir sólo resulta relevante si, de acuerdo a las circunstancias del caso, incidió en la causación del siniestro, es decir, si efectivamente promedió impericia o inidoneidad como efectiva agravación del riesgo, la cual no se presume (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala J, 27/9/2011, "Vivaldi c/ Gamma", citado por Diegues, Jorge Alberto, "La licencia conducir como causal de exclusión de cobertura en el contrato de seguro", LL diario del 30/8/2012). En igual sentido, invocando la tutela de los intereses de la víctima se ha expedido la Sala K de la Cámara citada en último lugar (29/12/2005, "Rumi c/ Liotto", JA 2006-II, pág. 699; también las Salas L y M de la Cámara referida con igual criterio que la Sala J (15/2/2010, "D'Agostino c/ De Leo", LL on line AR/JUR/1407/2010; 28/10/2011, "Filiberto c/ Maceratesi", LL on line AR/JUR/1079/2011).

"Existen también decisiones judiciales que excluyen la cobertura ante el supuesto de carencia o vencimiento de la licencia para conducir en el momento del siniestro en forma automática (cfr. SCJBA, 11/8/2010, "Tissone y otro", LL on line AR/JUR/1808/2010; Cám. Nac. Apel. Civil, Sala F, 22/10/2009, "Álvarez c/ Delgado"; ídem., Sala I, 9/12/2004, "Magistrali c/ Alegre"; Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala A, 6/6/2008, "Navarro c/ Boston Cía. Argentina de Seguros", todos citados por Diéguez, Jorge Alberto, op. cit.), por tratarse de una conducta ilícita del asegurado, que conducía sin licencia o que permitió que el vehículo fuera conducido por una persona que no se encontraba habilitada a tal fin.

"La exigencia de obtener el carnet habilitante para conducir automotores se encuentra prevista por la Ley 24.449 (art. 40, inc. a). Conforme los arts. 13 y 14 de la ley referida, el objetivo de la licencia habilitante es la comprobación del estado psicofísico del

conductor, de sus conocimientos teóricos sobre educación y ética ciudadanas, conducción, señalamiento y elementos de seguridad del vehículo y de sus conocimientos prácticos en la conducción. En otras palabras, con la obligación de obtener la licencia de conducir se busca controlar la idoneidad psicofísica y en el manejo de vehículos. En tanto que con las renovaciones periódicas se controla el estado de salud psicofísica y la conducta tenida por el conductor (existencia de sanciones), dejándose de lado los conocimientos en la conducción ya que ésos se presumen por el otorgamiento del carnet inicial.

"Indudablemente la conductora del vehículo asegurado en estas actuaciones, que obtuvo su carnet de conducir el día inmediato posterior al accidente contaba con todas las idoneidades requeridas para su otorgamiento también el día del siniestro, ya que no resulta posible que, de un día para otro, se adquiera la idoneidad que no se tenía el día anterior. Por ello, la finalidad de la norma reguladora del tránsito vehicular al requerir la extensión de la licencia de conducir se encuentra cumplida, ya que la conductora del rodado contaba con la idoneidad requerida. De otro modo no se le hubiera otorgado la habilitación al día siguiente.

"Por otra parte, tampoco se encuentra probado que el accidente de autos tenga por causa preponderante la impericia de la conductora, toda vez que la atribución de responsabilidad se ha hecho en base a la teoría del riesgo creado.

"En definitiva, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de autos, la pretensión de la aseguradora de eximirse de mantener indemne a su asegurado ante la víctima del accidente de tránsito aparece como abusiva desde el momento que el siniestro se encuentra dentro del objeto del contrato, y no resulta razonable presumir la impericia o inidoneidad de la conductora por la ausencia de una habilitación que fue otorgada al día siguiente. La aplicación mecánica de la cláusula de exclusión importa, en este caso, otorgar prioridad a lo formal por sobre la intención perseguida por el legislador".

Entiendo pertinente adunar lo dicho por el Dr. Marcelo J. Medori, colega al que le tocó dirimir la disidencia planteada en el segundo de los precedentes referidos: "Que en relación a la aplicación de la cláusula de exclusión de cobertura con base en que el conductor del rodado tenía la matrícula de conducir vencida, estimo oportuno aportar al análisis que realizan los colegas en los votos que anteceden, que a la indiscutible exigencia de aptitud técnica para guiar dichos bienes en el tránsito vehicular, le ha seguido, como bien ha desarrollado Nicolás Barbato, en vez de discutir en cada caso si tal idoneidad existe, que se aprovechó el procedimiento de habilitación de la autoridad administrativa para convertir a dicha habilitación como circunstancia objetiva para mantener la cobertura (E.D.136-562), agregando el mismo autor, en particular, respecto a la licencia vencida, que la invocación a ultranza, sin que existan concretas circunstancias que hubieran obstado a la renovación, y que hayan incidido causalmente en la producción del siniestro, podría resultar en aplicación ritual e irrazonable de la cláusula (E.D. 136-567).

"En punto a lo señalado, si bien el art. 13 de la Ley 24.449 contempla que todo conductor será titular de una licencia de conducir y el art. 40, inc. a) prevé que aquel debe estar habilitado para conducir el tipo de vehículo que guía y portar aquel instrumento, entiendo que el vencimiento de dicha habilitación es una cuestión administrativa que eventualmente constituiría una infracción reglamentaria, más por sí misma no excluye la cobertura del seguro.

"Que en el caso, habiendo vencido el plazo de vigencia de la habilitación establecido por la autoridad que la otorga, se acreditó que inmediata y contemporáneamente al episodio le fue otorgada nuevamente, resultando inverosímil que por la circunstancia de haber concretado el trámite ante la autoridad de tránsito haya podido variar su aptitud.

"En segundo lugar, también los autores han coincidido en que la finalidad de la cláusula de exclusión de cobertura por falta de habilitación para conducir es evitar la agravación del riesgo teniendo en cuenta al contratar el seguro contra la responsabilidad civil (Brebbia, Roberto H.: "Problemática jurídica de los automotores", Astrea, Buenos Aires, 1984, tomo 2, p.74; Barbato, E.D. 136-567; Stiglitz, L.L. 2009-D, 632), y la agravación del riesgo constituye un instituto cuyo "fundamento jurídico es el quebrantamiento del equilibrio contractual que está determinado por la prima que abona el asegurado y la obligación asumida por el asegurador…y también justifica el instituto de la agravación del riesgo la protección de la comunidad de riesgos (mutualidad)"(Steinfeld, Eduardo, "La Agravación y las otras modificaciones del riesgo", Relación Nacional Argentina, VII Congreso Mundial de Derechos de Seguros, Hungría 1986, Rev. JASER, n° 10/12, pág. 323).

"Que sobre el particular, en los presentes no se han comprobado circunstancias que conecten causalmente el accidente con la condición subjetiva del conductor que se vincula con la habilitación, es decir, no concurre aquel presupuesto posterior al contrato que aumenta la probabilidad o la intensidad del riesgo asumido por el asegurador.

"Que en definitiva, para que resulte oponible la cláusula de exclusión de cobertura vinculada a la falta de licencia habilitante por parte del conductor del rodado, interpreto que se impone atender a la circunstancias del siniestro concreto, de tal forma que la aseguradora responde si ello no ha incidido en la causación del episodio o si su aplicación al caso resulta carente de razonabilidad".

También resulta de interés para clarificar la cuestión, la postura asumida por el Dr. Pablo Heredia en la causa "R., J.R. c/ Caja de Seguros S.A." (Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala D, 23/12/2013, LL AR/JUR/94945/2013) que pone énfasis en la inoponibilidad de

este tipo de cláusulas al tercero damnificado. Se dice en el precedente citado: "…hay una diferencia básica entre los seguros de responsabilidad civil tomados voluntariamente por el asegurado y aquellos cuya contratación es obligatoria en razón de imponerlo las leyes. En estos casos, el asegurado está obligado a tomarlos en protección de aquellos a los que puede dañar. Ya no se trata de la decisión del asegurado adoptada libremente y con el propósito de proteger su patrimonio, sino que se trata de una imposición legal que tiene por fin proteger el patrimonio de quienes resulten damnificados por la actividad del tomador, protección que se logra poniendo un asegurador como deudor adicional, cuya solvencia está vigilada por la autoridad de control. Es cierto que el asegurado también está protegido por la cobertura de responsabilidad civil, ya que en caso de ser responsable por daños a terceros, su patrimonio, en la medida del seguro, no se verá afectado, pero también es cierto que la obligación de asegurar, aunque beneficie al asegurado, ha sido impuesta teniendo en miras la protección de terceros…Por ello, bien se puede decir que los seguros obligatorios tienen, a diferencia de los voluntarios, un fundamento social, pues están destinados a proporcionar a los damnificados mayor certeza en cuanto a la reparación del daño…como lo explica Joaquín Garrigues, si se presta atención a la mayoría de los autores y al léxico de las leyes, se aprecia que el seguro obligatorio de responsabilidad por el uso de automotores, es un seguro de responsabilidad civil de características especiales. Es que en el seguro automovilístico la finalidad consiste en proteger directamente a la víctima del daño, buscándose a ultranza su resarcimiento. La protección de la víctima se lleva en este particular seguro a extremos tales que le alejan grandemente del tipo contractual bajo el que su denominación le cobija. Es dudoso, dice el mencionado autor, que incluso pueda hablarse de un seguro de responsabilidad, ya que exista o no responsabilidad del autor del accidente, la víctima tiene derecho a ser indemnizada, por lo que sería más exacto hablar de un seguro contra el daño en sí. Y citando en nota la opinión de Rodrigo Uría, agrega que el seguro obligatorio de responsabilidad por el uso de automotores está esencialmente proyectado a proteger los derechos de la víctima y no los del responsable del accidente, y que esto implica una inversión radical en la función de cobertura del seguro de responsabilidad civil que, al ser desplazado de sus moldes clásicos, exige ser reestructurado partiendo de nuevos principios…El interés jurídico protegido en el seguro de responsabilidad civil es el interés del afectado y de la comunidad entera… Con innegable apoyo en esta forma de pensar, se ha dicho con criterio que cabe compartir, que bajo un régimen de seguro obligatorio, que tiene en cuenta la más amplia tutela de los intereses de la víctima en lo relativo a la reparación efectiva del daño que se les ocasiona injustamente, no es concebible la exclusión de cobertura fundada en la ausencia de licencia de conducir vigente…Y que exclusiones del tipo examinado cierran el cuadro de amparo asegurador, que aparece así totalmente ajeno al concepto de lo que debe ser un seguro obligatorio con objetivo social, donde el derecho de la víctima tiene preeminencia sobre las reglas que regulan la efectividad de la prestación comprometida por el asegurador…Más todavía, la cláusula de exclusión fundada en la apuntada causal, resulta incluso inoponible respecto del damnificado, tal como lo resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala H, 3/12/2007, "Moguilevsky, Jacobo c/ Beltrán, Marta Susana…") en un precedente que recurrido por la compañía aseguradora ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quedó firme por aplicación de lo dispuesto en el art. 280 del Cód. Procesal, lo que evidencia ausencia de arbitrariedad a los ojos del Alto Tribunal…".

III.- Aplicando los conceptos antedichos al caso de autos, surge de fs. 141/142 del expte. n° 474.162/2013 que el demandado obtuvo por primera vez su licencia de conducir categoría "B" (que lo habilita para conducir vehículos del tipo que manejaba en oportunidad del accidente de autos), el día 26 de junio de 2009, y cuyo vencimiento operó el día 24 de junio de 2010, esta licencia fue renovada el día 22 de julio de 2010, habiendo operado el vencimiento de la habilitación el día 24 de junio de 2011.

El accidente de tránsito ocurrió el día 24 de julio de 2011, y la renovación de la licencia fue nuevamente otorgada el día 27 de julio de 2011, con vencimiento el día 24 de junio de 2016.

En base a estas constancias entiendo que en oportunidad de producirse el accidente de autos, y no obstante que a ese momento el demandado tenía vencida su licencia de conducir desde hacía poco más de un mes, no carecía de la idoneidad para la conducción de vehículos, en atención a que tres días después del siniestro aquella habilitación le fue renovada, por lo que hacer lugar a la exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora resulta una interpretación irrazonable y abusiva, en perjuicio de la víctima, de los términos del contrato de seguro.

Sin duda, conducir con licencia vencida constituye una falta administrativa y, como tal, debe ser sancionada, pero por las características del caso de autos ese solo hecho no resulta suficiente para fundar la exclusión de cobertura.

Es que, reitero, no puede perderse de vista las especiales características del seguro obligatorio establecido por la ley 24.449, que obliga a valorar e interpretar los términos del contrato de seguro en materia de automotores en función de la víctima y la necesidad de reparar el daño que le haya ocasionado el accidente de tránsito; mirada que me lleva a desechar, como lo señalé, la exclusión de cobertura con fundamento en la conducción con licencia habilitante vencida opuesta por la aseguradora citada en garantía.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora, a quién debe hacerse

extensiva la condena de autos, en los términos del contrato de seguro, con costas, en ambas instancias, a la vencida (art. 68, CPCyC).

En lo demás, como lo precisé, adhiero al voto del Dr. Gigena Basombrio.

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, 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 MAYORIA

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 325/336 vta.: a) Haciéndose extensiva la condena de autos a la aseguradora LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A., en los términos del contrato de seguro, con costas en ambas instancias a la vencida (art. 68, CPCyC). b) Modificando los montos de condena a favor de los actores: Evelyn Karen Santa Cruz en la suma total de $116.500 y Franco Iván Muñoz Reyes en el importe total de $25.800, remitiéndome a las demás especificaciones expuestas en los considerandos pertinentes, con costas a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

II.- Determinar los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que, por igual concepto se determine para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI - Dra. FERNANDO GHISINI

Dra. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"WERNICKE EDUARDO HUGO C/ ABB 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.: 449079/2011) – Sentencia: 94/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO DISCRIMINATORIO. CREENCIAS RELIGIOSAS. REINTEGRO AL TRABAJO. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. PRESUNCION. DAÑO EMERGENTE. LUCRO CESANTE.

1.- Opera como una presunción de que el despido del actor puede considerarse un acto de discriminación conforme pautas de la Ley 23.592, si el mismo acredita las injurias y el hostigamiento recibidos constantemente y a lo largo del su relación laboral por parte de sus compañeros y fundamentalmente algunos jerárquicos, por su pertenencia a la religión judía y el conocimiento por parte de la empresa.

2.- Pesaba sobre la demandada, para enervar el progreso de esta causa, la carga de acreditar que su decisión tuvo un motivo objetivo y razonable, es decir, ajeno a cualquier conducta discriminatoria, surgiendo la argumentación de que el despido sin justa causa fue efectivizado mediante el pago oportuno de los rubros indemnizatorios previstos en el art. 245 LCT, insuficiente, frente a la presunción que emana de la dinámica probatoria. Es decir, no se está en presencia de un simple reclamo salarial, para contraponer un pago conforme la prescripción legal mencionada. Y la alegada restructuración de la empresa, al contestar los agravios resulta una manifestación muy endeble, además de extemporánea, porque no fue alegada al contestar

la demandada.

3.- La queja del actor sobre la omisión en el tratamiento del lucro cesante al tiempo de la tramitación del presente juicio, no puede prosperar, cuando en ningún pasaje de la demanda y los rubros reclamados surge tal petición, remitiéndose el actor a los importes y conceptos consignados en la liquidación y allí es que calcula bajo el ítem "daño emergente y lucro cesante" los salarios caídos desde la fecha de despido hasta el inicio de demanda, importes a los que hiciera lugar la jueza con lo cual, no puede pretender en esta instancia una nuevo reclamo, so pena de vulnerar el derecho de defensa en juicio de la contraria.

4.- Cabe confirmar la deducción del importe de condena de la suma percibida en concepto de indemnización por despido (art. 245 LCT) dispuesta por el a-quo, puesto que la declaración de nulidad del despido (y consecuente orden de reincorporación del actor a su puesto de trabajo), inevitablemente, provocó que se despojara de aquella causa a las sumas percibidas, e importaría un indebido enriquecimiento sin causa.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "WERNICKE EDUARDO HUGO C/ ABB S.A. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES", (JNQLA2 EXP Nº 449079/2011), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 455/471 que hace lugar a la demanda, apela y expresa agravios la co-demandada ABB S.A, a fs. 480/482 vta., cuyo traslado ordenado a fs. 483, es contestado por el actor.

Asimismo, los Dres. ... y ... (letrados de la codemandada Mega), apelan su regulación de honorarios profesionales por bajos, alegando que la base regulatoria no contempla ni el capital demandado ($ 167.061,25) ni los intereses fijados en la sentencia ($94.729,91), conforme lo dispuesto por el art. 20 de la ley 1594, modificado por la ley 2933).

Por su parte, el actor apela a fs. 490/492, ordenándose su traslado a fs. 493, guardando silencio los demandados.

II.- Agravios del actor.

Cuestiona que se omitió resolver sobre el lucro cesante correspondiente al tiempo de tramitación del presente juicio (de mayo /2011 a junio/2016) y que la suma de $ 97.061,25 al momento de iniciar el reclamo judicial, representaba el daño cierto y cuantificable sufrido por el actor (haberes caídos desde la interposición de la demanda), siendo imposible ponderar reclamar una mayor suma por dicho concepto, atento resultar incierto el tiempo de tramitación de la presente causa; no obstante lo cual, el paso del tiempo siguió ocasionando al trabajador un daño cierto, al verse impedido de percibir salarios devengados durante los meses de tramitación del proceso.

Critica que el magistrado haya ordenado descontar del crédito del actor los montos correspondientes por del despido abonados por la demandada, entendiendo que el despido carece de efectos jurídicos. por lo cual. la percepción de dichas sumas importaría un enriquecimiento sin causa de su mandante; y que el daño material ocasionado, no se verá reparado solo con la procedencia de intereses que prevé la sentencia en el punto 4.

Solicita se amplié la sentencia de grado y se disponga la procedencia en concepto de lucro cesante de la totalidad de haberes devengados por el actor durante la tramitación de los presentes autos, con más sus intereses, conforme calculo mencionado en el punto 4 de la sentencia.

III.- Agravios de la codemandada ABB S.A.

Se queja de que la sentencia considere discriminatorio al despido, porque el juez determinó que la actitud de los compañeros de trabajo del actor motivó la decisión de la empresa (empleadora de todos ellos) de rescindir la relación laboral, considerando que la conducta de aquéllos, es en realidad, la actitud de la empresa.

Manifiesta que el juez si bien invoca la regla de la sana crítica no la aplica en la apreciación de la prueba testimonial, ya que

existieron testigos que declararon que hubo trato discriminatorio y otros que claramente la excluyen e incluso demuestran que la empresa recibió la denuncia del actor en tal sentido, tomando acciones concretas al realizar una investigación.

Reitera que más grave aún resulta el hecho de que el juez cofunde la actitud que considera acreditada por parte de los compañeros de trabajo del actor con la de la empresa, razonando que como los compañeros lo trataban mal y fue despedido sin causa, ese despido fue discriminatorio, deduciendo que ante la falta de justificación del despido en la contestación de demanda, la rescisión obedeció a su condición religiosa, exigiéndole a su parte, "la causa de un despido sin causa".

Invoca que el despido sin causa no es un ilícito y que el derecho del empleador de finalizar la relación laboral abonando las indemnizaciones correspondientes no puede verse como un derecho violatorio de la ley o de un principio laboral, como pretende la sentencia, al considerar que el despido sin causa del actor viola el principio de conservación de la relación laboral.

IV.- Entrando al estudio de los recursos, por una cuestión metodológica, comenzaré por el interpuesto por la empleadora ABB S.A. y al respecto, adelanto que el recurso será rechazado.

En primer lugar, señalo que el marco jurídico sobre el que será analizada la decisión del a-quo, en cuanto a considerar el despido decidido como discriminatorio y por qué.

Al respecto, en la cusa "Mulbayer" (expte. Nº 417952/2010 del 23 de abril de 2015), sostuve:

"…cabe señalar que tratándose de un despido encuadrado normativamente en la ley 23.551 y 23.592, la cuestión de la carga probatoria adopta un matiz diferenciado y en ocasión de analizar un caso de aristas similares, aludiendo a la doctrina de la Corte Suprema, señalaba: "…corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 —2009—, y otros). Corpus éste que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto".

"En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional…"

"…cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo "cabalmente". Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado "prima facie" que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente..."

"7º) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo … En tal sentido, advirtió que "[u]no de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido" (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, "es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" …. Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, "la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo" (ídem, citas omitidas). Dicha Comisión, en suma, consideró que la cuestión de la carga de la prueba tiene una "importancia fundamental en toda discriminación alegada", dado que, con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias

competentes [...] porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios [...]" (párr. 225), para concluir en que, de todo ello, "se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación [...]" (ídem).

"9º) Que otro de los terrenos aludidos en el comienzo del considerando anterior, es el jurisprudencial comparado, en el cual ocupa una plaza relevante la prolífica y añosa labor del Tribunal Constitucional de España, … ese tribunal tiene juzgado que "cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales [...] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada" (STC 17/2007, sentencia del 12 de febrero de 2007, fundamento jurídico 3 y sus numerosas citas)."

"…a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica...

"Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado." (C.S.J. N.- P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal • 15/11/2011)

"En tal sentido y por aplicación de la doctrina de la Corte, el actor debía probar que los hechos que lo llevaron a considerarse despedido se inscriben "prima facie" en un acto que puede calificarse como discriminatorio." ("P.C.A. contra P.E. S.A s/ Despido x otras causales", 19/12/2013 -Sala II).

Asimismo, y en sentido coincidente, la Sala I en la causa "Brizuela" (Expte. N° 474020/2013 del 22 de marzo de 2016), que:

"Cabe agregar que esta Alzada ha sostenido que: "Tampoco resultan procedentes los reparos relativos a la falta de acreditación fehaciente de la conducta discriminatoria."

"No debe olvidarse que en casos como el presente, en que se invoca la violación de garantías de orden constitucional como la no discriminación, el derecho a la igualdad de trato y a no sufrir persecuciones o represalias en el ámbito laboral, las pruebas producidas deben ser analizadas desde la perspectiva señalada por la Suprema Corte en la causa "Pellicori", reiterada en fecha reciente en autos "S.M.G"."

"En el primer precedente, el Máximo Tribunal determinó que frente a la dificultad probatoria originada en dichos supuestos "...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación". Luego, continúa "...la doctrina del Tribunal, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado." (C.S.J.N., "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos 334:1387)."

"Esta tesitura es la que inspiró lo decidido recientemente en la causa "S.M.G.", al señalar: "Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y "la información y los archivos que podrían servir de elementos

de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°)."

"Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con "la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" (conf. considerando 11)."

"En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia" (CSJN, "S., M. G. y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo", 20/05/2014, L.L. 10/06/2014, 7 P.q.-S, ED 01/07/2014, 4, Sup. Const. 2014, 85, AR/JUR/15946/2014)."

"Luego, toda vez que la valoración de la prueba rendida se llevó a cabo respetando el estándar probatorio elaborado por la Corte Suprema, entiendo que corresponde confirmar el fallo de grado: los hechos probados configuran indicios suficientes, precisos y concordantes que logran persuadir acerca de que el despido dispuesto por la demandada constituyó una represalia y un acto discriminatorio, precisamente por la actividad gremial llevada a cabo por el actor", ("LOBO SILVIO C/ CENCOSUD S.A. S/ SUMARISIMO" EXP Nº 448957/2011).

En este sentido también se expresó que: "Corresponde confirmar la sentencia que concluyó que el despido del trabajador supuso un acto de discriminación que debe ser calificado como arbitrario, pues no se ha demostrado que la patronal haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, lo cual evidencia que no existieron razones para motivar la ruptura contractual (del voto del doctor Genoud)" (SCBA, Villalba, Franco Rodrigo c. The Value Brands Company de Argentina, 22/12/2010, DT 2011 (marzo), 556)."

"...ninguna otra explicación cabe que no sea la estrechísima relación que existe entre el activismo gremial del actor con la decisión del despido formulada por la demandada, tanto más cuando como ya lo señalara, respecto a la orfandad probatoria habida en torno a la acreditación de la justa causa invocada" (Sala II, en autos "F. NORMAN ALBERTO CONTRA A.J. S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", Exp. Nº 427466/2010).

Aplicando estos conceptos al caso de autos, era fundamental que el actor acreditara las injurias y el hostigamiento recibidos constantemente y a lo largo del su relación laboral por parte de sus compañeros y fundamentalmente algunos jerárquicos, por su pertenencia a la religión judía y el conocimiento por parte de la empresa; situación fáctica que considero fue debidamente acreditada, coincidiendo en la valoración que efectúa la magistrada.

Así, los testigos Teggi (fs. 281/283), Callegari (a fs. 284/286), Morales (fs. 287/289), cuyas declaraciones han sido transcriptas en su totalidad en la sentencia, dieron cuenta del trato agraviante que recibía Wernicke no sólo de sus compañeros de trabajo (Morello, Villasuso y Martínez) sino también de parte de sus supervisores: como el jefe del sector eléctrico, Sr. Baridon y Sr. Fernández, quienes le proferían burlas y frases sumamente agraviantes en su mayor parte referidas a su pertenencia al judaísmo.

Ahora bien, la queja que invoca la empresa apelante, respecto a la valoración de la prueba cuestionando que haya sido aplicada la regla de la sana critica, lejos de resultar una critica concreta y razonada a lo decido, refleja una disconformidad genérica, porque sólo ataca el contenido de las declaraciones testimoniales, más nada dice del reproche que le endilga la magistrada como empleadora, en cuanto a que habiendo tomado conocimiento de la situación que estaba atravesando el actor, referida a los insultos y trato desconsiderado hacia su persona y condición religiosa en su lugar de trabajo, se mantuvo inactiva al no haber tomado medidas al respecto.

Y respecto a esto, no alcanza para enervar tal consideración, la supuesta investigación que dijo el testigo Fratichelli (dependiente del área de recursos humanos de ABB S.A.), fue realizada por la empleadora ante la denuncia del actor, ya que más allá de la vaguedad de su contenido, ni siquiera fue invocado tal investigación por la demandada al contestar la acción, ni tampoco se acompañó constancias sumariales correspondientes.

Refuerza la existencia de actos discriminatorios y la tolerancia empresarial, las constancias de la denuncia tramitada ante el Instituto Nacional de Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI, mediante expte. N° S04:04: 0075893/2013, obrante a fs.409/421), cuya agregación a la causa conforme lo dispuesto por los arts. 20 inc. E) y 54 de la ley 921 y art. 335 del Código Procesal, fue consentida por el apelante, ya que cita un párrafo de dicho informe para fundar su postura al presentar su alegato (conf. fs. 453, cuarto párrafo).

Por lo tanto y sumado a la ausencia de agravios al respecto, resulta plenamente válido su incorporación como prueba.

Así, dicho informe resulta relevante a los fines de esta causa, que entre sus conclusiones (fs. 420), se sostuvo que;

"… esta asesoría letrada concluye que el Sr. Wernicke fue victima de mobbing ejercicio por compañeros y superiores jerárquicos, el

cual al encontrarse motivado en su religiosidad judía y edad constituyó un accionar discriminatorio en los términos de la Ley 23.592, normas concordantes y complementarias, cuya autoría y extensión temporal no ha logrado ser acreditada en los presentes. Asimismo, han sido aportados indicios suficientes que permiten afirmar que la empresa ABB S.A., tenia conocimiento de dicho mobbing discriminatorio y pese a ello no tomo ninguna medida tendiente a hacer cesar el mismo, que también constituyó un acto discriminatorio, conforme lo establecido por el art. 1 de la ley 23.592".

Sobre el valor de los dictámenes del INADI, en la causa "Benegas" (ICC 1711/16, del 03/05/2016), y adhiriéndome al voto de mi colega de Sala, Dra. Clerici, dijimos que;

"La jurisprudencia es conteste en otorgar especial relevancia, cuando se acciona en virtud de la Ley 23.592, a las actuaciones tramitadas ante el INADI y a las resoluciones emitidas por dicho organismo, sin perjuicio de la facultad de la magistratura de evaluar la configuración o no de la discriminación, en tanto autoridad de aplicación de la ley referida (arts. 2 y 4, Ley 24.515). Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un supuesto similar al de autos –medida cautelar- (autos "Palmer c/ Kraft Suchard Argentina S.A.", 3/5/2007, Fallos 330:2033); y también la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala E, "Q., P.G. c/ Enterteiment Depot S.A.", 12/3/2008, ED 228, pág. 181), la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (Sala II, "E., P.N. c/ Universidad Nacional de La Matanza", 17/3/2014, LL 2014-C, pág. 166), y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala L, "T., C.B. c/ S., J.", 25/6/2014, LL AR/JUR/43177/2014)."

Ahora bien, llegados hasta aquí, pesaba sobre la demandada, para enervar el progreso de esta causa, la carga de acreditar que su decisión tuvo un motivo objetivo y razonable, es decir, ajeno a cualquier conducta discriminatoria, surgiendo la argumentación de que el despido sin justa causa fue efectivizado mediante el pago oportuno de los rubros indemnizatorios previstos en el art. 245 LCT, insuficiente, frente a la presunción que emana de la dinámica probatoria.

Es decir, no se está en presencia de un simple reclamo salarial, para contraponer un pago conforme la prescripción legal mencionada. Y la alegada restructuración de la empresa, al contestar los agravios resulta una manifestación muy endeble, además de extemporánea, porque no fue alegada al contestar la demandada.

Por lo expuesto, comparto la conclusión a la que arriba la magistrada, en cuanto a que el despido directo sin causa imputable al actor, dentro de este marco hechos acreditados, opera como una presunción de que el despido del actor puede considerarse un acto de discriminación conforme pautas de la Ley 23.592.

V.- Pasando ahora al recurso del actor, y abordando la queja sobre la omisión en el tratamiento del lucro cesante al tiempo de la tramitación del presente juicio, es decir desde mayo 2011 al junio 2016, diré que tal queja no va a prosperar, ya que en ningún pasaje de la demanda y los rubros reclamados (pto. IV incs. B y C) surge tal petición, remitiéndose el actor en el Pto. I-A), a los importes y conceptos consignados en la liquidación y allí es que calcula bajo el ítem "daño emergente y lucro cesante" los salarios caídos desde la fecha de despido hasta el inicio de demanda, importes a los que hiciera lugar la jueza con lo cual, no puede pretender en esta instancia una nuevo reclamo, so pena de vulnerar el derecho de defensa en juicio de la contraria.

Lo cierto que ciñó su reclamo a la suma de $ 97.061,25, sin ninguna otra pretensión que la del reclamo por daño moral ($30.000) y daño psicológico ($40.000), rubros que también prosperaron, tanto en su extensión como en sus respectivos importes.

Otro tanto puede decirse del agravio respecto de la deducción del importe de condena de la suma percibida en concepto de indemnización por despido (art. 245 LCT), resultando ajustada a derecho lo decidido por al a-quo, puesto que la declaración de nulidad del despido (y consecuente orden de reincorporación del actor a su puesto de trabajo), inevitablemente, provocó que se despojara de aquella causa a las sumas percibidas, e importaría pretensión del actor, un indebido enriquecimiento sin causa.

Por otra parte y contrariamente a su critica, la inclusión de los intereses a la suma de capital de condena, desde la fecha del despido, tal como lo ha establecido la magistrada, importa mantener equilibrio en el crédito del actor, debiendo inadmisible en esta instancia la pretensión de adicionar otras sumas al importe de condena que ni siquiera fueron oportunamente solicitadas.

VI.- Finalmente y a fin de abordar la apelación de los honorarios regulados a los letrados intervinientes por la codemandada Compañía Mega S.A., por bajos alegando que la base regulatoria no contempla ni el importe reclamado en la demanda ni los intereses conforme el art. 20 de la ley 1594, reformado por la ley 2933.

Debo señalar que razón les asiste a los letrados pro cuanto conforme lo dispone la norma mencionada, corresponde fijar como base regulatoria la suma de $ 261.791,16 (el importe que resulta de sumar el capital reclamado en la demanda $167.061,25 e intereses fijados en la sentencia $ 94.729,91.

Tal es el criterio que sostuvimos en "ALMARZA" (Expte. Nº 377475/2008), con posterioridad a la referida reforma legal (26/11/2015).

"En los juicios en que se rechaza la demanda se debe adoptar el mismo temperamento que para las causas en las que prospera, es decir, considerar el monto del pleito a valores actuales, según se pretendiera al promover la acción (conf. LL.1980-D-14), pues a

los fines de asegurar la adecuada contraprestación de los servicios profesionales en los supuestos de rechazo de la demanda, la regulación a efectuarse debe guardar adecuada relación con los valores económicos del juicio" (conf. JUBA 7.0, Sum. B-82087,SCBA,17-11-92), (PI.1996-I-159/160, Sala I).

"Así también: "En los juicios en que se rechaza la acción se debe adoptar el mismo temperamento que para las causas en las que prospera, es decir, considerar el monto del pleito a valores actuales" (PI.1993-TºI-Fº84/85, Sala II), (conf. Expte. Nº 377475/2008 citado).

Por todo ello, corresponde admitir el recurso deducido por los Dres. ... y ..., y, en consecuencia, dejar sin efecto los honorarios que le fueran regulados en la sentencia de grado, fijando sus respectivos emolumentos en las sumas de $ 11.519 y de $ 28797, en igual orden.

VII.- Por lo expuesto propongo al Acuerdo, se rechacen los recursos interpuestos por la demandada ABB S.A. y por el actor; haciendo lugar a la apelación arancelaria de los letrados de la co-demandada Compañía Mega S.A.

Consecuentemente corresponde: 1) confirmar la sentencia dictada a fs. 455/471, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios, con la salvedad de los honorarios correspondientes a los letrados de Compañía Mega S.A., por el rechazo de la acción, los que se dejan sin efecto,2) Fijar los honorarios de los Dres. ... y ..., en las sumas de $ 11.519 y de $ 28797, en igual orden, conforme pautas arts. 6, 7, 9, 20 y ccdtes. de la ley 1594 y 2933.3) Costas de alzada en el orden causado, atento al resultado de los recursos (art. 17 y 54 de la ley 921 y 71 del Código procesal), regulándose los honorarios de esta instancia bajo las pautas del art. 15 de la ley 1594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 455/471, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Dejar sin efecto los honorarios de la instancia de grado regulados a los letrados de la co-demandada Compañía Mega S.A., y fijar los honorarios de los Dres. ... y ..., en las sumas de $ 11.519 y de $ 28797, en igual orden (arts. 6,7, 9, 20 y ccdtes. de la ley 1594 y 2933).

III.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (arts. 17 y 54 ley 921 y art. 71 del Código procesal).

IV.- Regular los honorarios de Alzada para los letrados intervinientes: ..., ..., ... y ..., en el 30% de los importes fijados en la instancia de grado, para cada uno (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. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"WEIT ENRIQUE C/ CONSORCIO EDIFICIO LOZANO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500228/2013) – Sentencia.: 95/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

ENFERMEDAD INCULPABLE. PLAZO DE CONSERVACION DEL EMPLEO. VENCIMIENTO. SOLICITUD DE REINCORPORACION. NEGATIVA DEL EMPLEADOR. DIVERGENCIA ENTRE EL MEDICO DEL TRABAJADOR Y DEL EMPLEADOR. EXTINCION DE LA RELACION LABORAL. INDEMNIZACION.

Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda por despido, pues si la médico

tratante sostuvo que el trabajador –quien sufrió un ACV- estaba en condiciones de retomar sus tareas habituales, en tanto que el médico de la empleadora consideró que la enfermedad –inculpable- lo incapacitaba totalmente para trabajar, la demandada no podía hacer prevalecer la opinión de su médico por la de la otra profesional y así poner fin a la relación laboral; sino que estaba obligada a requerir una tercera opinión. Consiguientemente, era necesario dirimir la controversia entre la opinión de la médica tratante y la del médico de la empleadora con carácter previo a resolver el contrato de trabajo. Al no haberlo hecho, y haber otorgado prevalencia a la opinión del médico de la empleadora, el despido devino injustificado, conforme lo resuelve el fallo recurrido.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "WEIT ENRIQUE C/ CONSORCIO EDIFICIO LOZANO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", (JNQLA1 EXP Nº 500228/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE 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. 201/206 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

Los letrados de la parte actora apelan los honorarios regulados a su favor por bajos.

a) La parte demandada solicita replanteo de prueba ante la Alzada, señalando que ambos litigantes peticionaron la producción de un peritaje médico que dilucide la divergencia de los dictámenes médicos acompañados a autos, habiendo sido desestimada dicha prueba por considerarla innecesaria en atención a la documental aportada.

Dice que la producción de dicha prueba era fundamental a efectos de determinar si el despido de autos fue realizado, o no, conforme a derecho. Por ello, solicita la producción de esta prueba ante la Alzada, con invocación de la manda del art. 260 inc. 2 del CPCyC, y con cita de jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Luego expresa los agravios que le causa el fallo de grado.

Sostiene que el a quo ha afirmado, sin fundamento alguno, que las tareas realizadas por el actor eran livianas, como las reconocidas por el médico tratante, cuando ello no es así.

Señala que del escrito de demanda, como de las testimoniales rendidas en autos surge que las tareas realizadas por el accionante no eran livianas, teniendo en cuenta la patología sufrida por aquél.

Insiste en que la producción de la pericia médica hubiera aportado los datos científicos de por qué el actor no podía seguir cumpliendo las labores que desarrollaba con anterioridad al episodio cerebrovascular.

Se queja de que el juez de grado realice una serie de aseveraciones respecto del dictamen médico aportado por su parte, sin el menor sustento científico, fundado en la dialéctica del informe. Reitera que de haberse producido la pericia, todos los elementos que el a quo califica como imprecisos u oscuros hubieran sido dilucidados.

Pone de manifiesto que en la misma sentencia recurrida se dice que resultaba indispensable para dirimir la controversia contar con una tercera opinión médica, entendiendo que resulta absurdo y arbitrario, señalar que una pericia resultaba insoslayable, cuando el juzgado rechazó su producción por innecesaria.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 213/214 vta.

Dice que el a quo expone claramente que, más allá de los términos en que estaba emitido el informe médico de la demandada, la cuestión de fondo está centrada en como debió resolver el empleador la controversia generada entre el certificado médico expedido por la médica tratante del trabajador, otorgando el alta, y la opinión del profesional de la demandada, que contradijo el primero.

Y, continúa su argumentación el accionante, ante esta disyuntiva, en aras de la continuidad de la relación laboral, sostiene el juez de grado que el empleador debió extremar los recaudos, requiriendo una tercera opinión médica, pero con carácter previo a decidir el despido del trabajador.

Agrega que la sentencia recurrida también considera insuficientes los términos del informe del médico de la empleadora, toda vez que no presentaron la contundencia necesaria, teniendo en cuenta que el actor contaba con el certificado médico de su facultativa, que certificaba el alta y su reingreso para prestar las mismas tareas que venía efectuando.

Señala que la prueba pericial médica que se pretende producir en segunda instancia resulta inconducente en función de como quedó trabada la litis.

II.- Resumidas las posturas de las partes de autos, he de comenzar el análisis por la solicitud de replanteo de prueba.

Ambas partes ofrecieron oportunamente prueba pericial médica, la que fue desestimada por el juez actuante por innecesaria en atención a la documental acompañada y el objeto de la litis (fs. 122 vta./123).

La jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones ha sido constante en orden a que la apertura a prueba en la Alzada: "...es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva..." (PS. 1986 -II-235/236; PS.1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991 -III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). El replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrá cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente. (JUBA7-NQN- Q0002).

En el mismo sentido se ha sostenido que la procedencia de producción de prueba en segunda instancia, es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40- Sala I) –cfr. Sala II, "Betanzo y otros c/ IPVU", P.S. 1999-III, n° 132-.

En autos ninguno de los litigantes cuestionó la denegatoria de la prueba pericial médica.

De todos modos no se advierte que la decisión del a quo sea errada, toda vez que el debate de autos se centra en el despido con causa del trabajador, con fundamento en su incapacidad física que no le permitía, a criterio de la empleadora, continuar con el desarrollo de las tareas que venía cumpliendo con anterioridad a su enfermedad.

Tal como lo pone de manifiesto el juez de grado en su fallo, y será desarrollado al analizar los agravios de la demandada, la existencia de una tercera opinión médica era necesaria antes de adoptar la decisión rupturista, y no con posterioridad a ella, de lo que resulta que la producción en segunda instancia de la prueba pericial médica pretendida por la recurrente no es procedente, en tanto no tiene influencia para la resolución de la litis.

De lo dicho se sigue que no se hace lugar al pedido de replanteo de la prueba pericial médica.

III.- Ingresando ahora al tratamiento de los agravios de la parte demandada, entiendo que ellos no logran conmover los fundamentos del fallo de grado.

No se encuentra controvertido en autos la existencia de la relación laboral habida entre las partes, ni que el actor sufrió un accidente cerebrovascular, enfermedad que no guarda relación con el trabajo, tratándose de una enfermedad inculpable.

En fecha 29 de noviembre de 2012, encontrándose vigente el período de reserva del puesto de trabajo previsto por el art. 211 de la LCT, la médica tratante del trabajador le otorga el alta laboral, señalando el certificado pertinente que obra en la documentación reservada en Secretaría que tengo a la vista, que el actor "puede reintegrarse a su tarea laboral habitual (tareas que realizaba con anterioridad a ACV)".

Ante la presentación de este certificado, la empleadora requiere que el trabajador se someta al examen del médico de la patronal, el que emite su opinión en dictamen obrante también en la documentación reservada en Secretaría. En dicho informe el médico de la empleadora concluye en que los estudios que indica muestran patología ateroesclerótica importante en territorio carotideo y arteria cerebral media izquierda, sosteniendo que en el caso de actor están dadas las principales causas que determinan o favorecen los accidentes cerebrales, y como consideración especial precisa que en el concreto caso del trabajador de autos "se debe tener muy en cuenta el riesgo del obrero sino de personas en relación a su tarea, directa o indirectamente. Las características descriptas de la imprevisibilidad del ACV y sus consecuencias, determina ser una afección inculpable y de aptitud riesgosa por sus consecuencias a terceros, lo que lleva a considerar una incapacidad para todo tipo de tareas".

Con fundamento en este último dictamen médico, la demandada "da por disuelta la relación laboral" invocando la norma del art. 210 de la LCT, a partir del vencimiento del año de reserva del puesto de trabajo.

El encuadramiento legal del despido fue incorrecto, ya que en todo caso y dado los términos del informe del médico de la empleadora, corresponde hubiera sido hecho de conformidad con la previsión del art. 212, cuarto párrafo de la LCT; por lo que, de todos modos, le correspondía al trabajador percibir la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT.

No obstante ello, la litis se planteó en otro ámbito, en tanto la discusión se centró en que informe debe prevalecer, en caso de

contradicción: si el del médico tratante o el del médico de la empleadora.

Y ante esta disyuntiva no existe otra alternativa, que zanjar la discrepancia en sede administrativa o judicial.

Juan Carlos Fernández Madrid señala que ante la discrepancia entre médicos no se puede otorgar preminencia a una de las certificaciones sobre la otra y debería poder acudirse a una solución en la órbita administrativa por vía del requerimiento de una junta médica oficial, solicitada por el empleador, o una decisión judicial que dirima la cuestión (cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 2.103/2.104).

Por su parte Mario E. Ackerman señala que frente a opiniones médicas discordantes sobre el estado de salud del trabajador debe apelarse a la vía judicial, que será donde se evaluarán las certificaciones de cada uno de los profesionales, ya que lo contario importaría convertir al médico de la empresa en árbitro único de la situación de discrepancia en la que, además, es parte; y , en todo caso, de reconocerse primacía a alguno de los dictámenes, debería darse preferencia al del trabajador, básicamente por la ponderación de los intereses en conflicto (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 751/752).

Esta Sala II también ya se ha expedido sobre el tema en autos "Bustos Molina c/ Fittipaldi" (expte. n° 447.328/2011, P.S. 2014-IV, n° 101), señalando que "Comparto el voto minoritario del Dr. Oscar Massei, expedido en autos "Campos c/ Municipalidad de Plaza Huincul" (Acuerdo n° 50/2013 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia), cuando señaló en torno a la divergencia entre la opinión del médico tratante y la del médico de la empleadora que "La jurisprudencia laboral es más rica que la administrativa en estos aspectos y ha expresado varios criterios que vienen al caso citar, por la similitud de las cuestiones planteadas.

"En una oportunidad, ante la ausencia de un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las discrepancias entre los médicos, se inclinó por hacer prevalecer la opinión del médico de cabecera del trabajador, por ser el profesional a cargo del tratamiento, y por ello, quien mejor conoce el estado y aptitud del trabajador. (CNTrab, Sala VIII, 22/8/08 "Farías, Héctor c/ Coto CICSA s/despido").

"Otros criterios judiciales han postulado que ante la discrepancia de los criterios médicos sobre la capacidad del trabajador para reintegrarse a las tareas, el empleador debería acudir a una junta médica oficial, o designar una junta médica con la participación de los profesionales de ambas partes o buscar una solución judicial que dirima el conflicto, como medidas destinadas a mantener el vínculo laboral (CNTrab, sala II, 15/12/08, "Romero, Analía c/ Colorit S.A.", voto del Dr. Pirolo; CNTrab, sala VII, 17/09/03, "Barbé, José c/Metrovías S.A.").

"…al tomar decisiones cuyo fundamento tendrá como base una de las opiniones médicas (por ejemplo, suspender el pago de los salarios por enfermedad al considerar que la ausencia no está justificada, tal lo acontecido) deberá demostrar, en el eventual juicio posterior, que el criterio médico elegido era el correcto, mediante la producción de la prueba pertinente, por la sencilla razón que el acto administrativo que dicte deberá contar con la debida motivación.

"En otras palabras, no puede elegir un certificado en desmedro del otro, sólo porque así lo establece el médico auditor por ella designado, porque ello convierte al acto administrativo, en arbitrario, por ser dictado en base a mera voluntad de la Administración municipal.

"Es, por tal motivo, que la empleadora debe, en todos los casos, obrar con prudencia ante situaciones dudosas o complejas, en orden a la buena fe que debe prevalecer en la relación de empleo público y siempre teniendo en miras el caso concreto...

"Y aún así, ante situaciones como la presente, en que surge patente la contradicción entre el certificado del médico tratante y el control del médico del municipio, deberá realizar una tercera consulta ante un especialista en la materia o proponer la formación de una junta médica con la participación de profesionales de ambas partes para resolver la controversia".

"Más allá de que el precedente referido refiere a la órbita del empleo público, las reglas que la opinión del Dr. Massei precisa son plenamente aplicables al sub lite; no siendo óbice para esta consideración el hecho que se trate de una opinión en minoría, ya que la disidencia de la mayoría refiere solamente a la no aplicación de los principios del empleo privado al ámbito público".

Trasladando estos conceptos al caso de autos, si la médico tratante sostuvo que el trabajador estaba en condiciones de retomar sus tareas habituales, en tanto que el médico de la empleadora consideró que la enfermedad lo incapacitaba totalmente para trabajar, la demandada no podía hacer prevalecer la opinión de su médico por la de la otra profesional y así poner fin a la relación laboral; sino que estaba obligada a requerir una tercera opinión.

Y ello, antes de comunicar el despido, toda vez que conforme lo ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, "aparece como exorbitante de las facultades del empleador haber dado primacía a lo informado por su servicio médico –en oposición a lo diagnosticado por el médico del empleado-…si el trabajador acredita con su certificado médico que debía abstenerse de prestar servicios y la empleadora con el informe de su médico arriba a conclusión contraria, resulta a todas luces arbitrario que sea una de las partes –en el caso, el empleador- de esa controversia la que pretenda primar sobre la otra y disponer la ruptura del

contrato de trabajo aduciendo que se produjo una nueva inconducta del trabajador" (Sala V, 2/12/1981, DT 1982, pág. 427).

Reitero lo que adelanté al tratar el pedido de replanteo de prueba, y tal como lo sostiene el magistrado de grado, era necesario dirimir la controversia entre la opinión de la médica tratante y la del médico de la empleadora con carácter previo a resolver el contrato de trabajo. Al no haberlo hecho, y haber otorgado prevalencia a la opinión del médico de la empleadora, el despido devino injustificado, conforme lo resuelve el fallo recurrido.

IV.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

De la lectura del fallo de primera instancia, y en atención a los términos de la queja, surge que el 7,5% que establece el juez de grado como retribución de la labor profesional de los letrados patrocinantes de la parte actora es para cada uno de ellos.

Lo dicho se advierte en tanto se utiliza la palabra "respectivamente", y además porque el 40% que corresponde al abogado apoderado, en virtud de la manda del art. 10 de la ley 1.594, ha sido calculado sobre una base del 15%, y no del 7,5%.

En consecuencia se aclara la sentencia recurrida en el sentido que los honorarios de los Dres. ... y ... equivalen al 7,5% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo no hacer lugar al pedido de replanteo de prueba en la Alzada y rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, confirmando el resolutorio de grado, el que se aclara en el sentido que los honorarios regulados a los Dres. F. P. y E. L. equivalen al 7,5% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC)

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada en el 30% de la suma que resulte para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia y por igual concepto, para los Dres. ... y ..., y en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en primera instancia para la totalidad de los letrados patrocinantes de la parte actora, para el Dr. ..., todo de acuerdo 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.- Rechazar el pedido de replanteo de prueba en la Alzada y rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, confirmando el resolutorio de grado, el que se aclara en el sentido que los honorarios regulados a los Dres. ... y ... equivalen al 7,5% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada en el 30% de la suma que resulte para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia y por igual concepto, para los Dres. ... y ..., y en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en primera instancia para la totalidad de los letrados patrocinantes de la parte actora, para el Dr. ... (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. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"C. D. C/ OVANDO CONDORI VICTOR 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.: 474841/2013) – Sentencia: 96/17 – Fecha: 02/05/2017

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR DEL AUTOMOVIL. VEHICULO EMBISTENTE. GIRO A LA

IZQUIERDA. RECAUDOS. MOTOCICLISTA. FALTA DE LICENCIA DE CONDUCIR. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS. DAÑO FISICO. MONTO DE LA INDEMNIZACION. DAÑO MORAL. INCREMENTO INDEMNIZATORIO.

1.- La responsabilidad en la producción del siniestro debe ser atribuida a la conducta de la parte demandada, que fue quien emprendió una maniobra de giro hacia la izquierda, cuando circulaba por el lado derecho de la avenida, y sin cerciorarse de que no avanzara nadie por el carril izquierdo en su mismo sentido. Ello así, el art. 43 de la ley 24.449 determina cuáles son los recaudos para acometer una maniobra de giro, entre los que se encuentra (inciso c) el de circular desde treinta metros antes por el costado más próximo al giro a efectuar; recaudo que no fue cumplido por el demandado

2.- En cuanto al hecho que el motociclista no se encontraba habilitado para conducir vehículos de ese tipo, si bien es cierto, el accidente de autos, no es producto, ni total ni parcialmente, de la impericia del accionante, sino, por el contrario, de la impericia del demandado. Luego, la carencia de licencia de conducir habilitante para el vehículo que conducía es una falta administrativa que debe y puede ser sancionada, pero no influye en la atribución de responsabilidad en la producción del accidente de tránsito.

3.- Debe ser revocada la decisión de la a-quo de reducir el porcentaje de incapacidad al 45,85% por aplicación del decreto n° 1.290/1994, reglamentario de la ley 24.241, toda vez que esta ley al regular el sistema integrado de jubilaciones y pensiones no persigue la reparación integral de la disminución de la capacidad psicofísica del actor, sino el otorgamiento de un beneficio previsional, que no necesariamente debe colocar al beneficiario en la situación igual, o más cercana posible, a la existente con anterioridad al hecho dañoso. Consecuentemente ha de dejarse sin efecto la disminución del porcentaje de incapacidad física efectuada por la a-quo, debiendo estarse a la determinación realizada en el informe pericial médico que fija la afectación de la capacidad física de la víctima en el 57%, informe que, como ya lo dije, no fue impugnado por las partes.

4.- En lo atinente al monto de la indemnización por daño físico, y por aplicación de la fórmula señalada -matemática financiera-, considerando una incapacidad del 57%, un ingreso mensual de $ 8.000,00 y la edad del actor al momento del siniestro (53 años), se arriba a una indemnización de $ 496.995,00, monto que entiendo adecuado a las lesiones sufridas por el demandante y sus secuelas.

5.- Debe ser incrementado en monto reconocido en concepto de daño moral, pues además de las lesiones que han derivado directamente en la pérdida de fuerza física, con los consiguientes inconvenientes para realizar sus tareas laborales habituales, al accionante se le ha debido practicar una orquifunilectomía derecha, que ha importado la pérdida de su testículo derecho. Por lo tanto, considerando la magnitud de las lesiones sufridas y su repercusión en la vida de relación del demandante, como así también el tratamiento invasivo que se han otorgado a dichas lesiones, y su consecuente etapa de convalecencia, estimo que la indemnización por daño moral debe duplicarse, llevándola a la suma de $ 100.000,00.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "C. D. C/ OVANDO CONDORI VICTOR Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (JNQCI5 EXP Nº 474841/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes y la aseguradora citada en garantía interponen recurso de apelación contra la sentencia de fs. 213/219, que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

A) La parte actora se agravia por cuanto la jueza de grado, para tabular la incapacidad del actor, habría utilizado el criterio de la capacidad restante.

Dice que ello viola el principio de congruencia por cuanto ni la demandada ni la citada en garantía pidieron la aplicación del método de la capacidad restante.

Sin perjuicio de ello, sostiene que la a-quo ha aplicado erróneamente el Anexo I del decreto n° 1.290/1994, reglamentario de los arts. 48, 49, 50, 52 y 53 de la ley 24.241. Afirma que esta legislación se refiere a los trabajadores afiliados al sistema de jubilaciones y pensiones, y no resulta válida para el sistema de responsabilidad civil en materia de daños y perjuicios, en el que corresponde determinar la incapacidad en base al baremo Altube-Rinaldi.

Asimismo considera que la jueza de grado se aparta arbitrariamente del baremo establecido en la pericia médica oficial; pericia que no fue impugnada por las partes.

Como segundo agravio, se queja de la afirmación contenida en la sentencia de primera instancia, referida a que el actor no indicó su actividad ni acreditó sus ingresos.

Sigue diciendo que la actividad de chapista se encuentra acreditada con la prueba testimonial; y en cuanto a los ingresos, a fs. 11 consta la inscripción como monotributista categoría F del actor, a fs. 130/131 la AFIP informa sobre la situación del demandante y la tabla de ingresos anuales, correspondiendo a la categoría F, al momento del siniestro, un total de $ 96.000,00 por ingresos anuales, lo que lleva a entender que mensualmente los ingresos del accionante rondaban la suma de $ 8.000,00.

Formula queja respecto de la valoración del daño moral y la cuantía de la indemnización en tal concepto, manifestando que no se ha tenido en cuenta el resultado de la prueba pericial psicológica, ni los testimonios de autos.

Considera que la amputación del testículo importa una pérdida irreparable de masculinidad y angustia permanente, y que el daño real sufrido por la víctima no fue comprendido por la jueza de grado.

Hace reserva del caso federal.

B) La aseguradora citada en garantía se agravia, en primer lugar, por la atribución de responsabilidad, sosteniendo que la sentencia recurrida decide sobre este tema con fundamento en un testimonio y en la prueba pericial en accidentología, omitiendo la consideración de otros elementos, a saber: la excesiva velocidad a la que marchaba la motocicleta, y que su conductor no estaba habilitado para conducir, dado que no poseía carnet habilitante.

Afirma que la pericia en accidentología se basa en conjeturas.

Cita jurisprudencia.

Dice que el único testigo presencial del hecho, cuya declaración obra solamente en la causa penal, en su declaración hace una estimación o suposición de como ocurrió el hecho.

Sigue diciendo que de parte del demandado asegurado no hubo un giro brusco, o una maniobra de giro realizada sin tomar las debidas precauciones y señala que al iniciar la maniobra de giro, de ninguna manera la moto podía ser visible para el conductor del camión.

Considera que ha existido culpa de la víctima, por cuanto el actor avanzó por el lateral izquierdo del rodado mayor, intentando sobrepasarlo, a alta velocidad, embistiendo a la camioneta en su lateral cuando ésta se encontraba girando.

Subsidiariamente se agravia por la valoración de los daños.

Dice que el salario mínimo, vital y móvil promedio utilizado por la a-quo resulta desproporcionado.

Califica de exorbitante al monto establecido para la reparación del daño moral.

C) La citada en garantía contesta el traslado del memorial de agravios de la actora a fs. 243/245; en tanto que la parte actora no contesta el traslado de los agravios expresados por la aseguradora.

D) La parte demandada no ha expresado agravios en el término de ley, por lo que su recurso debe ser declarado desierto. Tampoco contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria.

II.- He de comenzar el análisis de los recursos de apelación de autos, por la queja de la aseguradora citada en garantía referida a la atribución de responsabilidad en la ocurrencia del accidente de tránsito, dado que de la decisión que se adopte en este tema depende el tratamiento de los restantes agravios.

De acuerdo con las constancias de la causa, no encuentro que exista otra posibilidad que la de atribuir la responsabilidad en la producción del siniestro a la conducta del demandado.

Acuerdo con lo dicho por la recurrente respecto a que el testigo que declara a fs. 108/vta. de la causa penal, agregada por cuerda, no presenció, en realidad, el accidente, pero no obstante ello, de las constancias obrantes en la referida causa penal, como así también del informe pericial en accidentología se advierte que el demandado emprendió una maniobra de giro hacia la izquierda, cuando circulaba por el lado derecho de la avenida, y sin cerciorarse de que no avanzara nadie por el carril izquierdo en su mismo sentido.

No tengo dudas, entonces, de que la conclusión de la a-quo es la correcta. El art. 43 de la ley 24.449 determina cuáles son los recaudos para acometer una maniobra de giro, entre los que se encuentra (inciso c) el de circular desde treinta metros antes por el costado más próximo al giro a efectuar; recaudo que no fue cumplido por el demandado.

A ello debe agregarse que el conductor de la camioneta tampoco obró con prudencia y pleno control de su vehículo, ya que, reitero, no tomó la precaución de cerciorarse que por el carril izquierdo de la avenida no avanzara otro vehículo toda vez que, de haberlo hecho, habría advertido la presencia del motociclista.

La excesiva velocidad del rodado menor a que se refiere la aseguradora recurrente no se encuentra probada. Ni la pericia técnica realizada en sede penal (fs. 70 del expediente agregado por cuerda), ni la efectuada en estas actuaciones (fs. 110) han podido determinar la velocidad de circulación de los vehículos involucrados en el accidente.

En cuanto al hecho que el motociclista no se encontraba habilitado para conducir vehículos de ese tipo, si bien es cierto (ver fs. 17 de la causa penal, de donde surge que el actor poseía licencia de conducir categoría C, que no habilita para la conducción de motocicletas), el accidente de autos, conforme ya se señaló, no es producto, ni total ni parcialmente, de la impericia del accionante, sino, por el contrario, de la impericia del demandado. Luego, la carencia de licencia de conducir habilitante para el vehículo que conducía es una falta administrativa que debe y puede ser sancionada, pero no influye en la atribución de responsabilidad en la producción del accidente de tránsito.

III.- Corresponde ahora analizar los distintos rubros indemnizatorios acogidos en la sentencia de grado.

Con relación al daño físico, entiendo que asiste razón al actor recurrente.

La pericia médica de fs. 147/149 vta. ha determinado que el actor presenta una incapacidad del 57% como consecuencia de las lesiones sufridas en el accidente de autos.

Este informe pericial no fue impugnado por las partes.

Sin embargo, la a-quo ha reducido el porcentaje de incapacidad al 45,85% por aplicación del decreto n° 1.290/1994, reglamentario de la ley 24.241.

Conforme lo postula el recurrente, la legislación aplicada por la jueza de grado no guarda relación con el trámite de autos, ya que la ley 24.241 crea y regula el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, circunstancia que determina que esta normativa tenga una finalidad distinta a la de la reparación integral de los daños y perjuicios, toda vez que regula un subsistema de la seguridad social tendiente a otorgar cobertura a las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte. Por ende, la ley 24.241 no persigue la reparación integral de la disminución de la capacidad psicofísica del actor, conforme es la pretensión de autos, sino el otorgamiento de un beneficio previsional, que no necesariamente debe colocar al beneficiario en la situación igual, o más cercana posible, a la existente con anterioridad al hecho dañoso.

Esta distinta finalidad surge del mismo decreto n° 1.290/1994, en tanto en sus Considerandos expresamente se señala: “Que del texto del inciso a) del artículo 48 de la ley citada surge que la voluntad del legislador ha sido la de excluir del concepto de incapacidad las invalideces sociales o de ganancias. Que por lo tanto debe dejarse perfectamente aclarado que para la determinación de la incapacidad se tendrán en cuenta únicamente los factores invalidantes de carácter psicofísico, con prescindencia de estado de precariedad o desamparo originados en circunstancias de índole económico-social o en la pérdida de la capacidad de ganancia”.

Por su parte, la reparación integral que persigue la legislación civil comprende “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chance. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de su interferencia en su proyecto de vida” (art. 1.738 del Código Civil y Comercial, el que cito a título ilustrativo y conceptual, toda vez que no es la legislación de aplicación

en el sub lite).

Consecuentemente ha de dejarse sin efecto la disminución del porcentaje de incapacidad física efectuada por la a-quo, debiendo estarse a la determinación realizada en el informe pericial médico que fija la afectación de la capacidad física de la víctima en el 57%, informe que, como ya lo dije, no fue impugnado por las partes.

IV.- Lo resuelto en el apartado precedente determina que deba proceder a establecer un nuevo monto de la reparación del daño físico.

Para ello he de partir de la fórmula de matemática financiera que utiliza habitualmente esta Cámara de Apelaciones, con la finalidad de contar con pautas objetivas para la cuantificación de la indemnización, conforme también lo ha hecho la jueza de grado.

Previo a ello, y dado la queja de la parte actora respecto de los ingresos del accionante, entiendo que en autos se encuentra acreditado que aquél es de profesión chapista. La testigo Albornoz Marzán (acta de fs. 179/180) declara que el actor “se mantiene con su trabajo propio…Cari trabaja de chapista”; la testigo Accordini (acta de fs. 181/182 vta.) también señala que el actor trabaja de chapista, teniendo su propio taller.

Sin embargo, este solo hecho no acredita los ingresos del accionante, como tampoco lo hace su inscripción como monotributista.

Pero, la AFIP ha informado que el demandante se encuentra inscripto en la categoría E del monotributo (fs. 74), y de acuerdo con la escala proporcionada por el mismo ente recaudador a fs. 130/131 surge que, en época cercana a la de producción del accidente, la categoría E del monotributo comprende a personas con ingresos brutos anuales superiores a $ 96.000,00 y hasta $ 144.000,00. Si hacemos un promedio entre ambos extremos estamos en un ingreso de $ 120.000,00 anuales, que dividido por doce hace un ingreso mensual promedio de $ 10.000,00, por lo que la suma denunciada en la expresión de agravios del actor de $ 8.000,00 mensuales resulta razonable y ajustada a las constancias de la causa, debiendo estarse, entonces, a ella.

Luego, por aplicación de la fórmula señalada, considerando una incapacidad del 57%, un ingreso mensual de $ 8.000,00 y la edad del actor al momento del siniestro (53 años), se arriba a una indemnización de $ 496.995,00, monto que entiendo adecuado a las lesiones sufridas por el demandante y sus secuelas.

V.- Resta por analizar el agravio de la actora referido al daño moral.

La jueza de grado ha fijado en la suma de $ 50.000,00 la cuantía de esta indemnización. Entiendo que dicho monto resulta insuficiente a efectos de resarcir debidamente los perjuicios espirituales que razonablemente ha sufrido y sufre el actor de autos, como consecuencia del accidente del cual fue víctima.

Para arribar a esta conclusión tengo en cuenta que, además de las lesiones que han derivado directamente en la pérdida de fuerza física, con los consiguientes inconvenientes para realizar sus tareas laborales habituales, al accionante se le ha debido practicar una orquifunilectomía derecha, que ha importado la pérdida de su testículo derecho.

Conforme lo detalla la perito psicóloga en su informe, obrante a fs. 150/151 vta., el que no fuera impugnado por las partes, “de la entrevista se pone en evidencia la gran dificultad que presenta el Sr. Cari para poder hablar de la pérdida que sufrió a consecuencia del siniestro que motiva la litis. Rodea el tema, se expresa de manera poco clara, buscando recursos discursivos, tales como la insinuación o el chiste. Esto pone de manifiesto que el sujeto no ha podido elaborar o metabolizar a nivel psíquico lo sucedido en su cuerpo. Ya que ha perdido un órgano que además tiene una significación cultural en cuanto a la masculinidad… Las defensas psíquicas no son adecuadas y el sujeto tiende a aislarse, como mecanismo adaptativo fallido… La amputación es un procedimiento quirúrgico agresivo y traumático para cualquier persona, que afecta el esquema corporal, los sentimientos y las emociones. También puede generar dificultad en la integración social, basado en creencias negativas sobre la propia apariencia, y emociones negativas respecto al propio cuerpo, generando conductas que evitan el intercambio social…”.

Por ende, considerando la magnitud de las lesiones sufridas y su repercusión en la vida de relación del demandante, como así también el tratamiento invasivo que se han otorgado a dichas lesiones, y su consecuente etapa de convalecencia, estimo que la indemnización por daño moral debe duplicarse, llevándola a la suma de $ 100.000,00.

VI.- Lo dicho en los apartados anteriores importa el rechazo de los agravios de la aseguradora citada en garantía referidos a la cuantía de la indemnización por daño físico y por daño moral, por considerarla excesiva.

VII.- Finalmente, se advierte que ha mediado un error de tipeo en la parte resolutiva del fallo de grado, en tanto se hace constar que el nombre del actor es “D. C.”, cuando en realidad es “D. C.”, por lo que ha de rectificarse esa constancia, por razones de economía y celeridad procesales.

VIII.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo: 1) declarar desierto el recurso de apelación planteado por la parte demandada; 2) rectificar el error material incurrido en la sentencia de primera instancia, haciendo constar que en el punto I) del FALLO debe decir “Hacer lugar a la demanda promovida por D. C.…” y no por “D. C.”, tal como consta en el mismo; 3) hacer lugar al recurso de

apelación de la parte actora y rechazar el recurso de apelación de la aseguradora citada en garantía; 4) en consecuencia, modificar parcialmente el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 610.515,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada y a la aseguradora citada en garantía por asumir la calidad de vencidas (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., y ..., en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Declarar desierto el recurso de apelación planteado por la parte demandada y rechazar el de la aseguradora citada en garantía.

II.- Modificar parcialmente la sentencia dictada a fs. 213/219, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 610.515,00, y rectificando el error material incurrido en cuanto al apellido del actor, haciendo constar que en el punto I) del FALLO debe decir “Hacer lugar a la demanda promovida por D. C. y no por “D.C.”, tal como consta en el mismo; confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

III.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada y a la aseguradora citada en garantía por asumir la calidad de vencidas (art. 68, CPCyC).

IV.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., y ..., en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"BARON NESTOR RUBEN 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.: 469643/2012) – Sentencia: 100/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE IN ITINERE. PERICIAL PSICOLOGICA. RELACION DE CAUSALIDAD. DETERMINACION DE LA INCAPACIDAD. CAPACIDAD RESIDUAL. LEY VIGENTE. INDEMNIZACION. CAPITAL NO ACTUALIZADO POR INDICE RIPTE. TASA DE INTERES. TASA ACTIVA. HONORARIOS DEL ABOGADO. CUANTIFICACION.

1.- Si partimos de las secuelas dejadas en el trabajador por al accidente “in itinere”, especificadas en la pericia médica –cuestión que llega firme a esta instancia-, tenemos que el actor presenta fractura del platillo tibial con incongruencia articular, limitación funcional del tobillo derecho y limitación funcional del hombro derecho. Luego, la pericia psicológica funda adecuadamente las consecuencias que en la psiquis del demandante producen estas secuelas físicas. Por lo tanto, el 10% de incapacidad psicológica establecida en la instancia de grado debe ser confirmada, al existir relación causal entre la dolencia constatada (RVAN grado II) y el

accidente de trabajo.

2.- Asiste razón a la accionada apelante en orden a que el juez de grado ha sumado incorrectamente los porcentajes de incapacidad, no sólo porque no utilizó el método de la capacidad restante que prescribe el baremo legal, sino también porque los factores de ponderación deben aplicarse una vez efectuada la adición de las incapacidades física y psicológica.

3.- Si partimos del grado de incapacidad mayor, que es el físico (34,88%), al trabajador le queda una capacidad restante del 65,12%, y aplicando sobre este último porcentaje el grado de incapacidad psicológica -10 %-, se arriba a un porcentaje de incapacidad total del 41,39%. Y computando sobre esta incapacidad los factores de ponderación estimados por el perito médico, tenemos que el trabajador de autos tiene un porcentaje de incapacidad del 49,49% (41,39% + 6,21% + 1,89%).

4.- […] habiéndose producido el accidente de trabajo y su primera manifestación invalidante el día 12 de septiembre de 2011, antes de la publicación de la Ley 26.773 en el Boletín Oficial -26/10/2012-, ésta no rige para el caso de autos (art. 17 inc. 5), como así tampoco su decreto reglamentario. Consecuentemente la determinación de la indemnización debida al trabajador de autos debe hacerse de conformidad con la ley 24.557 y el decreto n° 1.594/2009.

5.- No existiendo ya en autos capital actualizado por índice RIPTE, corresponde rectificar la tasa de interés fijada en el fallo de primera instancia, estableciéndola en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

6.- […] conforme las pautas que habitualmente considera la Alzada, los honorarios fijados para los letrados de la parte actora resultan elevados, proponiendo que se reduzcan al 11,2% de la base regulatoria para cada uno de ellos, por su actuación en doble carácter.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BARON NESTOR RUBEN C/ PREVENCION ART SA S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”, (JNQLA4 EXP Nº 469643/2012), venidos a esta Sala II integrada por las Dras. Patricia CLERICI y Cecilia PAMPHILE, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE 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. 248/263, 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. 292).

a) La demandada se agravia, en primer lugar, por la valoración de la prueba pericial psicológica.

Dice que, en su oportunidad, su parte cuestionó este informe pericial, y estas objeciones no fueron consideradas por el a-quo.

Señala que el informe pericial no contiene una hipótesis diagnóstica que permita ordenar el procedimiento y definir la batería exploratoria. Agrega que tampoco se detalla información pertinente sobre vínculos significativos, tratamientos médicos, psicológicos o psiquiátricos, no quedando en claro si en la actualidad el actor se encuentra realizando un tratamiento psicoterapéutico y cuales han sido los cambios producidos.

Considera que el informe adolece de datos objetivos que permitan confirmar lo afirmado por la perito respecto del psiquismo de base normal, que funciona adecuadamente ante situaciones estables.

Entiende que los síntomas referidos por la perito no son fuente suficiente de confirmación del cuadro psicopatológico.

Destaca que el actor nunca reclamó prestaciones psicológicas.

Formula agravio respecto del proceder del juez de grado en cuanto suma los porcentajes de incapacidad, sin utilizar el método de la capacidad restante.

Sostiene que existe una aplicación retroactiva de la ley 26.773, y una errónea interpretación del art. 3 del Código Civil.

Detalla el perjuicio económico y al derecho de propiedad de la aseguradora que ocasiona la aplicación retroactiva de la ley 26.773.

Hace alusión al precedente "Espósito" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cuestiona la aplicación del índice RIPTE, por omisión de aplicar el decreto n° 472/2014 y la resolución n° 34/2013.

Apela por altos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora y a los peritos de autos.

Mantiene la reserva del caso federal.

b) La parte actora se agravia por el cómputo de los intereses, con cita del fallo dictado en la causa "Mansur c/ Consolidar ART S.A." por el Tribunal Superior de Justicia.

En definitiva, el cuestionamiento de la parte a la decisión de primera instancia es por la aplicación de la tasa del 12% anual por el período actualizado por índice RIPTE, entendiendo que los intereses por tal lapso deben liquidarse conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Mantiene la reserva del caso federal.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 299/340 vta., y lo mismo hace la demandada respecto del memorial de la accionante a fs. 341/vta.

II.- Entiendo que la expresión de agravios de la demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto constituye una crítica razonada y concreta de los aspectos del fallo de grado que se cuestionan.

No corresponde, entonces, declarar la deserción de este recurso.

III.- He de comenzar el análisis de los agravios de las partes, por el cuestionamiento a la valoración de la prueba pericial psicológica, formulado por la demandada.

El juez de grado ha estado al 10% de incapacidad que establece la perito psicóloga, sin realizar ninguna consideración en orden a la impugnación formulada por la parte demandada a ese informe pericial.

Analizado el pedido de explicaciones formulado por la parte demandada (fs. 182/183), y las respuestas dadas por la perito psicóloga (fs. 186/vta.), como así también el desarrollo del informe pericial obrante a fs. 174/178, no encuentro que asista razón a la recurrente respecto de los déficits que plantea en su expresión de agravios, referidos a la labor de la perito.

En efecto, la experta ha indicado los métodos diagnósticos utilizados y el resultado general de cada uno de los tests aplicados. Si bien no lo precisa expresamente, tratándose de una pericia judicial, en el marco de un proceso por accidente de trabajo, va de suyo que la hipótesis de trabajo es la constatación de alguna de las patologías determinadas en el baremo de aplicación, y, en su caso, la fijación de la disminución de la capacidad laborativa correspondiente.

Si partimos de las secuelas dejadas en el trabajador por al accidente "in itinere", especificadas en la pericia médica –cuestión que llega firme a esta instancia-, tenemos que el actor presenta fractura del platillo tibial con incongruencia articular, limitación funcional del tobillo derecho y limitación funcional del hombro derecho. Luego, la pericia psicológica funda adecuadamente las consecuencias que en la psiquis del demandante producen estas secuelas físicas.

En esa senda, la perito explica que el actor tiene colocado material de osteosíntesis en su tobillo derecho, que le genera hinchazón y dolor cuando está de pie, y que le impide mantener durante mucho tiempo el pie en el acelerador (el demandante es oficial especializado en camión mixero); como así también que su calzado debe ser, por lo menos, dos números mayor, para que pueda entrar el pie. Agrega que las consecuencias del accidente le impiden al trabajador desplazarse en bicicleta, circunstancia que lo ha hecho engordar 25 kilos; en tanto que no puede flexionar el brazo con normalidad, impedimento que le genera dificultades para vestirse y desvertirse. Estas afectaciones de su vida diaria y laboral traen como consecuencia, sostiene la experta, un sentimiento de desvalorización y frustración, que se agrava por la imposibilidad del demandante de pensarse en otra situación laboral, dado que es su trabajo de toda la vida.

La síntesis realizada en el párrafo precedente demuestra la conexidad que existe entre las lesiones físicas y la afectación del psiquismo del actor, como así también de que modo aquellas influyen negativamente en el trabajador.

En tales términos entiendo que la pericia psicológica se encuentra correctamente fundada, existiendo relación causal entre la dolencia constatada (RVAN grado II) y el accidente de trabajo.

IV.- Asiste razón a la accionada apelante en orden a que el juez de grado ha sumado incorrectamente los porcentajes de incapacidad, no sólo porque no utilizó el método de la capacidad restante que prescribe el baremo legal, sino también porque los factores de ponderación deben aplicarse una vez efectuada la adición de las incapacidades física y psicológica.

Si partimos del grado de incapacidad mayor, que es el físico (34,88%), al trabajador le queda una capacidad restante del 65,12%, y

aplicando sobre este último porcentaje el grado de incapacidad psicológica, se arriba a un porcentaje de incapacidad total del 41,39%. Y computando sobre esta incapacidad los factores de ponderación estimados por el perito médico, tenemos que el trabajador de autos tiene un porcentaje de incapacidad del 49,49% (41,39% + 6,21% + 1,89%).

V.- Habiendo sucedido el accidente de trabajo el día 12 de septiembre de 2011, asiste razón a la demandada respecto del marco legal en el cual debe encuadrarse el caso de autos.

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 obliga a rever esta postura.

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.

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 12 de septiembre 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 la determinación de la indemnización debida al trabajador de autos debe hacerse de conformidad con la ley 24.557 y el decreto n° 1.594/2009.

Considerando los elementos señalados en el fallo de grado para la aplicación de la fórmula del art. 14 de la LRT, y un porcentaje de incapacidad del 49,49%, obtenemos un resultado de $ 216.091,45 ($ 5.181,4 x 53 x 1,59 x 49,49%), monto que es superior al piso mínimo del decreto n° 1.594/2009.

Descontando de esta suma lo abonado oportunamente por la demandada ($ 181.926,91), el capital de condena se fija en la suma de $ 34.164,54.

En atención al porcentaje de incapacidad del actor no corresponde abonar suma adicional alguna de las previstas por el art. 11 de la LRT.

VI.- No existiendo ya en autos capital actualizado por índice RIPTE, corresponde rectificar la tasa de interés fijada en el fallo de primera instancia, estableciéndola en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

VII.- Considerando lo resuelto en los apartados precedentes deviene abstracto el tratamiento del recurso de apelación de la parte actora.

VIII.- Resta por analizar las apelaciones arancelarias.

El juez de grado ha regulado los honorarios de los letrados de la parte actora utilizando el máximo de la escala del art. 7 de la ley 1.594, siendo reiterada la posición de la Cámara de Apelaciones en orden a que dicho máximo debe ser reservado para retribuir la labor profesional en casos de complejidad manifiesta, característica que no presenta el sub lite.

Por ende, y conforme las pautas que habitualmente considera la Alzada, los honorarios fijados para los letrados de la parte actora resultan elevados, proponiendo que se reduzcan al 11,2% de la base regulatoria para cada uno de ellos, por su actuación en doble carácter.

Lo dicho hasta aquí sella la suerte adversa del recurso arancelario de los abogados de la demandante, aunque no se entiende la presentación de la queja en cuanto se advierte que los emolumentos fijados a su favor en la sentencia de primera instancia, tal como se señaló, equivalen al máximo de la escala legal.

Respecto de los honorarios de los peritos de autos, también se entiende elevada la regulación efectuada por el juez de grado, atendiendo a la labor desarrollada y a la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes, proponiendo reducirlos al 4% del capital de condena para cada uno de ellos.

IX.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, declarar abstracto el tratamiento del recurso de apelación de la parte actora, y hacer lugar a la queja arancelaria de la accionada, rechazando la de los letrados de la demandante.

En consecuencia, se modifica parcialmente el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 34.164,54; fijando la tasa del interés en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago; y disminuyendo las regulaciones de honorarios de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. ... y ..., los que se establecen en el 11,2% de la base regulatoria para cada uno de ellos; y los de los peritos, médico ... y psicóloga ..., los que se determinan en el 4% de la base regulatoria para cada uno, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, como así también que el resultado de la apelación es consecuencia del cambio de criterio del tribunal, derivado de fallos novedosos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia provincial, se imponen en el orden causado (arts. 71 y 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ..., ... y ..., en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

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 la sentencia de fs. 248/263, dejando sin efecto la aplicación de la ley 26773, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 34.164,54; fijando la tasa del interés en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago; y disminuyendo las regulaciones de honorarios de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. ... y ..., los que se establecen en el 11,2% de la base regulatoria para cada uno de ellos; y los de los peritos, médico ... y psicóloga ..., los que se determinan en el 4% de la base regulatoria para cada uno, confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravio.

II.- Costas de Alzada en el orden causado (arts. 71 y 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ..., ... y ..., en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, 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 - Dra. CECILIA PAMPHILE

Dra. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"YAÑEZ ZEGARRA MONICA DANIELA C/ OLIVIA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470389/2012) – Sentencia: 101/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO. PERIODO DE PRUEBA. EXTINCION DEL PERIODO DE PRUEBA. INDEMNIZACION POR DESPIDO. FALTA DE REGISTRACION DE LA RELACION LABORAL. AGRAVAMIENTO INDEMNIZATORIO. APORTES PATRONALES. RETENCION. SANCIONES CONMINATORIAS.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado en cuanto tiene por operado el distracto una vez fenecido el período de prueba, toda vez que teniendo en cuenta la fecha de inicio de la relación laboral, el período de prueba se agotó a las 24 horas del día 14 febrero de 2012 (art. 25, Código Civil, vigente al momento de los hechos), y de la documentación acompañada por la parte demandada surge que si bien la carta documento comunicando el despido fue impuesta en el Correo el día 13 de febrero de 2012, la primera visita que el cartero hace al domicilio de la parte actora –sin entrar a dirimir la cuestión referida a si tal domicilio era o no el correcto- fue el día 15 de febrero de 2012 , cuando el período de prueba ya se encontraba extinto.

2.- Ninguna relevancia tiene el hecho que el envío postal haya sido intentado entregar a las pocas horas de operado el vencimiento del período de prueba, dado que tratándose éste de una excepción a la indeterminación del plazo de duración del contrato de trabajo –regla en la materia-, su aplicación debe ser estricta.

3.- Con relación al agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 corresponde morigerar su monto. En efecto, si bien la actora intimó el pago de las indemnizaciones de ley, se debe tener en cuenta que el empleador impuso la comunicación del despido antes del vencimiento del período de prueba, y que lo ratificó por comunicación cursada el día 15 de febrero de 2012, las distintas visitas realizadas por el cartero y la duda razonable respecto de cuál era a ese momento el domicilio de la trabajadora. Todas esta circunstancias llevan a considerar que pudo la demandada, razonablemente, creer que le asistía derecho por entender que la resolución contractual había operado dentro del período de prueba. Por lo dicho considero que el agravamiento indemnizatorio bajo análisis debe ser reducido a la suma de $ 3.500,00, lo que lleva entonces al capital de condena a la suma de $ 122.863,65.

4.- En lo que hace a la sanción prevista por el art. 132 bis de la LCT, el supuesto normativo refiere a cuando se han retenido aportes al trabajador con destino a distintas instituciones y, por cualquier causa, no los hubiese ingresado total o parcialmente, debiendo acreditar, en su caso, el empleador, el pago íntegro de lo adeudado. Este pago no ha sido probado en autos, no siendo causa de exculpación de la empleadora su presentación en concurso de acreedores. Ello, sin dejar de señalar que tampoco se ha probado que los organismos involucrados hayan verificado crédito alguno en el concurso preventivo de la demandada o que, en su caso, la deuda se encuentre saldada o en vías de cancelación.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “YA¥EZ ZEGARRA MONICA DANIELA C/ OLIVIA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES”, (JNQLA4 EXP Nº 470389/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE 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. 202/208, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por la decisión del a-quo de otorgar efectos al despido desde el día 15 de febrero de 2012, y respecto a que aquél ocurrió tres meses y dos días después del ingreso de la actora.

Dice que, de tomarse como válida la fecha cuestionada (15 de febrero de 2012), habían transcurrido tres meses y unas horas, atento que el plazo de tres meses se cumplió a las 14 horas del mismo día en que fue contratada, tres meses más tarde, o sea el 14 de febrero de 2012, por aplicación del art. 6° del Código Civil y Comercial.

Sigue diciendo que si bien se entiende mayoritariamente que la comunicación del despido es recepticia, en autos se encuentra acreditado que la demandada pretendió resolver la relación laboral dentro del plazo de prueba, un día antes de que se cumplieran los tres meses.

Afirma que más allá de los efectos que puede generar la recepción de la comunicación del despido, es un derecho del empleador interrumpir la vinculación laboral a prueba dentro de los tres meses del ingreso. Agrega que la conducta del Correo, que debió entregar la carta documento el mismo día o, a más tardar, el día siguiente al de su imposición, es una causa ajena y no imputable al empleador.

Señala que en autos, el resultado hubiese sido el mismo, ya que se acreditó que la actora había mudado de domicilio, sin denunciar esa situación al empleador.

Entiende que corresponde tomar como fecha del despido la de imposición de la carta documento o, en el peor de los casos, la fecha en que se debió notificar.

Manifiesta que la misma actora reconoce que no trabajó el día 15 de febrero de 2012, señalando que resulta obvio que ello fue porque estaba despedida, de lo que se sigue que no alcanzó a trabajar un solo día luego de cumplido el plazo de prueba.

Sostiene que resulta evidente que la actora tomó conocimiento del despido, como mínimo, el día 15 de febrero de 2012, al reconocer que ese día ya no se le permitió el ingreso a la empresa.

Subsidiariamente se agravia por los rubros y montos de condena.

Se queja de que el juez de grado haya considerado que la actora trabajó tres meses y dos días, cuando la propia accionante reconoce que el día 15 de febrero de 2012 no trabajó.

Pone de manifiesto que la trabajadora percibió el SAC y vacaciones correspondientes al año 2011, por lo que la sentencia recurrida debió descontar esos rubros.

Destaca que la demandada abonó, junto con la liquidación final, los días trabajados del mes de febrero, SAC, preaviso y vacaciones proporcionales del año 2012, importes que tampoco fueron descontados.

Formula agravio por la condena al pago de la multa del art. 80 de la LCT., ya que surge del intercambio epistolar que la empleadora puso a disposición de la actora los certificados laborales; surgiendo también, de la fecha de impresión de los certificados, que se encontraban a disposición desde aquella época.

Agrega que la actora no acreditó haber concurrido a retirarlos y que no le fueran entregados, conforme lo afirmó.

También cuestiona la aplicación del agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323.

Afirma que existen elementos que acreditan que la demandada tuvo motivos suficientes como para considerar que no debía realizar el pago reclamado.

Se agravia por la condena al pago del salario familiar, ya que ello requiere de un trámite ante la ANSES con las correspondientes actas de nacimiento, debiéndose acreditar que el progenitor de los menores no percibe asignaciones familiares. Insiste en que los salarios familiares los abona la ANSES, por lo cual el pago no se encuentra a cargo del empleador.

Cuestiona la aplicación de la multa del art. 43 de la ley 25.345, sosteniendo que más allá que la empleadora cumplió con sus obligaciones frente al sistema de seguridad social, se encuentra actualmente en concurso de acreedores, el que tramita por ante el Juzgado Civil n° 2 de esta ciudad, por lo que de existir alguna deuda, la misma se encuentra en ese proceso concursal, controlado por la sindicatura y el juez, por lo que ella solamente es exigible en el marco de dicho proceso.

Considera que la multa resulta, por otra parte, desproporcionada respecto del reclamo de una persona que solamente trabajó tres meses.

Apela las regulaciones de honorarios por entender por demás elevados los porcentajes fijados a tal fin, tanto para los letrados de las partes, como para el perito.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 217/219 vta.

Pide la aplicación del apercibimiento previsto por el art. 266 del CPCyC, dado que la expresión de agravios no constituye una crítica razonada y concreta del fallo de grado.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Dice que sin perjuicio que la comunicación rupturista jamás llegó a la esfera de conocimiento de la actora, el aviso de intento de entrega por parte del Correo data del 15 de febrero de 2012, es decir dos días después de haberse cumplido el plazo de tres meses fijado por la norma legal como período de prueba. Afirma que la propia demandada reconoce que tal plazo se encontró

vencido el día 15 de febrero de 2012.

Destaca que la decisión de poner fin a la relación laboral fue dirigida a un domicilio que no se correspondía con el real de la actora, y que el curriculum acompañado por la demandada fue desconocido por su parte, no produciéndose prueba tendiente a acreditar su autenticidad.

Destaca que la actora no trabajó el día 15 de febrero de 2012 porque no se le permitió el ingreso al lugar de trabajo, pero la fuerza laboral siempre estuvo a disposición de la empleadora, efectuándose el reclamo correspondiente, vía epistolar, el día 16 de febrero de 2012.

Sigue diciendo que la demandada pretende haber cumplido con la entrega de los certificados del art, 80 de la LCT mediante el certificado de ANSES PS 6.2, el cual ni siquiera cuenta con fecha cierta, ya que carece de firma certificada, lo que lo torna inválido.

Agrega que de las testimoniales de fs. 88 y 92 surge que esos testigos acompañaron a la actora en tres oportunidades a efectos de percibir la liquidación final y retirar los certificados en cuestión, y éstos nunca fueron entregados.

Defiende la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323.

Señala que es sobreabundante la jurisprudencia que sostiene que el empleador es quién debe activar los mecanismos para la percepción de las asignaciones familiares y demás beneficios sociales por parte del trabajador, citando fallos sobre la materia.

Con respecto a la multa del art. 132 bis de la LCT manifiesta que su parte acreditó, mediante los recibos de haberes, que la demandada efectuó las retenciones con destino a la seguridad social, las que no fueron ingresadas a los organismos pertinentes. Señala las constancias probatorias de las cuales surgen estos extremos.

II.- En primer lugar señalo que el memorial de agravios de la demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC. Por lo menos en forma general.

Más allá de la razón o sinrazón de la crítica, que surgirá del análisis de la queja formulada, lo cierto es que ésta concretamente alude a los aspectos del fallo que considera equivocados y explica por qué.

III.- He de iniciar el análisis de la apelación de autos por la cuestión referida a si el despido de la trabajadora operó durante la vigencia del período de prueba o cuando éste ya se había agotado.

De acuerdo con los recibos de haberes de fs. 11/14 y el reconocimiento de la demandada (fs. 35 vta.) la relación laboral entre las partes se inició el día 14 de noviembre de 2011.

El art. 92 bis de la LCT establece que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en su art. 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de vigencia.

La cuestión controvertida en esta instancia se vincula con la exteriorización de la voluntad rescisoria, con el objeto de quedar el empleador exento de las obligaciones indemnizatorias derivadas del despido sin causa del trabajador comprendido en el período de prueba, que es, en definitiva, la consecuencia práctica de este instituto.

Juan Carlos Fernández Madrid entiende que, como está concebido en nuestro derecho, el período de prueba es pura y simplemente un lapso durante el cual el empleador, en forma prácticamente discrecional, puede poner fin al contrato de trabajo sin abonar indemnizaciones de ninguna clase (cfr. aut. cit., “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley 2007, T. I, pág. 868).

Miguel Angel Maza, con cita de jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sostiene que la extinción del contrato de trabajo no dará lugar para el empleador al deber de pagar la indemnización del art. 245 de la LCT, sólo si la decide y hace saber a su contraparte antes de que venza el plazo correspondiente; y citando el fallo “Linari Crossa c/ The Segurity Group S.A.” de la Sala II de la CNAT, dice que este tribunal fue más lejos aún al establecer una circunstancia adicional: que la extinción no sólo sea decidida y la comunicación expedida dentro del plazo legal, sino también que logre su finalidad extintiva, una vez recibida, antes que aquél expire (cfr. aut. cit., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 818).

Entiendo que esta es la postura correcta toda vez que siendo el despido un acto eminentemente recepticio, no puede afirmarse que aquél haya existido si su notificación no ingresa a la esfera de conocimiento del trabajador.

Este ha sido también el criterio de la Sala VII de la CNAT, tribunal que sostuvo que resultaba procedente la indemnización por despido reclamada por el actor pues, si bien el empleador remitió la comunicación del despido durante la vigencia del período de prueba, la extinción de la relación laboral se produjo una vez vencido el mismo, cuando la misiva fue recibida por el accionante (autos “Abalos c/ M.A. Servicios S.A.”, 18/12/2008, LL AR/JUR/20601/2008).

En autos, considerando la fecha de inicio de la relación laboral, el período de prueba se agotó a las 24 horas del día 14 febrero de 2012 (art. 25, Código Civil, vigente al momento de los hechos).

De la documentación acompañada por la parte demandada surge que si bien la carta documento comunicando el despido fue impuesta en el Correo el día 13 de febrero de 2012 (fs. 29), la primera visita que el cartero hace al domicilio de la parte actora –sin entrar a dirimir la cuestión referida a si tal domicilio era o no el correcto- fue el día 15 de febrero de 2012 (fs. 30 vta.), cuando el

período de prueba ya se encontraba extinto.

Y digo que no analizo si el domicilio de la trabajadora era o no el correcto, porque aún cuando se entienda que ese era el domicilio por ella denunciado, de todos modos cuando la comunicación del despido entró en la esfera de conocimiento de la demandante (el cartero dejó aviso de su visita), conforme ya lo señalé, no estaba vigente el período de prueba.

Ninguna relevancia tiene el hecho que el envío postal haya sido intentado entregar a las pocas horas de operado el vencimiento del período de prueba, dado que tratándose éste de una excepción a la indeterminación del plazo de duración del contrato de trabajo –regla en la materia-, su aplicación debe ser estricta.

Tampoco reviste importancia la actuación del Correo, toda vez que tratándose de comunicación entre ausentes, es el remitente quién corre con los riesgos del medio elegido a tal fin, en tanto no sea imputable al destinatario la causa que impidió la efectividad de la comunicación, extremo que aquí no juega dado que la primera visita del cartero fue posterior, como lo dije, al fenecimiento del período de prueba.

Si bien la demandada invocó la existencia de un despido verbal en fecha 13 de febrero de 2011, éste no fue probado. Ello sin abrir opinión sobre la cuestión, que no es pacífica, referida a si en el despido que se realiza durante la vigencia del período de prueba se requiere o no de la comunicación escrita (ver al respecto Maza, Miguel Angel, op. cit., pág. 819/820).

Consecuentemente se confirma la sentencia de grado en cuanto tiene por operado el distracto una vez fenecido el período de prueba.

IV.- He de abordar ahora los agravios referidos a los rubros por los cuales progresa la demanda.

Con respecto a las vacaciones, la perito contadora señala que a la actora se le han liquidado vacaciones proporcionales por el año 2011 (fs. 142), por lo que este pago corresponde sea deducido del total de condena, conforme lo ha hecho la misma perito como consecuencia de la impugnación formulada a su informe (fs. 155). Consecuentemente el rubro vacaciones no gozadas progresa por la suma de $ 25,01.

Asiste razón a la demandada respecto a que el SAC proporcional del año 2011 fue abonado a la trabajadora, conforme surge del informe pericial, aunque existe una diferencia a favor de ésta de $ 57,32 (fs. 155). En cuanto al SAC proporcional del año 2012 no surge de autos que haya sido abonado.

Conforme lo dicho, el capital de condena se reduce a la suma de $ 126.187,48.

En cuanto a los días trabajados por la demandada, resulta de las constancias de la causa que la relación laboral superó el período de tres meses. En efecto, el día 15 de febrero de 2012 la actora no pudo prestar servicios porque le fue impedido el ingreso a su lugar de trabajo, por lo que no puede achacársele responsabilidad en la no prestación de servicios.

En lo que respecta a la multa dispuesta por el art. 80 de la LCT, surge de autos que las certificaciones fueron puestas a disposición de la actora en el domicilio de la empresa (fs. 5 y 8). Sin embargo existen en el expediente declaraciones testimoniales que dan cuenta que estos certificados no le fueron entregados a la trabajadora cuando se presentó a retirarlos.

La testigo Ana María Cofré señala que "…yo la acompañé para que le liquidaran y le dieran los recibos y certificados. Fuimos en una oportunidad y no le dieron nada y le dijeron que le avisaban cuando volviera a ir para retirar todo.

Volvimos a ir y hicieron exactamente lo mismo, nos hicieron esperar y la chica que nos atendió nos dijo que no tenía nada para dar, ni para pagarle, ni certificados, ni nada. Fue en Febrero o Marzo. Después hubo otra oportunidad que no llegamos a ir porque nos dijeron que no. La última vez que fuimos solo le pagaron el dinero, y nada más" (acta de fs. 88/vta.). El testigo Carlos Héctor Molina dice: "…Me pidió que la acompañe, fuimos dos veces, no tuvimos respuesta, no estaba el dueño, no estaba la liquidación. Dos veces la acompañé.

Más o menos fue en Febrero o Marzo de 2012. En la tercera vez le pagaron. No le entregaron los certificados de trabajo" (acta de fs. 92 vta.).

Consecuentemente, no asiste razón a la recurrente en tanto la puesta a disposición de los certificados fue falsa, ya que ellos nunca fueron entregados.

Con relación al agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 entiendo que corresponde morigerar su monto. En efecto, si bien la actora intimó el pago de las indemnizaciones de ley, se debe tener en cuenta que el empleador impuso la comunicación del despido antes del vencimiento del período de prueba, y que lo ratificó por comunicación cursada el día 15 de febrero de 2012, las distintas visitas realizadas por el cartero (fs. 30/vta.) y la duda razonable respecto de cuál era a ese momento el domicilio de la trabajadora.

Todas esta circunstancias llevan a considerar que pudo la demandada, razonablemente, creer que le asistía derecho por entender que la resolución contractual había operado dentro del período de prueba.

Por lo dicho considero que el agravamiento indemnizatorio bajo análisis debe ser reducido a la suma de $ 3.500,00, lo que lleva

entonces al capital de condena a la suma de $ 122.863,65.

Sobre el deber de diligencia previsto por el art. 79 de la LCT, esta Sala II ha sostenido que "El art. 79 de la LCT pone en cabeza del empleador el deber de diligencia, que importa la iniciativa de éste a fin de facilitar al trabajador bajo su dependencia la percepción de, entre otros, los beneficios de la seguridad social, los que comprenden las asignaciones familiares.

"Fernando Javier Caparrós señala que, el empleador deberá arbitrar los medios necesarios para advertir al trabajador de las cargas que le estén impuestas a este último, a fin de liberarse de la responsabilidad por la frustración total o parcial de los beneficios que la ley le acuerda. Y, en todo caso, la norma del art. 79 de la LCT pone en cabeza del empleador la prueba de haber cumplido oportunamente con las obligaciones a su cargo (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 660).

"Esta Sala II también ya ha sentado posición al respecto, sosteniendo que "Sin perjuicio de señalar que la Resolución n° 112/1996 de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación, que aclara y complementa el decreto reglamentario de la Ley 24.714, de Asignaciones Familiares, determina, en su art. 6° de su anexo que el empleador está obligado a notificar al trabajador, dentro de los diez días hábiles de su ingreso, las normas que rigen el régimen de asignaciones familiares, entregando constancia fehaciente de dicha notificación; la Ley de Contrato de Trabajo, en su art. 79 establece, entre los deberes a cargo del empleador, el de diligencia e iniciativa. Esta última norma legal determina que es deber del empleador conducirse de modo tal de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que le otorgan la misma LCT, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo y los sistemas de seguridad social.

"Invocando este deber de diligencia, la jurisprudencia ha resuelto que:

"...ante el reclamo judicial por falta de pago de asignaciones familiares, si la empleadora invocó que el trabajador no acreditó fehacientemente los vínculos, pero no prueba haberlo intimado oportunamente a acreditar su situación familiar o cargas de familia, recae en ella la obligación de abonarlas..." (cfr. CNAT, Sala V, "Raymond c/ Quiret S.R.L.", 30/6/1993, DT 1993-B, pág. 1857). Si bien el régimen de tramitación del pago de asignaciones familiares ha variado desde la fecha del precedente señalado, de igual modo la doctrina que él sienta se encuentra vigente, desde el momento que subsiste en cabeza del empleador la obligación de informar al trabajador respecto de sus derechos con relación al sistema de seguridad social" (autos "Muñoz c/ Muñoz", expte. n° 388.802/2009, P.S. 2012-V, n° 156)" (autos "Arias c/ Soto Vergara", expte. n° 402.430/2009, P.S. 2016-VIII, n° 247; en igual sentido "Arze c/ Fundac. Educar p/ la Excelencia", expte. n° 2015-VI, n° 123).

Luego, no habiendo acreditado la demandada que cumplimentó el deber de diligencia respecto de la percepción de las asignaciones familiares por parte de la actora, resulta pertinente resarcir a ésta por el perjuicio sufrido, que se traduce en las asignaciones de cuya percepción se vió privada, tal como lo ha hecho el a-quo.

Finalmente, y en lo que hace a la sanción prevista por el art. 132 bis de la LCT, el supuesto normativo refiere a cuando se han retenido aportes al trabajador con destino a distintas instituciones y, por cualquier causa, no los hubiese ingresado total o parcialmente, debiendo acreditar, en su caso, el empleador, el pago íntegro de lo adeudado. Este pago no ha sido probado en autos, no siendo causa de exculpación de la empleadora su presentación en concurso de acreedores. Ello, sin dejar de señalar que tampoco se ha probado que los organismos involucrados hayan verificado crédito alguno en el concurso preventivo de la demandada o que, en su caso, la deuda se encuentre saldada o en vías de cancelación.

La morigeración de esta sanción no puede ser resuelta por la judicatura desde el momento que las sanciones conminatorias antievasión fiscal (el art. 132 bis fue incorporado a la Ley de Contrato de Trabajo por la ley 25.345 sobre Prevención de la Evasión Fiscal) no resultan una facultad privativa de los jueces, ya que éstos carecen de potestades para aumentar o disminuir su monto, el que está preestablecido en la norma (cfr. Duarte, David, "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, t. II, pág. 143).

V.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

Con relación a los honorarios del letrado de la parte actora se advierte que el juez de grado ha utilizado para su regulación el máximo de la escala prevista en el art. 7 de la ley 1.594.

Esta Cámara de Apelaciones viene sosteniendo que dicho máximo debe ser reservado para retribuir la labor profesional en casos de alta complejidad, calidad que no tiene la presente litis. Por ello, propongo reducir los honorarios regulados al letrado de la parte actora, fijándolos en el 22,40% de la base regulatoria, por su actuación en doble carácter, como así también los fijados para los letrados de la parte demandada, los que se determinan en 11,20% de la base regulatoria para el abogado patrocinante y en el 4,48% para el apoderado, de conformidad con lo prescripto en los arts. 7 y 10 de la ley 1.594.

En cuanto a los honorarios fijados para la perito contadora, considerando la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, como así también la labor cumplida entiendo que resultan elevados, proponiendo

reducirlos al 4% de la base regulatoria.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar el resolutorio apelado, fijando el capital de condena en la suma de $ 122.863,65, y determinando los honorarios del letrado de la parte actora en el 22,40% de la base regulatoria; los del letrado patrocinante de la parte demandada en el 11,20% de la base regulatoria, los del apoderado de la misma parte en el 4,48% de la base regulatoria; y los de la perito contadora, en el 4% de la base regulatoria, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en un 90% a la parte demandada y en un 10% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ... y ..., en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

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 dictada a fs. 202/208, reduciendo el capital de condena a la suma de $ 122.863,65, y determinando los honorarios del letrado de la parte actora en el 22,40% de la base regulatoria; los del letrado patrocinante de la parte demandada en el 11,20% de la base regulatoria, los del apoderado de la misma parte en el 4,48% de la base regulatoria; y los de la perito contadora, en el 4% de la base regulatoria, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada en un 90% a la parte demandada y en un 10% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ... y ..., en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, 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. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"HINSTZ MARCELO ALEX C/ RESPONSABILIDAD PATRONAL ART S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 349978/2007) – Sentencia: 103/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

ACCIDENTE DE TRABAJO. ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO. LIQUIDACION DE LA ASEGURADORA. LEGITIMACION PASIVA. SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO. SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION.

Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda deducida contra la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, pues habiendo sido liquidada la ART demandada y designada la Superintendencia de Seguros de la Nación, dado los claros términos que resultan del artículo 34 de la ley de riesgos, aquélla no era la legitimada para responder por las consecuencias del accidente a que se alude en la demanda.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "HINSTZ MARCELO ALEX C/ RESPONSABILIDAD PATRONAL ART S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART", (JNQLA6 EXP Nº 349978/2007), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 148/153 rechaza la demanda deducida contra la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, con costas.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 157/160 y cuyo traslado no fuera respondido.

II.- Sostiene el quejoso que sólo se tuvo en cuenta el interés de la ART y no del trabajador que sufriera un accidente y si bien reconoce que la ART se encuentra en liquidación, la jueza reconoce la mala técnica legistativa al utilizar la misma palabra –fondo- para dos instituciones distintas.

En tal sentido considera que el juez debe cumplir con la justicia del caso y que ambos fondos tienen igual finalidad. Agrega que si bien son dos organismos autárquicos distintos, ambos dependen del gobierno nacional con lo cual fácilmente se puede anoticiar al fondo, que debe hacerse cargo de la suma a abonar.

Sostiene que la sentencia llega a la peor solución evitando que pueda hacerse lugar al derecho que se le privó e imponiéndosele el pago de las costas.

Destaca que el artículo 36 de la Ley de Riesgos impone a la Superintendencia de Riesgos el deber de supervisar y fiscalizar las acciones de las ART con lo cual, se le impone el deber de actuar diligentemente para que no se produzcan situaciones como la del caso.

Alude luego a antecedentes jurisprudenciales que se sustentan en las lesiones padecidas y el derecho a la protección integral, la justicia social y la violación del principio de progresividad.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, debo señalar que los agravios vertidos no logran conmover en lo más mínimo la decisión de la jueza interviniente, toda vez que lo decidido encuentra su debido respaldo en la conducta procesal desplegada por la actora, con asesoramiento letrado, las constancias de la causa y la normativa vigente.

Tal como resulta de la propia actividad de la actora en el proceso, resulta que inicia su reclamo con fundamento en la incapacidad que dice tener, contra la aseguradora de riesgos del trabajo.

Ahora bien, con posterioridad y según surge clara y expresamente de la causa y como consecuencia de un pedido de los letrados de la actora –ver fs. 70-, se informa que la ART demandada ha sido liquidada, habiéndose designado liquidadora a la Superintendencia de Seguros de la Nación informándose además los nombres y domicilios de los delegados liquidadores, todo ello según consta a fs. 80.

Pese a la claridad del informe y citando y transcribiendo el artículo 34 de la ley de riesgos de trabajo, la actora requiere expresamente que la demanda se trabe con la Superintendencia de ART en su carácter de liquidadora de la ART antes demandada (ver fs. 83).

Dicha petición expresa, fue favorablemente proveída por el juzgado a fs. 84.

En tal sentido entonces, si pese a las constancias de la causa la parte quiere demandar a una determinada repartición pública, mal puede el juez interviniente indicarle a quién y cómo debe accionar, dado que ello importa perder la imparcialidad que debe guardar en el proceso, ya que la misma es una propiedad esencial del cargo que ostenta.

Con posterioridad, se presenta la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a fs. 96, planteando que carece de legitimación para ser demandada y explicando quién administra el fondo de reserva y la normativa aplicable al caso.

No obstante ello, la parte actora sigue adelante con el juicio sin demandar a la Superintendencia de Seguros de la Nación e inclusive, en los alegatos insiste en que se debe condenar a la superintendencia de ART.

En tales condiciones y habiendo reconocido que se trata de organismos autárquicos, lo cual es evidente, es que la pretensión en modo alguno puede prosperar contra la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, dado que de acuerdo a los claros términos que resultan del artículo 34 de la ley de riesgos, no era la legitimada para responder por las consecuencias del accidente a que se alude en la demanda.

En el caso, resultan irrelevantes las menciones a la reparación integral, justicia social y progresividad toda vez que la cuestión a dilucidar es, si la persona demandada por la actora se encontraba legitimada para cubrir las indemnizaciones derivadas de un accidente cuando la ART fue liquidada, de conformidad con la legislación vigente.

Asimismo y dado el carácter de vencido y que de las constancias de la causa resulta que la actora estaba anoticiada acerca del ente que debía responder, es que debe soportar el pago de las costas.

III.- Por las razones expuestas propongo se confirme la sentencia apelada, con costas a la actora.
La Dra. Patricia CLERICI dijo:
Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.
Por ello, esta Sala II
RESUELVE:
I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 148/153 en todo lo que ha sido materia de agravios.
II.- Imponer las costas de Alzada a la parte actora en su condición de vencida (art. 68, CPCyC).
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. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"GUTIERREZ RICHART WELLINGTON C/ SWISS MEDICAL 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.: 467538/2014) – Sentencia: 104/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. PRESTACIONES DINERARIAS. INCAPACIDAD LABORAL PERMANENTE PARCIAL. DECRETO 1694/09. ENTRADA EN VIGENCIA. CALCULO INDEMNIZATORIO. PISO MINIMO. INCONSTITUCIONALIDAD. FALTA DE AGRAVIO CONCRETO.

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda por accidente de trabajo y no declaró la inconstitucionalidad del artículo 16 del decreto 1694/09 –vigencia temporal de la norma-, pues no se advierte cuál es el agravio de la actora, toda vez que si bien es cierto que no se declaró la inconstitucionalidad del decreto 1694 artículo 16, no explica ni fundamenta en qué lo beneficia –el tratamiento de las objeciones constitucionales-, toda vez que se ha calculado la indemnización sin tope y su resultado es superior al mínimo previsto por el artículo 3 del decreto 1.694/09.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de Mayo del año 2017.
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: “GUTIERREZ RICHART WELLINGTON CONTRA SWISS MEDICAL ART S.A. SOBRE ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”, (JNQLA6 EXP Nº 467538/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:
I.- La sentencia de fs. 191/195 hace lugar a la demanda y en consecuencia declara la inconstitucionalidad del artículo 14, 2, a) de la LRT y decreto 1278/0 en relación al tope legal indemnizatorio, razón por la cual condena a Liberty ART S.A. a abonar la suma de $77.468 dentro del quinto día con mas sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 202/205 y cuyo traslado no es respondido.

II.- Luego de relatar lo que pretendiera en su demanda y lo decidido por la jueza, sostiene que le causa agravio que no se haya declarado la inconstitucionalidad del artículo 16 del decreto 1694/09.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, no se advierte agravio real y actual del actor en su expresión de agravios.

Como bien se analiza en la sentencia y no estando cuestionado el porcentaje de incapacidad, la cuestión a decidir conforme los términos de la demanda era, si debía respetarse o no el tope previsto por el artículo 14 de la ley de riesgos y decreto 1278/00 y luego de analizar correctamente el tema, tal como lo reconoce el propio apelante, la jueza concluye que al menos en el caso, el tope legal resulta inconstitucional razón por la cual, la indemnización calculada en base a la ley de riesgos y sin el tope, debe ser abonada en su totalidad por la accionada –deducido lo ya pagado-.

En tal sentido, no se advierte cuál es el agravio de la actora, toda vez que si bien es cierto que no se declaró la inconstitucionalidad del decreto 1694 artículo 16, no explica ni fundamenta en qué lo beneficia, toda vez que se ha calculado la indemnización sin tope y su resultado es superior al mínimo previsto por el artículo 3 del decreto 1.694/09.

Cierto es que se fijó una suma menor a la reclamada, pero dicha diferencia resulta no de la aplicación o no del decreto en cuestión, sino de la determinación del salario base y cabe tener en cuenta que con relación a dicho aspecto, no media crítica alguna.

III.- En definitiva, propongo se desestime el recurso deducido, confirmándose la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la actora.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 191/195 en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al actor (art. 68, CPCyC; 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 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. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"DISTEL SALGADO ROXANA C/ BOLMENE JUAN CARLOS S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 477234/2013) – Sentencias: 105/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO CIVIL: Contratos.

CONTRATO DE MUTUO. OBLIGACIÓN DE DAR SUMAS DE DINERO.

Si se ha probado la existencia del contrato de mutuo, que cuenta con fecha cierta, en virtud del sellado de rentas, como así también la percepción de los fondos y que el deudor no ha acreditado que hubiera devuelto la suma recibida, la demanda resulta procedente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “DISTEL SALGADO ROXANA C/ BOLMENE JUAN CARLOS S/ COBRO SUMARIO DE PESOS”, (JNQCI1 EXP Nº 477234/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 93/97 hace lugar a la demanda y en consecuencia condena a Juan Carlos Bolmene a abonar la suma de $72.090, 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. 123/124 y cuyo traslado es respondido a fs. 128/131.

II.- Se agravia el demandado que de conformidad con lo informado por la AFIP y la Dirección Provincial de Rentas, la actora no figura como contribuyente y que además no compareció a la audiencia de posiciones.

Señala que el contrato carece de fecha cierta y que resultó imposible la prueba del cumplimiento del imperativo del artículo 2.242 del código civil, razón por la cual no existió el contrato de mutuo.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, señalo que los agravios no conmueven en lo más mínimo el fundado análisis realizado por la jueza interviniente y que el mismo no reúne los requisitos mínimos exigidos por el artículo 265 del código de rito.

Ello por cuanto se basa en meras afirmaciones dogmáticas y en constancias de la causa que carecen de relevancia para la dilucidación del caso como bien lo puso de relieve la jueza, sin que la crítica que formula pueda ser tenida como válida para apartarse del razonamiento de la magistrada, que por otro lado comparto plenamente.

En primer lugar y con relación a la absolución de posiciones del actor, se destaca que las posiciones formuladas por el demandado, que ni siquiera son precisadas en la expresión de agravios, resultan irrelevantes para decidir la cuestión en función de la prueba producida, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 417 del código de rito.

En tal sentido las posiciones que formula la demandada en el pliego de fs. 91, no resultan necesarias para el tema discutido.

Es que conforme lo que resulta de las constancias de la causa y como consecuencia de la conducta procesal seguida por el demandado, al no concurrir a las audiencias que se fijaron para que realice el pertinente cuerpo de escritura, quedó reconocido el contrato de mutuo de fs. 88 de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 394 del código de rito, citado expresamente por la jueza.

Esto es, la existencia del contrato de mutuo, que cuenta con fecha cierta, en virtud del sellado de rentas, es que cabe tener por cierto su contenido y por ende recibida por el deudor la suma que allí figura.

La mera mención sin fundamentar que formula el ahora quejoso acerca de la falta de prueba del contrato, ha quedado desmentida entonces por la prueba producida y su propia conducta procesal, por lo que mal puedo seguir afirmando que no suscribió el mismo, o que no recibió el dinero que se le reclama.

La defensa que intenta tanto al responder la demanda como al expresar agravios, resulta inconducente para tornar inviable la pretensión, toda vez que la cuestión fiscal, tanto con la AFIP como con Rentas, resulta una cuestión ajena a la existencia del contrato y la devolución de lo recibido.

Si bien es cierto que la actora figuraría en una situación irregular en dichos organismos, destacándose que en realidad la AFIP informa a fs. 48 que la actora no figura en “alta de impuestos” y con posterioridad que se está investigando la situación –ver presentación de fs. 111-, ello es una cuestión entre el fisco y el contribuyente ajeno a la relación que tuvieron las partes, máxime que en una cuestión pública y notoria que no todos los operadores comerciales denuncian su situación fiscal, como lo demuestra el reciente blanqueo impositivo y ello no permite afirmar que carezcan de capacidad comercial.

En definitiva, habiéndose probado la existencia del contrato, la percepción de los fondos y que el deudor no ha acreditado que hubiera devuelto la suma recibida, es que la demanda resulta procedente como bien lo analiza la jueza.

III.- Por las razones expuestas propongo se confirme la sentencia apelada, con costas a la demandada vencida, debiendo regularse los honorarios en base a lo dispuesto por el 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.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 93/97, en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en su calidad de vencida (art. 68, CPCyC).

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. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"QUINTANA NESTOR Y OTRO C/ PEREZ JAVIER ALEJANDRO 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.: 469889/2012) – Sentencia: 106/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. INDEMNIZACION. GASTOS. INTERESES. INICIO DEL CÓMPUTO. HONORARIOS DEL ABOGADO.

1.- Cabe confirmar la admisibilidad de la indemnización por los gastos que debió afrontar el actor y que fueron fijados en $ 2.000, pues la apelante no objeta en debida forma la presunción de la existencia de los gastos derivados del accidente, siguiendo la postura reiterada de esta Sala, cuando los mismos aparecen como razonables no obstante no acreditarse en forma concreta los mismos y mucho menos cuestionó la norma citada por la sentenciante.

2.- Los intereses, proceden desde que ocurrió el accidente conforme postura reiterada de las Salas de esta Cámara.

3.- La aseguradora –apelante- en modo alguno ha demostrado que las honorarios sean elevados ya que se limita a la mención de normas jurídicas sin hacerse cargo de demostrar claramente de qué manera los emolumentos resultan elevados.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de Mayo del año 2017.
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "QUINTANA NESTOR Y OTRO C/ PEREZ JAVIER ALEJANDRO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (JNQCI4 EXP Nº 469889/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:
I.- La sentencia de fs. 222/228 hace lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condena a los accionados a abonar al actor Néstor Quintana, la suma de $2.000 por gastos y a Claudia D. Quintana, la suma de $15.000 por daño moral.
La decisión es apelada por las demandadas, en los términos que resultan del escrito de fs. 251/253, cuyo traslado no es respondido.
Asimismo la aseguradora apela los honorarios a fs. 232/233.
II.- Luego de transcribir los antecedentes de la causa, sostiene que el primer agravio que le produce lo decidido, se refiere a la suma fijada en concepto de gastos por considerarla elevada.
Asimismo, objeta la procedencia de los intereses en relación al daño moral, ya que ha sido cuantificado a valores actuales y por cuanto el actor los reclamó sin indicar desde que fecha debían ser computados.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, señalo que los agravios vertidos no tendrán andamiento.

En primer lugar y pese a lo afirmado acerca de la responsabilidad que le cupo al demandado en el accidente, se destaca que no medió crítica alguna acerca de las razones en base a las cuales la jueza decidió la cuestión, con lo cual lo expresado, no pasa de ser una afirmación carente de sustento.

En cuanto al rubro daños, nuevamente la apelante no objeta en debida forma la presunción de la existencia de los gastos derivados del accidente, siguiendo la postura reiterada de esta Sala, cuando los mismos aparecen como razonables no obstante no acreditarse en forma concreta los mismos y mucho menos cuestionó la norma citada por la sentenciante.

En cuanto a su importe, que es lo concretamente cuestionado, cabe señalar que no habiéndose acreditado la existencia del daño, el juez tiene facultades para determinar su importe y en tal sentido la suma fijada resulta razonable en función de la incapacidad sufrida por la actora y los gastos de traslado que razonablemente debió ocasionarle los traslados.

En cuanto a los intereses, se destaca que los mismos proceden desde que ocurrió el accidente conforme postura reiterada de las Salas de esta Cámara.

Así en un reciente pronunciamiento del 11 de abril del 2.017 en la causa “Pogonza” (Expte N° 476256/2013) hemos dicho:

“Cabe señalar que recientemente esta Sala II sostuvo en autos “Billar c/ Consejo Provincial de Educación” (expte. n° 421.965/2010, P.S. 2017-I, n° 21) que “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".

En tal sentido y habiéndose reclamado intereses desde que cada suma es generada (conforme los términos de la demanda), la procedencia de ellos desde la fecha fijada en la sentencia resulta ajustada a derecho, sin que corresponda la modificación de la tasa toda vez que el apelante nada dijo al respecto y por cuanto hacerlo implicaría una modificación del principio de congruencia que el propio quejoso ha postulado.

III.- En cuanto a la apelación arancelaria de fs. 232/233 tampoco tendrá andamiento conforme lo hemos dicho en reiteradas sentencias ante agravios similares.

Por otro lado el quejoso en modo alguno ha demostrado que las honorarios sean elevados ya que se limita a la mención de normas jurídicas sin hacerse cargo de demostrar claramente de qué manera los emolumentos resultan elevados.

IV.- Por las razones expuestas propongo se confirme la sentencia apelada y los honorarios allí fijados, con costas a los demandados.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal que me ha precedido en orden de votación, y entiendo pertinente agregar, en relación a la apelación arancelaria, que mal pueden ser elevados los honorarios regulados en autos, cuando ellos representan el mínimo de la escala del art. 7 de la ley 1.594.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 222/228 en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a las demandadas, en su calidad de vencidas (art. 68, CPCyC).

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. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"CHOSPE SILVA ESMERITA DEL CARMEN C/ PREVENCION ART SA Y OTRO S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 460219/2011) – Sentencia: 107/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ENFERMEDAD PROFESIONAL. ACTIVIDAD FRUTICOLA. DERMATITIS DE CONTACTO. INFORME PERICIAL. EXPOSICION A SUSTANCIAS SENSIBILIZANTES DE LA PIEL. CARGA DE LA PRUEBA. HONORARIOS DEL PERITO. CUANTIFICACION.

1.- [...] la enfermedad de la actora (dermatitis crónica recidivante) puede ser considerada como enfermedad profesional, en tanto se demuestre la reacción adversa de la piel a determinadas sustancias, y que la labor desplegada por la trabajadora importó el contacto con esas sustancias. Conforme lo señala Juan J. Formaro, con cita de Ackerman y Maza, en tanto el art.

6° inc. 2° a) de la LRT exige exposición y actividad, la norma está contemplando que en el caso de enfermedades profesionales se requiere causalidad, a la par que ocasionalidad, ya que cuando se refiere a actividad se está en el terreno de la ocasión (cfr. aut. cit., "Riesgos del Trabajo", Ed. Hammurabi, 2013, pág. 102).

2.- No es posible establecer que la reacción cutánea que presentaba la actora (dermatitis crónica recidivante) haya tenido su etiología por el trabajo desarrollado en la actividad frutícola. Ello es así, ya que no existe prueba en autos respecto a la presencia de los dos elementos indicados por el experto (benzoato de sodio y sulfitos) en el ambiente de trabajo de la actora– con aptitud para provocar la reacción cutánea-, entendiendo que este extremo es dirimente para la resolución del caso de autos. En efecto, el art. 377 del CPCyC, de aplicación en autos en virtud de la remisión efectuada por el art. 54 de la ley 921, dispone que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido. Conforme dicho precepto legal, y toda vez que la existencia de sustancias nocivas para la salud de la trabajadora en el ambiente de trabajo (sean éstas las precisadas en el informe pericial u otras) es un hecho controvertido, era la actora quién tenía a su cargo su verificación, mediante la producción de la prueba conducente a tal fin.

3.- La carga probatoria –que debió cumplir la parte actora- no queda desvirtuada por la omisión de acompañar los exámenes de salud, de ingreso y periódicos, toda vez que la prueba ausente no se vincula con el estado de salud de la actora antes de su ingreso al trabajo o durante el desarrollo del mismo, sino a la existencia de elementos o sustancias nocivas para ella en el ámbito de trabajo, ya que este extremo hace a la acreditación de la relación causal entre el trabajo y la enfermedad y, en consecuencia, al encasillamiento de esta última como enfermedad profesional en el caso concreto.

4.- Teniendo en cuenta la labor profesional cumplida por la perito psicóloga, la suma determinada para retribuir su tarea resulta insuficiente, debiendo ser elevada a $ 1.400,00. Cabe señalar que la falta de incidencia de la labor pericial en la resolución de la causa (rechazo de la demanda) no es consecuencia de incumplimientos o déficits en el desarrollo de la tarea de la perito, sino de cuestiones ajenas a ella.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CHOSPE SILVA ESMERITA DEL CARMEN C/ PREVENCION ART SA Y OTRO S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557", (JUNQLA1 EXP Nº 460219/2011), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Marcelo J. MEDORI, por encontrarse apartado 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.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 235/237 vta., que rechaza la demanda, con costas al vencido.

La perito psicóloga apela los honorarios regulados a su favor, por bajos.

A) La recurrente se agravia por el rechazo de la demanda.

Dice que el juez de grado impuso la carga de la prueba a la trabajadora, cuando en realidad esta pesaba sobre la accionada, pues es deber de esa parte acreditar que la actora ingresó con alguna patología o predisposición alérgica.

Agrega que si, como bien lo señala el sentenciante de primera instancia, la demandada negó el nexo causal entre la patología y el

tipo de tareas, por qué motivo se tiene que eximir a esa parte del deber de acreditar.

Critica la afirmación del a quo en orden a que el perito médico debiera solamente presumir que la reacción cutánea deriva del contacto con sustancias presentes en la actividad frutícola.

Sigue diciendo que la sentencia recurrida se aparta de la pericia médica, la que no fue declarada nula ni inválida, sin elementos de conocimiento específico, preguntándose por qué el perito debió constatar –conforme lo requiere el juez de primera instancia- un hecho, si justamente el profesional médico, por sus conocimientos, sabe cuales son las sustancias tóxicas, y cuales pueden provocar con el tiempo el tipo de enfermedad que presenta la accionante.

Considera que existe por parte del juzgador una predisposición en contra del trabajador, ya que no ha evaluado que la empleadora también contestó la demanda y reconoció la existencia de la patología, y luego consintió el dictamen médico.

Sostiene que el fallo recurrido minimiza el informe pericial médico e ignora el psicológico.

Señala que el fallo apelado se funda en la falta de prueba pericial técnica, que permita establecer que sustancias están presentes en el ambiente laboral, en que proporción y cuál es la frecuencia de contacto, entendiendo que este déficit también debió ser reprochado a la aseguradora y a la empleadora, pues ambas negaron la existencia de relación causal.

Cita jurisprudencia.

Pone de manifiesto que la demandada no acompañó ni el legajo de salud de la trabajadora ni el examen preocupacional.

Recuerda que en el marco de la acción sistémica rige la indiferencia de la concausa, con cita de doctrina y jurisprudencia.

B) La empleadora demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 254/258.

Insiste en la falta de legitimación pasiva de su parte para ser demandada en autos, ya que se trata de una acción enmarcada en la ley 24.557.

Subsidiariamente contesta los agravios formulados.

Entiende que la queja no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Dice que la pericia médica no brindó elementos científicos que hagan presumir el nexo de causalidad entre la actividad y la afección. Agrega que no puede considerarse enfermedad profesional a aquellas patologías que no se encuentran enumeradas en el listado de enfermedades profesionales elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Sigue diciendo que la actora no tomó contacto con benzoato de sodio ni con sulfitos, ya que desde hace años los talleres no utilizan esos químicos, por lo cual la afección no tiene relación con el trabajo.

Destaca la declaración testimonial de fs. 116, en la que contundentemente se ratifica que la actora no tenía contacto con ninguno de aquellos materiales químicos.

Manifiesta que los informes periciales deben ser valorados por la magistratura, y dejados de lado en su caso, por no constituir prueba tasada.

Señala que la carga de la prueba indica que quién alega un hecho debe probarlo.

Hace reserva del caso federal.

C) La aseguradora de riesgos del trabajo demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 262/263 vta.

Dice que la pretensión actoral fue que se reconociera a la demandante una enfermedad profesional que no está listada dentro de las actividades que la misma desarrollaba.

Manifiesta que la actora hacía tres años que no trabajaba más para la empleadora, y además su actividad no estaba incluida en el decreto de enfermedades profesionales.

Reconoce que la demandante tiene un problema en la piel, pero agrega que éste no ha sido producido por su trabajo en el galpón de empaque.

Sigue diciendo que no surge de autos que la actora haya estado en contacto con componentes químicos que le ocasionaran la dermatitis.

Cuestiona la pericia médica de autos, coincidiendo en que ella contiene todos los defectos indicados en la sentencia de grado y, además, no ha producido los exámenes de piel que se debían hacer, los que son marcados por el mismo baremo.

II.- Reseñadas las posturas de las partes, entiendo que la queja de la parte actora reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Surge de la crítica realizada que los aspectos de la decisión de grado que se cuestionan refieren a la carga de la prueba, y a la valoración de los informes periciales, y el cuestionamiento se encuentra fundado en la ley, en doctrina y en jurisprudencia.

Por ende, no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Ingresando ahora al tratamiento del recurso de apelación de la parte actora, y como primera cuestión, dado la postura de las dos demandadas, entiendo preciso señalar que la enfermedad de la trabajadora si se encuentra contemplada como enfermedad profesional en el decreto n° 658/1996 – Anexo I-.

El decreto en cuestión individualiza como agente productor de enfermedad profesional a “sustancias sensibilizantes de la piel”. Enumera dentro de este concepto algunas de esas sustancias y finalmente establece: “Otros agentes: sustancias para las que se demuestre tests cutáneos positivos o inmunoglobulinas específicas aumentadas”. Luego enumera las enfermedades que deben ser consideradas como profesionales, provocadas por este agente, encuadrando el diagnóstico del perito en esas dolencias; y en cuanto a la actividad laboral que puede generar la exposición dice la norma reglamentaria: “fabricación, manipulación o empleo de las sustancias que se señalan”.

En definitiva, la enfermedad de la actora (dermatitis crónica recidivante) puede ser considerada como enfermedad profesional, en tanto se demuestre la reacción adversa de la piel a determinadas sustancias, y que la labor desplegada por la trabajadora importó el contacto con esas sustancias.

Conforme lo señala Juan J. Formaro, con cita de Ackerman y Maza, en tanto el art. 6° inc. 2° a) de la LRT exige exposición y actividad, la norma está contemplando que en el caso de enfermedades profesionales se requiere causalidad, a la par que ocasionalidad, ya que cuando se refiere a actividad se está en el terreno de la ocasión (cfr. aut. cit., “Riesgos del Trabajo”, Ed. Hammurabi, 2013, pág. 102).

Guillermo G. Maciá precisa que la dermatitis de contacto (irritativa o alérgica) se da cuando una sustancia produce un proceso irritativo o alérgico en la piel. Cuando está en las zonas expuestas del cuerpo como el rostro, cuero cabelludo, etc., se puede pensar que ello se debe a la reacción de algún polvo que contactó esa región. Por el contrario, cuando se encuentra en las zonas cubiertas por la ropa, el agente irritante se deberá buscar en las ropas contaminadas. Cuando la dermatitis de contacto es generalizada se puede pensar en algún tóxico de orden sistémico, que está dentro del organismo (cfr. aut. cit, “Cáncer de piel y salud ocupacional”, LL AP/DOC/204/2013).

Por su parte el Laudo 405/1996 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, que aprueba el Manual de Procedimientos para el Diagnóstico de las Enfermedades Profesionales enumera en el apartado 3.1.11 dos clases de dermatitis: alérgica de contacto e irritante de contacto. Precisa este manual que la dermatitis de contacto se refiere al trastorno de la piel, agudo o crónico, causado por sustancias químicas o por alérgenos. Define a la dermatitis alérgica de contacto como una reacción cutánea eczematosa, agregando que la piel puede llegar a mejorar totalmente si el contacto con el alérgeno es evitado, pero la hipersensibilidad latente puede ser permanente, y las re exposiciones suelen, habitualmente, desencadenar la enfermedad.

Continúa el manual de procedimientos señalando que la dermatitis irritante por contacto resulta de la acción tóxica directa, única o repetida, de sustancias químicas sobre la piel, cuya respuesta puede ser inmediata o aguda, tardía pero aguda, o acumulativa.

Si bien la Comisión Médica n° 9 ha entendido, en base al informe histopatológico de la actora, que la enfermedad que ella presenta puede ser un liquen simple crónico o una dermatitis atópica, de todos modos ha descartado la relación causal con el trabajo por tratarse, en ambos supuestos, de una enfermedad inculpable (fs. 198).

Por su parte el perito médico ha determinado la existencia de una dermatitis de contacto –que si es una enfermedad profesional-, entendiendo que la piel de la trabajadora reacciona frente al contacto con benzoato de sodio y sulfitos, utilizados en los galpones de fruta (fs. 136).

Al contestar la impugnación formulada a su informe por la aseguradora, el perito médico afirma que en los primeros años la dermatitis de contacto remitía durante los meses no trabajados y posteriormente se transformó en una dermatitis atópica, y que el benzoato de sodio y sulfitos son elementos de uso habitual, legal y obligatorio en los galpones de empaque para la preservación de la fruta (fs. 145).

Conforme lo dicho, de la legislación vigente y de las pruebas aportadas a la causa surge que la actora presenta una enfermedad (dermatitis de contacto) que está contemplada en el listado de enfermedades profesionales del decreto n° 658/1996, y que el perito ha determinado que es producida por la exposición o utilización de benzoato de sodio y sulfitos. Cabe señalar que la pericia médica no ha sido impugnada en este aspecto, ya que los cuestionamientos de la aseguradora de riesgos del trabajo se dirigieron al nexo causal entre la dolencia y el trabajo, y fundamentalmente a la inexistencia de los elementos señalados por el perito en el ambiente laboral donde desempeñó sus tareas la actora.

IV.- Sentado lo anterior, no existe prueba en autos respecto a la presencia de los dos elementos indicados por el experto (benzoato de sodio y sulfitos) en el ambiente de trabajo de la actora, entendiendo que este extremo es dirimente para la resolución del caso de autos.

No tiene importancia, en mi opinión, que la gran parte de los trabajadores del galpón de empaque no hayan desarrollado una patología similar, toda vez que pueden no tener la sensibilidad o la predisposición de la actora de autos.

De igual modo no entiendo que se requiera demostrar acabadamente la cantidad de sustancias nocivas para la salud de la trabajadora en el ambiente de trabajo ni la duración de los períodos de exposición a las mismas. Ello no hace falta, basta que haya

existido el contacto que ha desencadenado la dermatitis, sin importar la extensión de la exposición ni la cantidad de sustancias actuantes.

Pero insisto, si hace falta probar que las sustancias nocivas estuvieron en algún momento presentes en el ambiente de trabajo.

Llegado a este punto y dado que, como ya lo señalé, no existe en autos prueba alguna sobre este extremo, corresponde determinar sobre que parte pesaba la carga de la prueba de este hecho.

Recientemente, al fallar la causa "Estepa S.A. c/ Sahiora S.A." (expte. n° 475.865/2013, P.S. 2017-I, n° 23) dije que: "Marcelo López Mesa, con cita de jurisprudencia, reseña que la carga de la prueba es un imperativo establecido en el propio interés de los litigantes. Es por cierto una distribución, no el poder de probar, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo. No supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo de cada litigante.

"Agrega el autor que vengo citando que este instituto se ocupa de señalar a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales, por ello, la carga no importa la obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias de la producción o no de la prueba (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. III, pág. 949/953)".

El art. 377 del CPCyC, de aplicación en autos en virtud de la remisión efectuada por el art. 54 de la ley 921, dispone que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido.

Conforme dicho precepto legal, y toda vez que la existencia de sustancias nocivas para la salud de la trabajadora en el ambiente de trabajo (sean éstas las precisadas en el informe pericial u otras) es un hecho controvertido, era la actora quién tenía a su cargo su verificación, mediante la producción de la prueba conducente a tal fin.

Advierto que en el escrito de demanda se afirma que la dermatitis es consecuencia de "la colocación de los distintos productos químicos que se agregaban a la fruta, tales como sal de industria" (fs. 23), por lo que este hecho fue introducido por la propia accionante, debiendo haber previsto su verificación ante una eventual negativa de su contraparte, conforme sucedió.

Y esta carga probatoria no queda desvirtuada por la omisión de acompañar los exámenes de salud, de ingreso y periódicos, toda vez que la prueba ausente no se vincula con el estado de salud de la actora antes de su ingreso al trabajo o durante el desarrollo del mismo, sino a la existencia de elementos o sustancias nocivas para ella en el ámbito de trabajo, ya que este extremo hace a la acreditación de la relación causal entre el trabajo y la enfermedad y, en consecuencia, al encasillamiento de esta última como enfermedad profesional en el caso concreto.

Lo dicho determina que ha de confirmarse el resolutorio de grado en cuanto dispone el rechazo de la demanda.

V.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

Teniendo en cuenta la labor profesional cumplida por la perito psicóloga, entiendo que la suma determinada para retribuir su tarea resulta insuficiente, debiendo ser elevada a $ 1.400,00.

Cabe señalar que la falta de incidencia de la labor pericial en la resolución de la causa (rechazo de la demanda) no es consecuencia de incumplimientos o déficits en el desarrollo de la tarea de la perito, sino de cuestiones ajenas a ella.

VI.- Con carácter previo a concluir con mi voto, debo advertir a los letrados de la parte actora la necesidad de respetar la manda del art. 19° de las normas de ética profesional locales, en orden a la moderación en la redacción de los escritos judiciales, y a la improcedencia de agraviar personalmente al magistrado como consecuencia del cuestionamiento a sus decisiones, el que debe quedar circunscripto a la faz técnico-jurídica.

Asimismo y en virtud de la facultad otorgada por el art. 35 inc. 1° del CPCyC, corresponde que, por Secretaría, se testen los dichos contenidos en la expresión de agravios a fs. 248 vta./249 a partir de la frase "circunstancias todas éstas que parece no haber leído el Dr. Cosentino…" y hasta el punto final del párrafo, por contener términos injurioso y ofensivos para el juez de grado, ajenos a toda crítica razonada del fallo apelado.

VII.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de apelación de la parte actora, y hacer lugar a la queja arancelaria. En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio de grado, elevando los honorarios regulados a la perito psicóloga ..., los que se fijan en la suma de $ 1.400,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio; haciendo saber a la Secretaria de Sala II que deberá proceder conforme lo requerido en el apartado VI.- de esta sentencia.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, en la sumas de $ 600,00 para la Dra. ...; $ 1.500,00 para el Dr. ...; $ 600,00 para el Dr. ...; $ 1.500,00 para el Dr. ...; $ 600,00 para el Dr. ...; y $ 1.500,00 para la Dra. ..., todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Marcelo J. MEDORI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente el resolutorio de grado, elevando los honorarios regulados a la perito psicóloga ..., los que se fijan en la suma de $ 1.400,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio; haciendo saber a la Secretaria de Sala II que deberá proceder conforme lo requerido en el apartado VI.- de esta sentencia.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, en la sumas de $ 600,00 para la Dra. ...; $ 1.500,00 para el Dr. ...; $ 600,00 para el Dr. ...; $ 1.500,00 para el Dr. ...; $ 600,00 para el Dr. ...; y $ 1.500,00 para la Dra. ..., 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.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. MARCELO MEDORI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"MANZANARES CARLOS ALBERTO C/ DLS ARGENTINA LIMITED SUCURSAL ARGENTINA S/ INDEMNIZACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502236/2014) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO CON CAUSA. INJURIA LABORAL. FALTA DE ACREDITACION. DAÑO MORAL. INDEMNIZACION PRO DESPIDO. MULTA. IMPROCEDENCIA.

1.- Si el despido fue sustentado en la causal de haber amenazado a un superior jerárquico con un arma de fuego y en que ese mismo día amenazó con tomar represalias con la familia de aquél, estaba a cargo de la empleadora la demostración de los hechos que alega como justificativo de la ruptura contractual, en base a las pautas del artículo 386 del Código de rito.

2.- Si bien existió una imputación en la carta documento, cierto es que ello obedeció a la expresa denuncia de un superior jerárquico y en tal sentido y mas allá del apresuramiento de la empleadora para proceder a la ruptura del vínculo y la falta de prueba producida en el proceso con relación al hecho pero habiéndose probado la existencia de la reunión, en el caso concreto, no resulta pertinente el reclamo por daño moral.

3.- En cuanto a la multa del artículo 2 de la ley 25.323 no resulta aplicable toda vez que la empleadora pudo razonablemente suponer que la versión dada por su empleado jerárquico era atendible más allá de las deficiencias probatorias del proceso.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MANZANARES CARLOS ALBERTO C/ DLS ARGENTINA LIMITED SUCURSAL ARGENTINA S/ INDEMNIZACION”, (JNQLA2 EXP Nº 502236/2014), 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. 127/134 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a DLS Argentina Limited Sucursal Argentina a abonar la suma de $204.421,86 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. 135/146, cuyo traslado es respondido a fs. 148/170.

Cuestiona la accionada, conforme al índice que figura a fs. 135 y al que me remito por razones de economía, la procedencia del pago de las indemnizaciones derivadas del despido por entender que la causa invocada ha sido debidamente acreditada.

Asimismo, objeta la procedencia del daño moral y la multa del artículo 2 de la ley 25.323.

Considera que existió pago oportuno de la liquidación final y la procedencia de los intereses sobre la multa.

II.- Tal como resulta de las constancias de la causa, el actor ingresó a trabajar para la demandada el 12 de agosto del 2.011 y fue despedido mediante carta documento remitida el día 2 de diciembre del 2.013.

El despido fue sustentado en la causal de haber amenazado a un superior jerárquico con un arma de fuego el día 28 de noviembre del 2.013 a las 7 y 45, y en que ese mismo día a las 21 y 15 amenazó con tomar represalias con la familia del superior jerárquico.

Es por ello que la empresa considera que queda configurada una injuria que justifica la ruptura del contrato de trabajo con justa causa.

Ahora bien, tal como lo hemos sostenido en forma reiterada, al invocarse un despido con causa corresponde que el empleador demuestre la causal invocada, esto es, estaba a su cargo la demostración de los hechos que alega como justificativo de la ruptura contractual.

Respecto de la causal de despido, hemos señalado en numerosas causas (“Ríos Sebastián”, expte. N° 330.419/05, entre otras) que;

“El empleador que dispone el despido de un dependiente mediante la invocación de una causal que a su criterio es injuriosa y de entidad tal que impide la prosecución del vinculo laboral, debe agotar todos los extremos a fin de acreditar sus afirmaciones”. (SCBA, L 34858 S 10-9-85, JUBA). Además: “No debe considerarse justificado el despido del trabajador, si aun teniendo antecedentes disciplinarios, no se acredita la última falta que se le imputa como determinante de la extinción del contrato ya que de ese modo no se configura la gravedad cuantitativa que legitima la ruptura del vínculo laboral”. (SCBA, L 34748 S 29-10-85, JUBA). Y también: “Quien invoca la injuria como causal de despido, debe acreditarla” (arts 242 LCT y 375 CPCC). CPCB Art. 375, LEY 20744 Art. 242 (t.o.) (SCBA, L 37830 S 8-9-87, JUBA)” (Expte.N° 330.419/05, Sala II del 29/05/08).

En el caso de autos y analizada la escasa prueba producida en base a las pautas del artículo 386 del Código de rito, entiendo que la causal invocada por el demandado no se encuentra suficientemente acreditada.

Tres son los testigos que declaran en la causa en relación al hecho, uno de ellos también partícipe del mismo, conforme lo reconoce la demandada y que el propio testigo señala que fue despedido. Otro, en realidad no sabe nada acerca de él y el tercero es el superior jerárquico que habría sufrido la amenaza.

Ahora bien, tal como antes señalé, el actor ingresó a trabajar para la accionada el 12 de agosto del 2.011 y despedido el 2 de diciembre del 2.013, esto es, la relación duró mas de dos años.

Durante ese lapso no sufrió ninguna sanción. Si bien es cierto que la actora expresó que tuvo una conducta ejemplar, y ello fue negado por la demandada al responder la pretensión, lo cierto es que en dicha pieza procesal no se aludió a ninguna sanción previa al hecho que causó el despido, no habiéndose adjuntado siquiera el legajo del trabajador cuestión a la que la empleadora se opuso y que se declarara innecesario (fs. 88).

Queda claro, entonces, que la accionada no alegó haber sancionado al actor con anterioridad al hecho del 28 de noviembre.

Dicho día aproximadamente a las 7 y 45 se produjo una reunión entre el superior jerárquico, el actor y Segovia, este último también despedido.

Sobre la existencia de dicha reunión no hay discrepancia.

Al comienzo y según declara el supervisor se encontraba presente el encargado de turno anterior Ramírez, quien se retira por lo cual no estuvo presente en la reunión.

Durante su transcurso fueron interrumpidos por un mecánico, pero la accionada no aportó su testimonio.

De manera tal que la única prueba respecto a la amenaza esta dada por la versión de Oksentuk, pero su testimonio no resulta corroborado por ningún otro elemento existente en la causa, ni siquiera la denuncia policial, ni la reunión con los policías para garantizarse la integridad de su familia ya que la demandada nada aportó.

Tenemos, así, su versión frente a la negativa de los otros dos partícipes.

Cierto es que la credibilidad de ambos puede ser puesta en duda como se expresa en los agravios, pero con los mismos fundamentos tampoco puede ser tomada en consideración la versión de Oksentuk dado que resultó el afectado por las supuestas amenazas.

Admito que no es fácil la demostración del hecho invocado por la empleadora, pero la cuestión es que no se aportó elemento siquiera indiciario que permita sustentar debidamente su versión de los hechos.

Téngase en cuenta que el afectado por las amenazas señaló que tenía miedo aún luego del episodio, que del mismo estaba enterado el mecánico esa misma mañana, testimonio que ni siquiera fue propuesto pese a que podía haber aportado algún indicio indirecto de la situación.

Tampoco aportó el testimonio de Terraza quien según siempre las manifestaciones de Oksentuk supo del hecho esa misma tarde, ni tampoco el de un tal Jacobo con quien se comunica por teléfono, ni de los gerentes que participaron en la reunión que se realizó al día siguiente.

Pese a la existencia de varias personas que supieron el hecho, bien que en la versión dada por el afectado, ninguna de ellas fue propuesta como testigo para intentar probar la causal del despido.

Tampoco encuentro que haya existido un problema de suficiente entidad que justifique la reacción del accionante, ya que como señalara la demandada no menciona la existencia de falta alguna cometida con anterioridad al hecho.

Cierto es que tanto Segovia como Oksentuk aluden a una supuesta falta o negligencia con anterioridad al hecho, pero él mismo reconoce que no fue el autos del informe, y como se indicó, ninguna mención al mismo realiza la empleadora y mucho menos que se le aplicara tan siquiera un llamado de atención.

Tampoco parece entendible que nadie se percatara de que el actor portaba un arma de fuego ya que Castillo Mendoza cuenta que se cambiaron juntos, el propio afectado reconoce que vestían ropas livianas y por lo tanto si quien estaba con Manzanares no se percató de la existencia del arma de fuego y la misma no fue advertida por ningún testigo pese a la existencia de ropas livianas, es que debe concluirse que la causal invocada no fue debidamente acreditada.

En tales condiciones, la demanda resulta pertinente.

El segundo cuestionamiento se refiere a la procedencia del daño moral que objeta la apelante.

Sobre el tema hemos dicho:

Así en la causa “DOMINGUEZ NESTOR RAMON CONTRA CAMUZZI GAS DEL SUR S.A. S/DESPIDO”, (Expte. Nº 1493-CA-3), se sostuvo que:

“Principio por recordar que la Cámara se ha pronunciado en varios precedentes sobre la cuestión esgrimida, como bien se pone de resalto en el pronunciamiento recurrido, principios que no se advierte que deban ser dejados de lado con una invocación a jurisprudencia de otras jurisdicciones que en nada obligan a la justicia local.”

“Así hemos dicho que: Con respecto al daño moral, se ha sostenido que su acogimiento corresponde sólo en determinadas y excepcionales situaciones, las cuales se dan cuando el empleador actúa en exceso o en abuso de derecho, generando lo que algunos autores denominan “despido abusivo” (Martorell, Vazquez Vialard), el cual a su vez provoca un daño al trabajador de tipo moral o extra-patrimonial. Todos los otros daños, ocasionados en virtud de un despido incausado, se resarcen mediante la indemnización tarifada prevista en la LCT.”

“Es decir, para que este puntual reclamo prospere es menester que de las constancias de la causa surja efectivamente probado el accionar ilícito del empleador, circunstancia que a mi entender no se da en el caso de marras. Por el contrario, los perjuicios ocasionados no van más allá de lo considerado por la ley especial, por ende, subsumidos en la indemnización tarifada que la misma prevee. “CASTRO WARNERT LORENZO C/ TRANSPORTADORA DE CAUDALES JUNCADELLA S.A. S/ COBRO DE HABERES“ (Expte.Nº 1057 CA-1.998).”

“En el mismo sentido que: Entrando al tratamiento del primer agravio formulado por la demandada, quien atribuye falsedad y malicia en las imputaciones que sirvieran de sustento al despido, y abuso del derecho al disponerse tal medida, debo manifestar que para que se configure el abuso de derecho y malicia que genere la reparación por daño moral, se debe acreditar que la vía elegida en el caso, por la demandada, fue la “vía más dañosa”, típica especie configurativa del “abuso del derecho”, que a nadie beneficia, salvo a sentimientos de tipo patológico, y sí ocasiona graves perjuicios –E. MARTORELL, “Indemnización por Daño Moral del Despido” pág. 128-. Por otra parte Vázquez Vialard sostiene que: “los procederes están limitados por el deber impuesto a cada uno y en la medida que se lo sobrepasa sin razón valedera, se convierte en abusivo (antijurídico), ya que se aparta del orden que es su fin (sólo una desviación lisa y llana de éste). Y dice además que en el despido abusivo se dan dos situaciones, por un lado el ejercicio de una facultad permitida por el ordenamiento –despido injustificado o arbitrario (art. 245 y concs. L.C.T.)- y por otro un “exceso” en la actuación patronal que causa al trabajador un daño que no se justifica –Vázquez Vialard, “Despido Abusivo”,

en Libro Homenaje al profesor Mario Deveali, P. 746-. Dentro de esta línea argumental las causales, luego no probadas, que fundamentaron el despido, no constituyen a mi juicio, el "exceso" o abuso que marca el maestro, por lo que el reclamo debe quedar subsumido en la tarifación legal, no mereciendo una reparación independiente, ya que no se han efectuado imputaciones agraviantes o desdorosas para la persona del trabajador, no habiéndose acreditado que se haya causado un daño innecesario."

"Esta Cámara tiene resuelto en situaciones similares: "El sistema establecido por la ley de Contrato de Trabajo y la Ley 14.456 resulta omnicomprensivo de todas las situaciones que pueden plantearse ante la ruptura arbitraria del vínculo contractual, razón por la cual todo daño moral (desde el punto de vista contractual) se encuentra normalmente incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho, exclusivamente, a una indemnización tarifada." (P.S. 1998 -II- 249/253, SALA II CC2). Y también: "Se debe partir de una premisa fundamental, el despido incausado o arbitrario no es un acto ilícito penalmente reprochable, es un ilícito contrario a la ley de Contrato de Trabajo y se traduce en un resarcimiento tarifado. Entiendo que la reparación tarifada cubre todos los daños que genera el despido arbitrario, en tanto y en cuanto este se haya concretado mediante un ejercicio regular del legítimo derecho de despedir.

Se ha respetado doctrinal y jurisprudencialmente que la indemnización tarifada constituye una reparación omnicomprensiva del damnun emergens, del lucrum cesans y del daño moral." (P.S. 1999–II-275/281, Sala II). En consecuencia el agravio será desestimado. "CARDENAS FONSECA GERARDO C/ AFJP PREVINTER SRL S/ DESPIDO", (Expte. Nº 755-CA-0)."

"Asimismo y en otro precedente que: Sostiene Krotoschin, "…que debe advertirse también que al admitir la reparación, por separado, del agravio moral en los casos de despido arbitrario, se introduciría una inseguridad jurídica de imprevisibles consecuencias…" (Krotoschin, DT. 1974-339)."

"Se debe partir de una premisa fundamental, el despido incausado o arbitrario no es un acto ilícito penalmente reprochable, es un ilícito contrario a la ley de Contrato de Trabajo y se traduce en un resarcimiento tarifado."

"En el mismo sentido y con primer voto de mi colega, Dra. Osti de Esquivel en la causa VALLEJOS GAJO MARIA JUSTINA CONTRA CASTILLO HUGO JAVIER S/DESPIDO", (Expte. Nº 284081/2 hemos dicho que: Entrando a la consideración de los agravios formulados por el apelante estimo que los mismos no pueden prosperar, teniendo en cuenta que la atribución delictual efectuada por la demandada en Sede Penal no ha tenido la virtud de agraviar el honor y el buen nombre de la actora ni tampoco el concepto que de ella pudiesen tener sus compañeros de tarea. En el caso, estimo que al efectuar la denuncia el demandado no excedió el principio de buena fe establecido en el art. 63 de la LCT."

"Tengo en cuenta que en principio, el resarcimiento tarifado cubre todos los daños derivados del despido arbitrario, incluidos los padecimientos producidos por la invocación de una falsa causa, pero además en el presente caso si bien la causa penal culminó con un sobreseimiento de la actora, lo cierto es que no lo fue por falsa denuncia o por exceso en el rol del denunciante, sino que se fundó en el principio "in dubio pro reo" y en lo establecido en el art.4 del Cod. Proc. Penal, siendo que en caso de duda debe estarse a lo que sea mas favorable al imputado, por lo cual el demandado no incurrió en conducta dolosa o ilícito penal al efectuar la denuncia, que además no le causó perjuicio a la trabajadora, siendo que sólo se la citó a declarar en una oportunidad, no habiéndose acreditado que le hubiera aparejado otras molestias."

"Es de aplicación en el caso la jurisprudencia que establece: "Si la empleadora imputó al trabajador una conducta delictiva (coimas para adquirir y consumir drogas) con motivo o en ocasión de la contestación de demanda, no es posible atribuir a dicha conducta entidad suficiente para justificar la procedencia del reclamo por daño moral por parte del empleado. (Del voto del Dr. Morando, en mayoría)." (C.N.A.T. SALA VI - SENT. 42055 - 20.3.95, "TRIPODI, SALVADOR DOMINGO C/CARREFOUR ARGENTINA SA S/DESPIDO", LDT). Además: "El sobreseimiento en la Justicia en lo Criminal por aplicación del principio 'in dubio pro reo' (artículo 13 Código Procesal Penal), no resulta por sí solo suficiente para rechazar o acoger favorablemente la pretensión a ser indemnizado por daño moral. (conforme Sala VII, sentencia 12463, 24 de febrero de 1987, 'Da Silva Rodríguez c/ Abad')." (CNAT Sala: 7, Sentencia 16-09-1987, CARRICARTE, ERNESTO REYNALDO c/ ABAD, CARMEN s/ EMBARGO PREVENTIVO – DESPIDO, LDT)."

"Y también: "La reparación por daño moral sólo procede excepcionalmente cuando la actitud del empleador en el curso de la relación y en la disolución del vínculo va más allá del ámbito contractual, pues los daños producidos por el distracto encuentran adecuada compensación en el sistema legal de tarifa establecida en el RCT." (Autos: Barrionuevo, Luis Alfredo c/ Bauen SACIC s/ Despido. Sala: Sala II. 17/03/1988 - Nro. Exp.: 61317/88. Nro. Sent.: s.d.61317. LDT). En igual sentido: "Si para la determinación del despido se le imputó a la empleada una causa delictuosa no probada, tal hecho no constituye daño moral en la medida en que no adquirió publicidad y no se vio afectada la honorabilidad de la dependiente. Por ello, bastó con abonar la indemnización tarifada establecida en la LCT (del voto de la mayoría, el Dr. Lasarte votó en disidencia)." (Autos: Fagral SACIF c/ Quiroga, Esther s/ Consignación. Sala: Sala III. 27/11/1989 - Nro. Exp.: 59340/89. Nro. Sent.: s.d.59340, LDT).

Además: “Para que se configure el daño moral en el despido y se indemnice con una suma superior a la tarifada en la ley de contrato de trabajo, es necesario que haya existido una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa.” (CNAT Sala: 3, Sentencia 27-11-1989, FRAGAL S.A.C.I.F. c/ QUIROGA, ESTHER s/ CONSIGNACION, LDT).“

“Y también: “Sólo procede resarcimiento especial (daño moral) con fundamento en la ley civil, cuando el empleador ha incurrido en conductas que aún con independencia de todo vínculo contractual entre las partes, constituye un ilícito civil.” (Autos: Carollo, Alberto c/ Rabbione S.A. Empresa de Transporte s/ Despido. Sala: Sala III. 26/06/1991 - Nro. Exp.: 61708/91. Nro. Sent.: s.d.61708., LDT).“

Entiendo que la reparación tarifada cubre todos los daños que genera el despido arbitrario, en tanto y en cuanto éste se haya concretado mediante un ejercicio regular del legítimo derecho de despedir.

Se ha repetido doctrinal y jurisprudencialmente que la indemnización tarifada constituye una reparación omnicomprensiva del damnun emergens, del lucrum cesans y del daño moral.

En el caso de autos destaco que no encuentro configurados los presupuestos suficientes como para tornar procedente el rubro en cuestión analizado a la luz de las pautas sentadas por la jurisprudencia de esta Sala.

En efecto si bien existió una imputación en la carta documento, lo cierto es que ello obedeció a la expresa denuncia de un superior jerárquico y en tal sentido y mas allá del apresuramiento de la empleadora para proceder a la ruptura del vínculo y la falta de prueba producida en el proceso con relación al hecho pero habiéndose probado la existencia de la reunión, es que entiendo que en el caso concreto, no resulta pertinente el reclamo por daño moral.

En cuanto a la multa del artículo 2 de la ley 25.323 considero que las particularidades a que se aludiera anteriormente justifican que la misma no resulte aplicable toda vez que la empleadora pudo razonablemente suponer que la versión dada por su empleado jerárquico era atendible mas allá de las deficiencias probatorias del proceso.

Así, hemos sostenido:

En cuanto a la multa prevista en el art. 2 de la ley 25323, sostuve en la causa “Volante” (Expte. Nº 447481/2011, 07/04/2016, entre otros), que:

“Se ha dicho que la norma faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente –lo cual revela razonabilidad y análisis restrictivo- dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justifiquen la conducta del empleador (Grisolía, “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, tomo II, páginas 1064 y siguientes, transcribiéndose jurisprudencia de la Sala 6° de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que sostuvo la improcedencia de la condena si el hecho generador del despido pudo conducir a la entonces empleadora a entender que estaba obrando de acuerdo a derecho”.

“En el mismo sentido se ha sostenido que corresponde la exoneración de la sanción o su reducción en los casos que exista una controversia seria y fundada sobre la causal del despido, por ejemplo en el supuesto de que el empleador que invocó una justa causa para despedir logre acreditar los hechos y el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso, hubiera concluido que la medida no resulta de gravedad como para impedir la prosecución del vínculo (Manual de jurisprudencia de derecho del trabajo y la seguridad social, 2011, Revista de Derecho laboral y seguridad social, números 2898 y siguientes y jurisprudencia allí citada)”.

“Al respecto, en la causa “Pacheco” (expte. N° 378304/2008, de fecha 19/12/2013, sostuve;

“En ocasión de adherir a un voto de la Dra. Clerici acordamos: “Con respecto a las multas que el a quo declaró procedentes y aquellas que no, en atención a las circunstancias de autos, entiendo que ninguna de ellas puede ser acogida favorablemente, por lo que corresponde la revocación de lo decidido en la instancia de grado con relación a la multa del art. 1 de la Ley 25.323 y el rechazo de los agravios respecto a la establecida en el art. 2 de la misma ley y en el art. 80 de la LCT.”

“Las tres normas señaladas tienen por finalidad compeler al empleador al cumplimiento de las obligaciones legales en orden a la debida registración de la relación laboral (con especial incidencia en el ámbito de la seguridad social) y al pago de lo debido en el marco del contrato de trabajo, sin obligar al trabajador a transitar las vías administrativas y/o judiciales a efectos de obtener su percepción efectiva.”

“Sin embargo, entiendo que estas penalidades resultan operativas en tanto y en cuanto nos encontremos ante una total falta de registración, o ante una deficiente registración y/o reclamo por parte del trabajador, derivada de una conducta maliciosa del empleador, que deliberadamente omite registrar el contrato de trabajo conforme se da en la realidad, o abonar aquello que es debido al trabajador, también como consecuencia de la realidad de la relación.”

“Sin embargo, en estos supuestos dudosos, donde la defectuosa registración u omisión de pago deriva, no ya del ocultamiento de la realidad del contrato de trabajo, sino de una interpretación de la naturaleza de la prestación, que solamente puede ser zanjada por decisión judicial, no entiendo razonable la aplicación de estas multas o agravamientos indemnizatorios, ya que ella no cumple

la finalidad perseguida por la norma, deviniendo en una excesiva onerosidad para la demandada."

En cuanto al agravio de los intereses, atento la forma en que se resuelve, deviene abstracto.

III.- Por las razones expuestas, propongo se haga lugar parcialmente al recurso, dejándose sin efecto el daño moral y la multa del artículo 2 de la ley 25.323, razón por la cual el monto de condena se fija en la suma total de $132.114. Costas de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelve. Los honorarios serán dejados sin efecto, difiriéndose su consideración para cuando se practique la pertinente liquidación.

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 parcialmente al recurso interpuesto por la demandada a fs. 135/146, dejándose sin efecto el daño moral y la multa del artículo 2 de la ley 25.323, razón por la cual el monto de condena se fija en la suma total de $132.114.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, dada la forma en que se resuelve (art. 17, ley 921 y art. 68, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios, difiriéndose su consideración para cuando se practique la pertinente liquidación (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

**"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SZUMSKY DANIEL EDUARDO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 554337/2016) – Sentencia: 109/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

APREMIO. EJECUCION DE MULTAS. MULTAS POR USO INDEBIDO DE ESPACIO PÚBLICO. TRANSFERENCIA DEL AUTOMOTOR. DEUDA POSTERIOR. INHABILIDAD DE TITULO. ORDENANZAS. VIGENCIA.

1.- Resulta procedente la excepción de inhabilidad de título en una acción de apremio por cobro de multas por el uso indebido del espacio público, si la ejecutada a acreditado que realizó la denuncia de venta de automotor, desde que ese hecho, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 78 de la ordenanza n° 10.833, lo excluye de ser sujeto sujeto tributario.

2.- Las ordenanzas relacionadas con el Código fiscal se aplican a partir de su vigencia y sin que tengan efectos retroactivos, salvo que sean mas beneficiosas para el contribuyente de conformidad con lo previsto por el artículo 4 y la obligación tributaria nace cuando se produce el hecho imponible previsto en la norma –artículo 8-, por lo cual, si el demandado se encontraba exento de abonar un tributo, en virtud de la denuncia de venta, con anterioridad a la sanción de la ordenanza n° 12.683, dicha norma no lo puede perjudicar haciéndolo responsable del pago del uso del espacio público, ya que dejó de ser responsable del automotor que produjo el

hecho imponible previsto por la norma.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SZUMSKY DANIEL EDUARDO S/ APREMIO", (JNQCI1 EXP Nº 554337/2016), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 28/31 hace lugar a la defensa planteada por el ejecutado, y en consecuencia, desestima la ejecución, con costas.

La decisión es apelada por el actor en los términos que resultan del escrito de fs. 37/39 y cuyo traslado no es respondido.

En primer lugar, cuestiona que se haya tenido por acreditado que el demandado cumpliera con el trámite administrativo para comunicar la transferencia del vehículo, ya que adjuntó un documento con un número sin el respaldo de las actuaciones del supuesto trámite donde consta el objeto del mismo y su resultado.

Añade que no acreditó haber adjuntado la documentación respaldatoria y que el trámite resulta extemporáneo, ya que se inició tres meses después de la tramitación de la denuncia de venta en el registro de la propiedad automotor.

El segundo agravio cuestiona la afirmación de que la norma vigente era la de la fecha de la denuncia de venta, ya que el antiguo régimen resulta aplicable solo a los tributos cuya obligación tributaria son de fecha anterior a la modificación que rige en la actualidad, y que frente a la posterior derogación de dicha regulación el nuevo régimen alcanza a todas las obligaciones tributarias nacidas en su vigencia y para adelante, como ocurre en el presente.

Así, sostiene que el demandado podría haber apelado al antiguo sistema para todas aquellas obligaciones tributarias anteriores al 2.013 pero no a las posteriores.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, considero que los agravios no tendrán andamiento.

Deducido el apremio por cobro de multas por el uso indebido del espacio público, la ejecutada se presenta planteando la excepción de inhabilidad de titulo con fundamento en lo dispuesto por el artículo 78 de la ordenanza n° 10.833 en cuanto dispone que la denuncia de venta del automotor lo excluye de ser sujeto tributario, y a tal fin, adjunta documentación respaldatoria.

Al responde a la defensa la ejecutante, afirma que la única defensa que admite el Código fiscal es la transferencia del automotor conforme los artículos que cita y transcribe, y como el demandado ha reconocido ser el titular registral conserva la responsabilidad tributaria por el pago de las multas reclamadas.

Señala, además, que la norma citada por el ejecutante no tiene existencia en la ciudad de Neuquén.

Al sentenciar, la jueza señala que dada la fecha de la denuncia de venta es aplicable la ordenanza n° 10.383 anterior a la reforma 12.683 y que en dicha normativa la denuncia de venta limita la responsabilidad tributaria del titular de dominio si se cumple con los requisitos que dispone el artículo 292; y si bien reconoce que la denuncia se presentó luego de transcurridos los diez días que establecía la normativa, el certificado fue expedido con mucha posterioridad a dicho anoticiamiento.

Como se advierte, del desconocimiento de la existencia de la ley por parte de la actora ahora queda demostrado que la invocación formulada por la ejecutada tenía sustento legal.

En tal sentido, queda claro que de conformidad con la anterior legislación quedaba eximido del pago de las multas con la denuncia de venta del automotor.

Y ello es lo que realizó el demandado conforme la documental que adjuntó la ejecutada al plantear su defensa. Cierto es que la actora desconoció la misma, pero en la sentencia se tuvo por válida la de fs. 10 que es la que interesa en relación al tema.

De acuerdo a lo que resulta de ella, no es correcto que figure solamente una tarjeta de inicio de un expediente desconociéndose por completo su objeto, y si es cierto que se ignora su resultado y demás actuaciones. De su lectura, resulta claro que se trata de la denuncia de venta del automotor que se identifica cuyo dominio y titularidad coincide con el que figura en el certificado que se pretende ejecutar.

Así, correspondía que fuera la actora, quien acreditara qué resolución adoptó adjuntando los comprobantes pertinentes, ya que al titular de dominio le basta con la mera denuncia de la denuncia de venta dado que no otra cosa le exige la disposición legal vigente en aquel momento; por lo cual y admitido el inicio del trámite pertinente, las posibles falencias y la decisión de desestimar la presentación queda a cargo de la administración.

Cierto es también que la presentación no se hizo dentro del plazo previsto, de diez días, pero ello solamente tiene por consecuencia que las infracciones anteriores a la presentación sean de responsabilidad de quien figura como titular de dominio hasta que efectúe la denuncia de venta, esto es, no tiene efecto retroactivo y es válida a partir de la comunicación del hecho ante la autoridad administrativa.

Por consiguiente, estaba a cargo de la propia administración municipal informarse debidamente acerca de la situación jurídica del automotor con anterioridad a la emisión del certificado lo que no hizo.

En definitiva y toda vez que el ejecutado procedió a cumplir con la normativa vigente en aquél entonces, es que no puede ser responsabilizado por las infracciones que se pretenden ejecutar en su contra.

En cuanto a la aplicación de la ordenanza actualmente vigente en virtud del hecho imponible, además de no ser un tema sometido a consideración del juez de Primera Instancia, derivado ello del desconocimiento de la normativa anterior dictada por el propio municipio, no resulta un argumento que pueda prosperar.

En efecto, la pretensión del apelante de que se aplique la nueva normativa no puede tener andamiento toda vez que las ordenanzas relacionadas con el Código fiscal se aplican a partir de su vigencia y sin que tengan efectos retroactivos, salvo que sean mas beneficiosas para el contribuyente de conformidad con lo previsto por el artículo 4 y la obligación tributaria nace cuando se produce el hecho imponible previsto en la norma –artículo 8-, por lo cual, si el demandado se encontraba exento de abonar un tributo, en virtud de la denuncia de venta, con anterioridad a la sanción de la ordenanza n° 12.683, dicha norma no lo puede perjudicar haciéndolo responsable del pago del uso del espacio público, ya que dejó de ser responsable del automotor que produjo el hecho imponible previsto por la norma.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada con costas a la actora.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 28/31, con costas de segunda instancia a la parte actora.

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

**"TOTAL AUSTRAL S.A. C/ VAZQUEZ AURELIA DEL CARMEN S/ SUMARISIMO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 513590/2016) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

JUICIO SUMARISIMO. RECURSO DE APELACION. PLAZO. YACIMIENTO. CORTE EN EL ACCESO. MEDIDA CAUTELAR. LEVANTAMIENTO DEL CORTE. CUESTION ABSTRACTA. SUBSISTENCIA DEL CONFLICTO. AMPARO PROCEDENTE.

1.- En tanto la Alzada es juez del recurso, no puedo pasar por alto que la fundamentación de la apelación planteada en autos fue realizada considerando un plazo de cinco días hábiles, circunstancia que se contrapone con la doctrina judicial obligatoria para los tribunales inferiores sentada por el Tribunal Superior de Justicia en autos “SMG Seguros de Vida S.A. s/ Queja” (Acuerdo n° 33/2016 del registro de la Secretaría Civil). En dicho fallo, el Tribunal Superior de

Justicia en ejercicio de la función uniformadora de la jurisprudencia que le otorga la instancia casatoria, fijó posición en el sentido que el plazo aplicable a la interposición, fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días. Si bien esta jurisprudencia es de obligatoria aplicación para esta Cámara de Apelaciones, entiendo que se dan en autos supuestos que determinan que se haga una excepción a esa obligatoriedad. En efecto, la fundamentación del recurso y su sustanciación data del mes de septiembre de 2016, cuando no se conocía la posición del Tribunal Superior de Justicia a la que vengo haciendo referencia. El otro supuesto es que la demandada (parte contraria de la apelante) no cuestionó en ningún momento el plazo dentro del cual se fundó el recurso. […] Por ende, he de abordar el análisis del recurso de apelación de autos.

2.- Néstor P. Sagüés enumeró las razones por las cuales un agravio puede transformarse en no actual, agrupándolas en: a) transcurso del tiempo (por ejemplo, venció el plazo de una suspensión impuesta al reclamante y cuestionada por éste); b) aparición de nuevas normas; c) satisfacción del interés del requirente (cfr. aut. cit., "El recurso extraordinario ante casos abstractos, pero susceptibles de repetición", LL AR/DOC/3343/2006).

3.- Debe ser revocada la decisión de la A quo quien entendió que el objeto de la litis se tornó abstracto toda vez que la pretensión de la amparista, esto es, la liberación de las vías de acceso al yacimiento Aguada Pichana, se encuentra satisfecha. En efecto, si bien esta circunstancia es cierta, la liberación del acceso se produjo como consecuencia del acatamiento, por parte de la demandada, de la medida cautelar ordenada en autos. En consecuencia, técnicamente el conflicto subsiste. Por lo tanto, debe hacerse lugar a la demanda, convirtiendo en definitiva la medida cautelar oportunamente ordenada, por lo que se hace saber a la demandada que debe abstenerse de realizar cualquier acción de hecho, por sí o por interpósita persona, que perturbe y/o impida el tránsito por parte de la amparista y su personal, en el camino de ingreso y egreso al yacimiento ubicado en el Paraje Aguada Pichana, Departamento de Añelo.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TOTAL AUSTRAL S.A. C/ VAZQUEZ AURELIA DEL CARMEN S/ SUMARISIMO", (JNQCI6 EXP Nº 513590/2016), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 107/109, que declara abstracta la cuestión debatida en autos, imponiendo las costas en el orden causado.

A) La recurrente se agravia por que la a quo ha declarado abstracta la cuestión debatida en autos.

Dice que el carácter intempestivo en el accionar de la demandada y sus acompañantes, llevado a cabo el día 21 de junio de 2016, mediante el cual cortó los caminos de acceso al Yacimiento Aguda Pichana, operado por la amparista, dejando bloqueado el ingreso y el egreso del mismo, constituyó un acto que de manera manifiestamente ilegal y arbitraria, restringió, lesionó y alteró derechos y garantías de la actora, amparados por la Constitución Nacional

Sigue diciendo que oportunamente se concedió la medida cautelar peticionada, cesando la accionada en su actitud beligerante cuando fue intimada por la Policía de la Provincia a levantar el corte sobre los caminos de acceso, en oportunidad de notificar la

medida cautelar.

Señala que el mantenimiento del status quo en los accesos al yacimiento Aguada Pichana ocurre porque la parte demandada se encuentra cumpliendo una medida cautelar ordenada en autos, que le impide volver a realizar cortes en los caminos referenciados.

Argumenta en torno a la accesoriedad de las medidas cautelares, y a su finalidad, entendiendo que la sentencia debe resolver si el obrar de la demandada fue legítimo, si la accionada posee algún derecho que la habilite a actuar de ese modo, si los motivos que impulsaron su accionar son válidos, y si el corte constituyó una alteración de derechos y garantías amparados por la Constitución Nacional.

Sostiene que con la interposición de la acción de amparo la actora buscó la protección de derechos de raigambre constitucional.

Luego se agravia por la distribución de las costas del proceso, considerando que corresponde aplicar el principio objetivo de la derrota.

B) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- En tanto la Alzada es juez del recurso, no puedo pasar por alto que la fundamentación de la apelación planteada en autos fue realizada considerando un plazo de cinco días hábiles, circunstancia que se contrapone con la doctrina judicial obligatoria para los tribunales inferiores sentada por el Tribunal Superior de Justicia en autos “SMG Seguros de Vida S.A. s/ Queja” (Acuerdo n° 33/2016 del registro de la Secretaría Civil).

En dicho fallo, el Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de la función uniformadora de la jurisprudencia que le otorga la instancia casatoria, fijó posición en el sentido que el plazo aplicable a la interposición, fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días.

Si bien esta jurisprudencia es de obligatoria aplicación para esta Cámara de Apelaciones, entiendo que se dan en autos supuestos que determinan que se haga una excepción a esa obligatoriedad. En efecto, la fundamentación del recurso y su sustanciación data del mes de septiembre de 2016, cuando no se conocía la posición del Tribunal Superior de Justicia a la que vengo haciendo referencia.

El otro supuesto es que la demandada (parte contraria de la apelante) no cuestionó en ningún momento el plazo dentro del cual se fundó el recurso.

Conforme lo señala Carlos E. Camps, un aspecto muy controvertido respecto de la doctrina legal es el relativo al momento de la aparición de esa jurisprudencia y su aplicabilidad a procesos nacidos con anterioridad a la misma donde las partes, por obvias razones, no pudieron plantear sus pretensiones o defensas en base a ella. Agrega el autor que cito que, como regla, la aplicación es inmediata a los juicios en trámite, escuchándose voces que propician dejar de lado este principio cuando se configura la vulneración de derechos constitucionales de trascendencia como son los de defensa y debido proceso (cfr. aut.cit., “Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal en la Corte bonaerense”, LL 0003/010645).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Tellez c/ Bagala S.A.” (sentencia del 15/4/1986, Fallos 308:552) determinó que “la aplicación en el tiempo de nuevos criterios jurisprudenciales debe ser presidida por una especial prudencia con el objeto que los logros propuestos no se vean malogrados por ese trance. En mérito de ello, es necesario fijar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, de utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia… Con respecto a la determinación del preciso momento en que un cambio de jurisprudencia comience a operar, no puede soslayarse la situación a la que se verían reducidos los litigantes que apelaron por el art. 14 ley 48 con anterioridad a que se consagrase la doctrina del caso Strada y a quienes, la actuación de ésta llevaría a verse impedidos de obtener la revisión de sentencias que, a su entender, irrogan agravios de naturaleza constitucional.

En efecto, la aplicación inmediata de dicha doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria, en un momento en el que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente…La autoridad institucional del precedente Strada deberá comenzar a regir para el futuro; por consiguiente, corresponde declarar que las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas in re: Strada, sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente”.

Igual criterio fue seguido por la Corte Federal en la causa “Andrada, Claudia Angelina” (sentencia del 30/5/1995, Fallos 318:1.089) con relación a la inconstitucionalidad de la limitación establecida en el art. 459 inc. 1 del Código Procesal Penal de la Nación declarada en la causa “Giroldi” por la misma Corte.

Finalmente cabe recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe n° 105/99 “Narciso Palacios” (CIDH 29/9/1999; caso 10.194), y a raíz de una decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en orden a la aplicación inmediata de una cambio en la jurisprudencia local, señaló: “56. De ambas disposiciones (arts. 8 inc. 1 y 25 incs. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica) se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las

reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido. En este sentido, esta Comisión ha señalado que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable.

"57. El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concretos

"58. Sin embargo, puede darse el caso que la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de estos requisitos de admisibilidad constituya una violación a dicho derecho fundamental.

"59. Y ésta es precisamente la situación en el presente caso, donde la falta de agotamiento de la instancia administrativa no puede, en modo alguno, imputarse al peticionante, pues éste sencillamente se dejó llevar por la interpretación correcta y autorizada de las normas vigentes que le eran aplicables, las cuales –para el momento de la interposición de su demanda- le permitían acceder al contencioso administrativo sin necesidad de agotar los recursos administrativos.

"60. En efecto, como ya ha observado la Comisión ut supra, el rechazo de su demanda tuvo como fundamento una interpretación jurisprudencial posterior a la fecha de interposición de su demanda, la cual le fue aplicada en forma retroactiva a su caso particular. Por tanto, no se trató de una omisión o ligereza de su parte sino de un cambio drástico en la interpretación de la normativa que las Cortes aplicaron retroactivamente en su perjuicio.

"61. Es precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares….". Luego, recuerda la Comisión que el mismo Estado Argentino, con cita del precedente "Tellez" al que ya me he referido, ha reconocido la necesidad de una especial prudencia a la hora de aplicar las nuevas interpretaciones jurisprudenciales.

De lo dicho se sigue, con referencia concreta al caso de autos, que habiendo la parte actora expresado sus agravios dentro del plazo que regía al momento de realizar el acto procesal, de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de la I Circunscripción Judicial; plazo que no fue cuestionado por la parte contraria, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa del recurrente si se le impide el acceso a la instancia recursiva por aplicación inmediata de la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia.

Por ende, he de abordar el análisis del recurso de apelación de autos.

III.- Analizadas las constancias de la causa, adelanto opinión en que le asiste razón a la parte recurrente.

Señala Rodrigo Darío Betancourt que el caso abstracto o cuestión abstracta constituye un modo de extinción del proceso, que no se encuentra expresamente legislado; y explica que en el derecho constitucional norteamericano, esta condición de los casos abstractos se llama "moot case" o "mootness", y su doctrina refiere a la legitimación en el marco temporal, la que indica que el requisito del interés en el pleito debe existir en su comienzo y subsistir a lo largo de toda su existencia (cfr. aut. cit., "Otra forma de terminación del proceso: caso abstracto, cuestión abstracta, mootness o moot cases", LL AR/DOC/5010/2010).

En palabras de Julio O. Chiappini, ocurre una sustracción de la materia litigiosa, que se da cuando por un hecho posterior a la demanda se torna ocioso que el juez resuelva (cfr. aut. cit., "La sustracción de la materia", LL AR/DOC/1244/2012).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el poder de juzgar ha de ejercerse en la medida en que perdure una situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de una controversia, lo que impide su ejercicio cuando esa circunstancias ya no existen (Fallos 311:787; 328:2.440).

Néstor P. Sagüés enumeró las razones por las cuales un agravio puede transformarse en no actual, agrupándolas en: a) transcurso del tiempo (por ejemplo, venció el plazo de una suspensión impuesta al reclamante y cuestionada por éste); b) aparición de nuevas normas; c) satisfacción del interés del requirente (cfr. aut. cit., "El recurso extraordinario ante casos abstractos, pero susceptibles de repetición", LL AR/DOC/3343/2006).

Por su parte Jorge W. Peyrano sostiene que las distintas clases de sustracción de la materia son a) sustracción de la materia clásica, que se configura cuando luego de presentada la demanda, el interés para obrar se desvanece a raíz de circunstancias extrañas al accionar de las partes; b) sustracción de materia convencional, que existe cuando las partes acuerdan que la cuestión se ha tornado abstracta; c) sustracción de materia unilateral, cuando el accionar de una de las partes, luego de presentada la demanda pero antes de trabada la litis, se erige en el agente provocador de la desaparición del interés para obrar (cfr. aut. cit., "Actualidad de la sustracción de materia como medio atípico de extinción del proceso civil", Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2012-1, pág. 281 y sgtes.)

En autos la a quo ha entendido que la pretensión de la amparista, liberación de las vías de acceso al yacimiento Aguada Pichana,

se encuentra satisfecha, por lo que no resulta pertinente pronunciarse sobre dicha cuestión.

Esta circunstancia es cierta pero, como lo indica la recurrente, la liberación del camino de ingreso y egreso del yacimiento es consecuencia del acatamiento, por parte de la demandada, de la medida cautelar ordenada en autos. Ello surge de fs. 78, constando en el acta de procedimiento labrada por la autoridad policial que, ante la notificación de la medida cautelar, la demandada y sus familiares levantan la medida de fuerza y se retiran del lugar. En consecuencia, técnicamente el conflicto subsiste.

Dadas las características de la controversia, entiendo que la magistrada de grado ha considerado, razonablemente, que aquella no se repetirá, y que más allá que la superación del impedimento de paso fue producto de la medida cautelar, aún cuando ésta ya no se encuentre vigente, la demandada no volverá a cortar el acceso al yacimiento.

Y esta creencia, como lo dije, es razonable. Del acta notarial de fs. 19/20 surge que la demandada, interrogada sobre los motivos por los cuales se encuentra impidiendo el acceso a la locación, da cuenta que en su calidad de propietaria del Campo Vázquez efectúa el corte en reclamo de puestos de trabajo para su grupo familiar a la empresa Total Austral S.A., como así también en reclamo por supuesta contaminación por parte de la empresa dentro del campo.

Teniendo en cuenta que la demandada no ha comparecido a estar a derecho en estas actuaciones, no se puede conocer la fundamentación de su reclamo, pero entiendo que se advierte con claridad que se trata de un requerimiento de tipo social, antes que jurídico. Pero, como ya lo señalé, el conflicto no se encuentra resuelto, sino suspendido como consecuencia de la orden cautelar. Por ende, no resulta procedente determinar la finalización del proceso invocando que el objeto de la litis ha devenido abstracto.

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata resolvió que “al haber cumplido la obra social con la prestación médica solicitada por el afiliado como consecuencia de la manda judicial que otorgó la medida cautelar y no producto de un reconocimiento de la pretensión del adversario, la cuestión no devino abstracta, resultando necesario el dictado de la sentencia definitiva para dar certeza al alcance de las obligaciones que le corresponden a la prestadora de salud” (autos “Miravalles de Rodríguez c/ DIBA”, 13/3/2013, LL AR/JUR/7905/2013); y que “…tampoco el examen de la controversia deviene abstracto por el mero hecho de que el accionado cumpla con la medida cautelar, pues la medida cautelar es de naturaleza provisoria y debe tener su correlato en la sentencia, ya que recién allí el juez arriba a la certeza en la aplicación del derecho y la apreciación de los hechos que antes había analizado verosímilmente” (autos “Carrara c/ Asociación Mutual de Ayuda Reciproca”, 30/9/2010, LL AR/JUR/69829/2010).

Por lo dicho es que ha de revocarse el fallo de grado en cuanto declara abstracta la cuestión litigiosa de autos.

III.- Sentado lo anterior, corresponde analizar cuál es la decisión que se debe tomar.

No encuentro posible analizar todos los tópicos que plantea la recurrente.

En efecto, del estudio del expediente surge que no se ha acreditado cuál es el derecho de la accionante sobre el yacimiento, en tanto que los acuerdos presentados con la demanda se encuentran suscriptos con una persona distinta de la demandada, y el único documento en que ella interviene, lo hace como apoderada de su padre y no por derecho propio.

No obstante ello, al no contestar la demanda, la demandada ha reconocido el derecho de la amparista para transitar por el camino que lleva al yacimiento Aguada Pichana, encontrándose probado que fue la señora Vázquez quién impidió el tránsito en el lugar, tanto con la constatación notarial de fs. 19/20, como con la actuación policial de fs. 77/78 vta. Por otra parte, tampoco ha justificado la accionada las razones de su proceder.

En estos términos, la decisión que corresponde adoptar es convertir en definitiva la medida cautelar oportunamente ordenada.

IV.- Teniendo en cuenta el resultado de la apelación, las costas del proceso se imponen a la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de autos y revocar el decisorio de grado, disponiendo que se haga lugar a la demanda, convirtiendo en definitiva la medida cautelar oportunamente ordenada, por lo que se hace saber a la demandada que debe abstenerse de realizar cualquier acción de hecho, por sí o por interpósita persona, que perturbe y/o impida el tránsito por parte de la amparista y su personal, en el camino de ingreso y egreso al yacimiento ubicado en el inmueble identificado como parcela X, N.C. 06-RR-012-5014 del Paraje Aguada Pichana, Departamento de Añelo.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados de la parte actora en las sumas de $ 16.000,00 para el Dr. ... por su actuación en primera instancia, y en $ 5.600,00 por su labor ante la Alzada; y para el Dr. ..., en $ 6.400,00 por su desempeño en la instancia de grado, y $ 2.240,00 por su labor ante la Alzada, todo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10, 15 y 36 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia.

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 grado, disponiendo que se haga lugar a la demanda, convirtiendo en definitiva la medida cautelar oportunamente ordenada, por lo que se hace saber a la demandada que debe abstenerse de realizar cualquier acción de hecho, por sí o por interpósita persona, que perturbe y/o impida el tránsito por parte de la amparista y su personal, en el camino de ingreso y egreso al yacimiento ubicado en el inmueble identificado como parcela X, N.C. 06-RR-012-5014 del Paraje Aguada Pichana, Departamento de Añelo.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados de la parte actora en las sumas de $ 16.000,00 para el Dr. ... por su actuación en primera instancia, y en $ 5.600,00 por su labor ante la Alzada; y para el Dr. ..., en $ 6.400,00 por su desempeño en la instancia de grado, y $ 2.240,00 por su labor ante la Alzada, todo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10, 15 y 36 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia.

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

**"FILA HUGO NORBERTO C/ LA CAJA 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.: 472098/2012) – Sentencia: 113/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. EXAMEN PREOCUPACIONAL. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL ACCIDENTE Y LA PATOLOGIA DEL TRABAJADOR. PERICIAL MEDICA. PERICIAL PSICOLOGICA. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- La inexistencia de examen preocupacional puede hacer presumir la relación causal con la dolencia que presente un trabajador, cuando las tareas laborales o el accidente de trabajo sean aptos para causar aquella dolencia, pero en este caso, en el que ni el trabajo ni el accidente de trabajo tienen entidad para generar o agravar la enfermedad que padece el actor, la existencia o no del examen médico de ingreso resulta irrelevante.

2.- El accidente de trabajo –traumatismo facial por el estallido de dos botellas- fue el escenario que permitió detectar la patología del actor –neurinoma del acústico-, pero ella no guarda relación causal con el primero. […] Por ende se confirma el resolutorio de grado en cuanto considera que no existe relación causal entre las secuelas físicas del actor y el accidente de trabajo.

3.- Valoro la labor de los peritos como auxiliares del juez y las partes, en aquellos aspectos del saber ajenos a la ciencia jurídica, pero ello no me exime de analizar y apreciar la valía del informe pericial, principalmente en cuanto a la fundamentación de lo que se afirma, ya que no puedo tener por cierto un hecho o una relación causal por que el experto lo dice. Más allá de la

competencia profesional de cada uno, en sede judicial todos estamos obligados a dar razones de lo que se concluye o decide.

4.- De la lectura del informe pericial psicológico surge que el diagnóstico es igual al dado por la comisión médica (RVAN Grado III).[…] Si sumamos los factores de ponderación al porcentaje de incapacidad por la dolencia psiquiátrica se advierte que existe un error en la operación realizada por la experta, ya que ella ha sumado directamente cada valor del factor de ponderación cuando ello no es el proceder correcto. En efecto, los factores de ponderación recalificación laboral y dificultades para la realización de la tarea habitual se computan como porcentajes sobre la incapacidad psíquica; por lo que el 4% para tipo de actividad es sobre el 20%, representando en realidad, para la sumatoria, el 0,8%. Igual sucede con el factor recalificación laboral, donde el 2% es sobre el 20%, representando para la sumatoria el 0,4%. Luego, si sumamos al 20% de incapacidad conforme baremo, 0,8% por tipo de actividad, el 0,4% por recalificación laboral y el 1% por edad –este factor si suma directamente-, se arriba a un incapacidad total del 22,20% (y no 27% como indica la pericia psicológica), valor que es inferior al fijado oportunamente por la comisión médica y reparado por la demandada. De ello se sigue que, en la faz psiquiátrica, no existe la mayor incapacidad reclamada por la parte actora.

5.- No obstante lo dicho, también asiste razón al a quo en orden a que las causas de la afección psíquica del actor que indica la perito son consecuencia de la enfermedad inculpable y su tratamiento, y no del accidente de trabajo. Adviértase que la perito hace hincapié en la disminución de la capacidad auditiva y visual del actor, como factores que lo llevan la aislamiento y afectan su autoestima, provocando una autodevaluación del sujeto; cuando las afectaciones de las capacidades visuales y auditivas del accionante son consecuencia del tumor y/o de su extirpación. De lo dicho se sigue que ha de confirmarse el decisorio de grado en cuanto dispone el rechazo de la demanda.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “FILA HUGO NORBERTO C/ LA CAJA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”, (JNQLA1 EXP Nº 472098/2012), venidos a esta Sala II integrada por las Dras. Patricia CLERICI y Cecilia PAMPHILE, 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 actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 341/348, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) El recurrente se agravia en cuanto considera que existe en autos ausencia de preexistencia de las patologías que fueron detonadas por la explosión de las botellas que impactaron en el rostro del actor. Agrega que ello se encuentra descartado por el dictamen de la Comisión Médica n° 9.

Dice que el perito médico indica que el actor recibió tratamiento por las heridas contuso cortantes en el rostro, en tanto que la Comisión Médica referida determinó la existencia de traumatismo facial.

Sigue diciendo que este informe pericial determinó una incapacidad del 41%, en base al diagnóstico de RVAN Grado IV, en forma coincidente con el dictamen pericial psicológico y con la opinión de la Comisión Médica.

Destaca que el informe pericial médico no recibió impugnación de las partes.

Manifiesta que las lesiones descriptas en el informe pericial médico (parálisis facial periférica derecha, compromiso de la audición del lado derecho, sensibilidad en la piel de la cara y córnea del ojo derecho) no estaban antes del accidente de trabajo. Insiste en que no existe preexistencia; en tanto que la neurocirugía se produjo en el año 2012.

Pone de manifiesto la inexistencia de examen preocupacional, por lo que, de acuerdo con el art. 6 de la LRT, basta que el accidente de trabajo esté presente en la cadena causal para que sea considerada la dolencia como laboral, aún cuando aquél no haya sido su causa exclusiva.

Sostiene que ya sea que el infortunio laboral haya ocasionado o agravado el tumor, el experto debió cuantificar la incapacidad laborativa.

También formula queja por el apartamiento por parte del juez de grado del informe pericial médico.

Afirma que el a quo tiene en cuenta dicho informe en cuanto el experto en medicina descarta la relación causal en todo lo referido al neurinoma, por su carácter inculpable, pero rechaza los dichos del perito en lo concerniente al RVAN Grado IV, por carecer de fundamentos. Entiende que el informe pericial es uno solo, y es fundado o infundado.

Reitera que el informe pericial no fue impugnado por las partes.

Agrega que el diagnóstico en base al cual el perito ha fijado incapacidad es concordante con lo dicho por la Comisión Médica y por la pericia psicológica.

Denuncia que el fallo de grado omite referirse a las prestaciones médicas, pese a que los expertos indican expresamente que ellas son necesarias, y el punto forma parte de la pretensión actoral.

Argumenta en torno a los derechos humanos, y el daño psíquico.

Vuelve sobre que la intervención del neurinoma fue posterior al dictamen obrante a fs. 188, y en tal oportunidad los médicos de la comisión médica tipificaron la contingencia como un RVAN Grado III. Concluye, entonces, en que la reacción vivencial anormal neurótica está desvinculada de la intervención quirúrgica por neurinoma, y el porcentaje de incapacidad del demandante es superior al establecido por la comisión médica.

Se refiere in extenso a la importancia de las pericias, y su valoración judicial.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 362/365, el recurrente amplía los agravios, cuestionando, en forma subsidiaria, la imposición de las costas procesales, sosteniendo que el actor tuvo razón fundada para litigar. También hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 368/369.

Dice que el sentenciante de grado ha detectado la contradicción existente entre el diagnóstico brindado por el perito médico y las conclusiones a las que llega.

Sigue diciendo que la salud del actor se ve alterada por su patología de base concerniente a las secuelas del tumor del nervio acústico, y a la expansión o compromiso cerebral provocado por ese tumor, la que en nada se relaciona con la explosión que ocasionara el accidente de trabajo.

Insiste en que no existe vínculo causal entre el neurinoma y el estallido de las botellas.

Destaca que la pericia psicológica solamente afirma que la incapacidad que fija es consecuencia de alteraciones psíquicas, sin brindar más datos.

Cita jurisprudencia y hace reserva del caso federal.

II.- Reseñadas las posiciones de las partes, y de la lectura del resolutorio cuestionado surge que el a quo ha rechazado la demanda por considerar que no se ha acreditado la existencia de relación causal entre el estado de salud del actor, y la consecuente incapacidad, con el accidente de trabajo sufrido el día 19 de octubre de 2010.

Oportunamente la Comisión Médica n° 9, en fecha 25 de octubre de 2011 dictaminó que como consecuencia del accidente de trabajo el actor era portador de una incapacidad del 22,50%, con el diagnóstico de reacción vivencial anormal neurótica depresiva grado III (fs. 188/192 vta.).

Si bien es cierto que la comisión médica interviniente también diagnosticó traumatismo facial, no fijó incapacidad por estas lesiones. Entiendo importante señalar los argumentos brindados por los médicos en sede administrativa, que fundan la resolución adoptada. Dicen los integrantes de la comisión médica que:

1) el actor denunció haber sufrido traumatismo facial por el estallido de dos botellas; en tanto que la ART reconoció el accidente, y brindó las prestaciones que consideró necesarias, las que incluyeron la realización de una resonancia nuclear magnética, como así también evaluación psiquiátrica y neurológica; 2) los hallazgos informados en la resonancia magnética son compatibles con neurinoma del acústico, siendo ésta una patología de carácter inculpable que la aseguradora no está obligada a cubrir; 3) después del accidente el actor comenzó con síntomas depresivos, hipersomnia, desgano, falta de motivación y trastornos de la memoria de

fijación, siendo tratado con ansiolíticos y antidepresivos; 4) el médico psiquiatra barajó dos posibilidades: trastorno afectivo endorreactivo, o síndrome cerebral orgánico como consecuencia del accidente, no surgiendo del expediente administrativo un adecuado seguimiento psiquiátrico ni la realización de estudios que permitan arribar a un diagnóstico de certeza; 5) si bien el médico neurólogo tuvo la impresión de patología psiquiátrica preexistente, la aseguradora no agotó los estudios e interconsultas que hubieran permitido aseverar o descartar la preexistencia; 6) los síntomas psiquiátricos del trabajador podrían encuadrarse dentro de un desorden por estrés post traumático. En base a estos argumentos concluye en que la RVAN grado III es consecuencia del accidente de trabajo.

El informe pericial médico de fs. 159/161 señala que las secuelas postquirúrgicas o de la extirpación tumoral del neurinoma del acústico son la sordera (hipoacusia), parálisis facial y la inestabilidad (pérdida del equilibrio), y agrega que el actor recibió tratamiento de las heridas contusas cortantes en el rostro, y en continuo con tratamiento psiquiátrico de la depresión en relación a las reacciones vivenciales anormales consecuencia del accidente de trabajo; en tanto que, reitera, la parálisis facial periférica derecha, el compromiso de la audición del lado derecho y la sensibilidad de la piel de la cara y córnea del ojo derecho es producto o secuela del neurinoma del acústico y/o del tratamiento recibido para la extirpación.

El perito médico otorga, entonces, al actor una incapacidad del 41% con fundamento solamente en la patología psiquiátrica, a la que encuadra como RVAN grado IV, agregando que se trata de una depresión neurótica de larga data, la que es considerada de tipo permanente.

Si bien la pericia médica fue impugnada por la parte actora, de lo que se sigue que lo afirmado en la expresión de agravios no se condice con las constancias del trámite, el perito ratifica íntegramente el informe brindado, aunque sin fundamento alguno (fs. 298).

A fs. 149/150 obra el informe pericial psicológico, el que otorga 27% de incapacidad como consecuencia de presentar, el demandante, RVAN grado III.

Como resultado de la evaluación psicológica, la perito señala que las pruebas indican dificultades para enfrentar adversidades que provengan del medio físico; se evidencian indicadores de daño neurológico o enfermedad neurológica, como así también de apego al pasado con conflictos aún sin resolver, que dificultan el avance y evolución del actor. En lo referente a la vida social del demandante, sostiene la experta que aparecen indicadores de retraimiento e inhibición como así también aspectos de autodesvalorización y sentimientos de angustia.

Concluye entonces la perito psicóloga en que el accionante transita por grandes angustias que conllevan a síntomas depresivos y sentimientos de desvalorización subjetiva a raíz de las secuelas que dejó el accidente; y presenta una depresión reactiva por la situación que le toca vivir y sus consecuencias, apreciándose irritabilidad, y sentimientos de inseguridad a causa de la disminución visual y auditiva; disminución que también afecta su relación con los demás, ya que paulatinamente le va generando una sensación de aislamiento.

El informe pericial psicológico fue impugnado por la parte demandada, por lo que tampoco aquí lo afirmado en la expresión de agravios se relaciona con las constancias del expediente, surgiendo del responde de la experta precisiones respecto de la personalidad del actor, entendiendo pertinente destacar lo siguiente: "…los síntomas depresivos y las afecciones psíquicas surgen a raíz del accidente vivenciado y sus consecuencias. No surge de los elementos de la evaluación que el Sr. Fila presentara como rasgos de carácter síntomas depresivos y/o melancólicos. Si no que, por el contrario, era un sujeto que había constituido muchos logros, con el saber hacer de su cuerpo como herramienta de trabajo, los cuales esperaba poder disfrutar al jubilarse. Pero por las secuelas principalmente auditivas, ello no le es posible, siendo uno de los principales efectos generar un distanciamiento y aislamiento de los demás" (fs. 250).

III.- De acuerdo con lo que surge de la prueba aportada a la causa, el actor sufre un accidente de trabajo, y con posterioridad a él aparecen una serie de síntomas físicos y psíquicos que lo llevan a denunciar el hecho como tal, requiriendo la atención de la ART.

Adviértase que la historia clínica acompañada por la ART, y no cuestionada por la parte actora, indica como fecha de la primera atención el día 19 de abril de 2011 (fs. 196), o sea seis meses después de producido el accidente. De ello se sigue que resulta razonable que las lesiones cortantes sufridas en el rostro por el trabajador hayan sido leves, ya que, de otro modo, hubiera requerido inmediatamente la atención por la aseguradora de riesgos del trabajo.

Conclusión que también se sustenta en que no existe en autos constancia alguna de atención médica contemporánea con el accidente.

Con el objeto de determinar el origen de los síntomas que presentó el actor en oportunidad de concurrir al centro prestador de la ART se le realizaron diverso estudios y fue atendido por profesionales con diferentes especialidades, surgiendo de la resonancia magnética nuclear, conforme lo informa el perito médico y da cuenta la historia clínica (fs. 198) la existencia de un neurinoma del acústico, el que científicamente se define como un tumor benigno que afecta el nervio que conecta el oído con el cerebro.

Todas las secuelas físicas que presenta el actor han sido atribuidas, tanto por la comisión médica como por el perito médico de autos, al neurinoma y su tratamiento de extirpación.

Asimismo, tanto la comisión médica como el perito médico son contestes en que el neurinoma es una enfermedad inculpable, o sea que no guarda relación causal ni con el trabajo ni con el accidente de trabajo.

No existe un solo elemento probatorio en autos que permita considerar que el accidente de trabajo provocó o agravó el neurinoma, conforme lo sostiene el recurrente en su expresión de agravios.

La inexistencia de examen preocupacional puede hacer presumir la relación causal con la dolencia que presente un trabajador, cuando las tareas laborales o el accidente de trabajo sean aptos para causar aquella dolencia, pero en este caso, en el que ni el trabajo ni el accidente de trabajo tienen entidad para generar o agravar la enfermedad que padece el actor, la existencia o no del examen médico de ingreso resulta irrelevante.

En autos "Barroso c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 356.207/2007, P.S. 2015-VII, n° 174) sostuve que: "no importa que el demandante haya sido considerado apto en el examen preocupacional, toda vez que la preexistencia a que alude el art. 6, apartado 3, inc. b) de la Ley 24.557, opera en cuanto el trabajo actúe como factor concurrente o agravante del estado físico deficitario (cfr. Formaro, Juan J., "Riesgo del Trabajo", Ed. Hammurabi, 2013, pág. 123), y aquí el trabajo no ha sido apto para producir ni para agravar el estado de salud del actor, ya que no existe relación causal entre éste y la labor desempeñada. Reitero que el perito ha determinado que la dolencia actual del trabajador no pudo ser producida por el evento denunciado ni por 28 días de trabajo.

"Este también es el extremo que torna inaplicable la doctrina de esta Sala II relativa a la incidencia de la omisión de examen preocupacional en la relación causal entre el daño y el accidente laboral, toda vez que en estos precedentes existía informe científico que atribuía al evento relatado por el trabajador potencialidad para causar el daño físico que sufría, extremo este último ausente en el sub lite. Y ello, más allá que en el sub lite se hizo el examen preocupacional, el que concluyó que el actor se encontraba apto para la tarea propuesta (cfr. fs. 61), ya que las consecuencias son iguales a la omisión de acreditar la realización de dicho examen obligatorio".

En autos, tal como ya lo señalé, se da una situación similar a la del precedente citado. Reitero que ni el trabajo ni el accidente de trabajo tienen potencialidad para causar el daño físico que presenta el trabajador, por lo que al no existir relación causal entre el accidente y el neurinoma, no puede presumirse aquella solamente por la inexistencia de examen preocupacional.

El accidente de trabajo fue el escenario que permitió detectar la patología del actor, pero ella no guarda relación causal con el primero.

La historia clínica da cuenta de que esa ha sido la creencia del actor. El médico tratante expresamente hace constar "el paciente atribuye su sintomatología a la explosión a la que estuvo expuesto. En vano se le explica que tiene un tumor. Se le da alta que no firma" (fs. 198). Más esta creencia no encuentra aval científico, por cuanto los médicos, tanto en sede administrativa como judicial, son contestes en que el tumor es una enfermedad inculpable.

Por ende se confirma el resolutorio de grado en cuanto considera que no existe relación causal entre las secuelas físicas del actor y el accidente de trabajo.

IV.- He de abordar ahora la problemática de las secuelas psíquicas.

Las dos pericias de autos como la comisión médica coinciden en que el actor presenta una reacción vivencial anormal neurótica, discrepando en el grado (III para la comisión médica y la perito psicóloga, y IV para el perito médico), como así también en el porcentaje de incapacidad otorgado (22,50% para la comisión médica, 27% para la perito psicóloga y 41% para el perito médico).

El juez de grado ha entendido que tampoco se encuentra acreditado el nexo causal entre esta patología psiquiátrica y el accidente de trabajo. Para así concluir califica como infundada la pericia médica en este aspecto, y además razona que si los factores que han determinado la reacción vivencial anormal se identifican con las secuelas del neurinoma, y éste es una enfermedad inculpable, no puede haber relación causal entre dicha reacción vivencial y el accidente de trabajo.

Tal como ya se señaló, la comisión médica entendió que existía duda respecto a si la patología psiquiátrica era consecuencia o no del accidente de trabajo, y dado que la ART no había realizado los estudios o interconsultas que permitan despejar dicha duda, siendo los síntomas del actor compatibles con la reacción vivencial anormal neurótica del baremo legal, se inclinó por la existencia de relación causal.

Tal decisión fue consentida por la demandada desde el momento que abonó al trabajador la prestación dineraria correspondiente al grado de incapacidad establecido por la comisión médica (fs. 107/vta.).

La duda se plantea en torno a si el mayor porcentaje de incapacidad determinado en sede judicial es consecuencia del accidente de trabajo, o, en realidad, guarda relación causal con las secuelas del tumor y su tratamiento.

En primer lugar, descarto el porcentaje de incapacidad establecido por el perito médico, dado que, y tal como se señala en el fallo de grado, el informe pericial, en este aspecto, carece de todo fundamento.

En efecto, el dictamen pericial del perito médico se explaya respecto de la evaluación física del actor y de la inexistencia de nexo causal entre el accidente de trabajo y las alteraciones en el estado de salud física del trabajador. En ningún momento aborda la patología psiquiátrica, pero al contestar el punto de pericia referido a la existencia de incapacidad, el perito afirma: “La afección psiquiátrica, padecida por el actor, y evaluada es considerada en consecuencia o con relación al accidente ocurrido”. Esa es toda la fundamentación dada para calificar la afección psíquica como originada por el accidente de trabajo y después asignarle un 41% de incapacidad.

Nada se dice respecto a los síntomas constatados, ni las pruebas efectuadas para descartar la simulación y apreciar la magnitud de la enfermedad, ni tampoco a por qué se determina que la afección psiquiátrica es consecuencia del accidente de trabajo.

Valoro la labor de los peritos como auxiliares del juez y las partes, en aquellos aspectos del saber ajenos a la ciencia jurídica, pero ello no me exime de analizar y apreciar la valía del informe pericial, principalmente en cuanto a la fundamentación de lo que se afirma, ya que no puedo tener por cierto un hecho o una relación causal por que el experto lo dice. Más allá de la competencia profesional de cada uno, en sede judicial todos estamos obligados a dar razones de lo que se concluye o decide.

Desechada entonces la conclusión del perito médico, queda en pie el informe pericial psicológico.

De la lectura del informe pericial psicológico surge que el diagnóstico es igual al dado por la comisión médica (RVAN Grado III).

Ahora bien, de acuerdo con el baremo del decreto n° 659/1996, el porcentaje de incapacidad que corresponde a dicha dolencia es 20%. Este porcentaje ha sido otorgado por la comisión médica, quién adicionó como factores de ponderación: 10% por tipo de actividad; 0% por recalificación laboral y 0,50% por edad (fs. 4 vta.), arribando, entonces, a un porcentaje de incapacidad total del 22,50%.

La perito psicóloga, partiendo de un porcentaje de incapacidad del 20%, asigna un 4% para tipo de actividad, un 2% a recalificación laboral, y un 1% al factor edad.

Si sumamos los factores de ponderación al porcentaje de incapacidad por la dolencia psiquiátrica se advierte que existe un error en la operación realizada por la experta, ya que ella ha sumado directamente cada valor del factor de ponderación cuando ello no es el proceder correcto. En efecto, los factores de ponderación recalificación laboral y dificultades para la realización de la tarea habitual se computan como porcentajes sobre la incapacidad psíquica; por lo que el 4% para tipo de actividad es sobre el 20%, representando en realidad, para la sumatoria, el 0,8%. Igual sucede con el factor recalificación laboral, donde el 2% es sobre el 20%, representando para la sumatoria el 0,4%.

Luego, si sumamos al 20% de incapacidad conforme baremo, 0,8% por tipo de actividad, el 0,4% por recalificación laboral y el 1% por edad –este factor si suma directamente-, se arriba a un incapacidad total del 22,20% (y no 27% como indica la pericia psicológica), valor que es inferior al fijado oportunamente por la comisión médica y reparado por la demandada.

De ello se sigue que, en la faz psiquiátrica, no existe la mayor incapacidad reclamada por la parte actora.

No obstante lo dicho, también asiste razón al a quo en orden a que las causas de la afección psíquica del actor que indica la perito son consecuencia de la enfermedad inculpable y su tratamiento, y no del accidente de trabajo.

Adviértase que la perito hace hincapié en la disminución de la capacidad auditiva y visual del actor, como factores que lo llevan la aislamiento y afectan su autoestima, provocando una autodevaluación del sujeto; cuando las afectaciones de las capacidades visuales y auditivas del accionante son consecuencia del tumor y/o de su extirpación.

De lo dicho se sigue que ha de confirmarse el decisorio de grado en cuanto dispone el rechazo de la demanda.

V.- Respecto de la ampliación de fundamentos de la expresión de agravios formulada por la parte actora, no encuentro que existan elementos en autos que permitan un apartamiento del principio objetivo de la derrota, que es la regla en materia de imposición de las costas del proceso.

Es cierto que la ley 921 a la par que fija el principio objetivo de la derrota como pauta a seguir a efectos de decidir la condena en costas, deja un margen al juez para que pueda efectuar una distribución entre las partes o incluso eximir de costas al vencido. Pero estos supuestos son de carácter excepcional, y deben ser apreciados conforme las constancias de cada causa.

El apelante invoca la razón fundada para litigar, siendo pertinente recordar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha dicho que la expresión razón fundada para litigar contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigo (Sala E, 22/3/2011, “Dos Santos c/ La Estrella S.A. Cía. de Seguros de Retiro”, LL AR/JUR/6428/2011).

Con directa referencia al procedimiento laboral, Mario C. Perrachione afirma que las causa que justifican la eximición en costas o su imposición en el orden causado, aluden a la existencia de razón fundada para litigar y pueden ser clasificadas en: a) cuestiones

jurídicas complejas: resultante de la inexistencia de precedentes judiciales sobre la materia, de la existencia de fallos contradictorios, de la novedad del caso, o de dificultades interpretativas, de la circunstancia de que aquél no se encuentra explícitamente resuelto por la ley o de otras contingencias similares; b) cuestiones fácticas complejas: son aquellas consistentes en dificultades probatorias graves, generadoras de dudas sobre la solución del caso o susceptibles de inducir a error a los litigantes; c) conducta temeraria: en el caso en que las conductas evidencian en el pleito una notoria temeridad que impone la condena al pago de las costas del proceso (cfr. aut. cit., "Las costas en el proceso laboral (ley 7987)", LL AR/DOC/4140/2001).

En autos "Leoman S.R.L. c/ Banco Prov. del Neuquén S.A." (expte. n° 451.381/2011, P.S. 2016-I, n° 17) adherí al voto del Dr. Gigena Basombrio en cuanto sostuvo que las razones para creerse con derecho a litigar deben resultar de carácter objetivo y no ser meramente subjetivas pues –en principio- es de toda lógica que quién se presenta a un litigo lo hace –la más de las veces- con el convencimiento de encontrarse con razón para ello y que en muchas ocasiones el resultado del pleito no refleja una irrazonabilidad del planteo.

Partiendo de los conceptos antedichos, en autos el litigo ha sido promovido en base a creencias subjetivas del actor respecto a la razonabilidad de su pretensión, no advirtiéndose que la cuestión litigiosa implique complejidad jurídica o fáctica.

De lo dicho se sigue que ha de rechazarse el presente agravio de la accionante, manteniéndose la condena en costas dispuesta en la sentencia de grado.

VI.- Conforme lo hasta aquí manifestado, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio de grado.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios 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 primera instancia (art. 15, ley 1.594).

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar el la sentencia obrante a fs. 341/348.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).-

III.- Regular los honorarios 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 primera instancia (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente 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

**"DOMINGUEZ ANA MALEN C/ CASINO MAGIC S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470745/2012) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. CONDUCTA DISCRIMINATORIA. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES. POTESTAD DICIPLINARIA.

1.- Corresponde que el actor pruebe que existieron hechos que lleven a considerar que existió una conducta discriminatoria.

2.- Sin entrar a considerar que el solo despido sin causa luego de un accidente de trabajo constituye un acto discriminatorio, dado que ello no fue alegado por el accionado, de conformidad con la prueba producida y analizada la misma, en modo alguno puede sostenerse que existiera una decisión discriminatoria por parte de la empleadora.

3.- Cuando se trata de un despido sin causa y ante la afirmación que se está en presencia de una discriminación, corresponde por la carga probatoria que la jurisprudencia ha señalado y a la que el propio accionante hace referencia, que la empleadora prueba que en realidad la ruptura se debió a causas que nada tienen que ver con el hecho o conducta que se le imputa. En tal sentido, la afirmación que se realiza por parte del quejoso de que se varió la causa del despido resulta manifiestamente improcedente, toda vez que lo que el accionado debe acreditar son las razones en base a las cuales decidiera el despido sin causa y que no guardan relación con el hecho que se entiende como discriminatorio.

4.- Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechazó la demanda, pues el despido sin causa decidido por la empleadora no resultó discriminatorio, toda vez que no se sustentó en el accidente que alega haber sufrido la trabajadora, sino en hechos anteriores al mismo y que se encuentran debidamente acreditados, siendo que la decisión de despedir sin invocación de causa es una facultad que tiene el empleador, pero ello no importa la inexistencia de razones para la toma de la decisión pudiendo haber estimado que ella era la decisión mas conveniente por las razones que fueran.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “DOMINGUEZ ANA MALEN C/ CASINO MAGIC S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES”, (JNQLA5 EXP Nº 470745/2012), 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. 271/277 rechaza la demanda deducida, con costas.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 285/294 y cuyo traslado es respondido a fs. 297/305.

II.- El primer agravio consiste en sostener que se ha cometido un grosero error al desestimarse la demanda.

En tal sentido, señala que la jueza ha variado la causa del despido pese a que el mismo fue sin causa alegando un supuesto bajo rendimiento de la trabajadora y omitiendo considerar que el despido se debió al accidente de trabajo que padeciera en el mes de enero del 2.012.

El segundo agravio consiste en cuestionar la valoración de la prueba que se realiza en la sentencia.

En efecto y con respecto a la prueba documental, destaca que la jueza tuvo en cuenta los llamados de atención que recibiera sin considerar los descargos que manifestara en ellos.

En cuanto a la prueba informática, subraya que de fs. 241 surge que el correo es posterior al accidente y que del mismo se advierte la relación entre el despido y el accidente.

Apunta que de los correos del 26 y 28 de enero no surge que se decidiera el despido, reiterando que no se tuvo en cuenta el correo del 24 de marzo.

Con relación a lo informado por la Unión de trabajadores hoteleros, indica que no tenía obligación alguna de denunciar la discriminación.

Entiende además que lo informado por la ART tampoco resulta relevante, ya que no se explica lo antojadizo del período de tiempo solicitado en el informe.

Alude, luego, a la pericial contable en cuanto informa que existieron despidos sin causa dentro de los treinta días siguientes al alta médica.

El tercer agravio se refiere a que no se razonadamente la totalidad de la prueba que acredita el despido discriminatorio, citando un precedente de la Sala.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, considero pertinente señalar el marco jurídico en base al cual debe analizarse el tema.

Así y tal como señalé en el precedente Nº 417952/2010 del 23 de abril de 2015:

"Al respecto, cabe señalar que tratándose de un despido encuadrado normativamente en la ley 23.551 y 23.592, la cuestión de la carga probatoria adopta un matiz diferenciado y en ocasión de analizar un caso de aristas similares, aludiendo a la doctrina de la Corte Suprema, señalaba: "…corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 —2009—, y otros). Corpus éste que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto."

"En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional…"

"…cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo "cabalmente". Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado "prima facie" que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente..."

"7º) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo … En tal sentido, advirtió que "[u]no de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido" (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, "es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" …. Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, "la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo" (ídem, citas omitidas). Dicha Comisión, en suma, consideró que la cuestión de la carga de la prueba tiene una "importancia fundamental en toda discriminación alegada", dado que, con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes [...] porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios [...]" (párr. 225), para concluir en que, de todo ello, "se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación [...]" (ídem).

"9º) Que otro de los terrenos aludidos en el comienzo del considerando anterior, es el jurisprudencial comparado, en el cual ocupa una plaza relevante la prolífica y añosa labor del Tribunal Constitucional de España, … ese tribunal tiene juzgado que "cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales [...] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del

derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada" (STC 17/2007, sentencia del 12 de febrero de 2007, fundamento jurídico 3 y sus numerosas citas)."

"…a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica..."

"Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado." (C.S.J. N.- P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal • 15/11/2011)

"En tal sentido y por aplicación de la doctrina de la Corte, el actor debía probar que los hechos que lo llevaron a considerarse despedido se inscriben "prima facie" en un acto que puede calificarse como discriminatorio." ("P.C.A. contra P.E. S.A s/ Despido x otras causales", 19/12/2013-Sala II)."

En similar postura, la Sala I ha indicado en los autos 474020/2013 del 22 de marzo de 2016 que:

"Cabe agregar que esta Alzada ha sostenido que: "Tampoco resultan procedentes los reparos relativos a la falta de acreditación fehaciente de la conducta discriminatoria."

"No debe olvidarse que en casos como el presente, en que se invoca la violación de garantías de orden constitucional como la no discriminación, el derecho a la igualdad de trato y a no sufrir persecuciones o represalias en el ámbito laboral, las pruebas producidas deben ser analizadas desde la perspectiva señalada por la Suprema Corte en la causa "Pellicori", reiterada en fecha reciente en autos "S.M.G"."

"En el primer precedente, el Máximo Tribunal determinó que frente a la dificultad probatoria originada en dichos supuestos "...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación". Luego, continúa "...la doctrina del Tribunal, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado." (C.S.J.N., "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos 334:1387)."

"Esta tesitura es la que inspiró lo decidido recientemente en la causa "S.M.G.", al señalar: "Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y "la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°)."

"Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con "la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" (conf. considerando 11)."

"En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia" (CSJN, "S., M. G. y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo", 20/05/2014, L.L. 10/06/2014, 7 P.q.-S, ED 01/07/2014, 4, Sup. Const. 2014, 85, AR/JUR/15946/2014)."

"Luego, toda vez que la valoración de la prueba rendida se llevó a cabo respetando el estándar probatorio elaborado por la Corte Suprema, entiendo que corresponde confirmar el fallo de grado: los hechos probados configuran indicios suficientes, precisos y concordantes que logran persuadir acerca de que el despido dispuesto por la demandada constituyó una represalia y un acto discriminatorio, precisamente por la actividad gremial llevada a cabo por el actor", ("LOBO SILVIO C/ CENCOSUD S.A. S/ SUMARISIMO" EXP Nº 448957/2011).

En este sentido también se expresó que: "Corresponde confirmar la sentencia que concluyó que el despido del trabajador supuso un acto de discriminación que debe ser calificado como arbitrario, pues no se ha demostrado que la patronal haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, lo cual evidencia que no existieron razones para motivar la ruptura contractual (del voto del doctor Genoud)" (SCBA, Villalba, Franco Rodrigo c. The Value Brands Company de Argentina, 22/12/2010, DT 2011 (marzo), 556)."

"...ninguna otra explicación cabe que no sea la estrechísima relación que existe entre el activismo gremial del actor con la decisión del despido formulada por la demandada, tanto más cuando como ya lo señalara, respecto a la orfandad probatoria habida en torno a la acreditación de la justa causa invocada" (Sala II, en autos "F. NORMAN ALBERTO CONTRA A.J. S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", Exp. Nº 427466/2010).

Tal como se desprende de lo expuesto en los párrafos que anteceden, corresponde que el actor pruebe que existieron hechos que lleven a considerar que existió una conducta discriminatoria.

En tal sentido, la parte reclamante sostiene que existió un hecho discriminatorio por parte de la empleadora que consistió en que fue despedida luego de haber sufrido un accidente de trabajo y que la ruptura del contrato laboral se produjo una vez que le dieran el alta y se reintegrara a sus labores con indicación de que debía realizar tareas livianas y la utilización de zapatos ortopédicos.

Respecto de esta última afirmación, se destaca que en la causa no se ha demostrado dicha incapacidad dado que al respecto no se produjo prueba alguna, ya que se lo tuvo por desistido de la prueba pertinente al no haber instado la remisión del expediente por accidente de trabajo que afirmara haber deducido (ver fs. 255).

Entonces, la alegada discriminación se sustenta exclusivamente en la contemporaneidad del despido sin causa con la vuelta al trabajo luego del accidente laboral, reitero, sin que se haya demostrado la existencia de incapacidad y la realización de tareas livianas.

Ahora bien, frente a dicho argumento la demandada sostuvo que la decisión del despido fue tomada con anterioridad al accidente, conforme los motivos que esgrime.

Sin entrar a considerar que el solo despido sin causa luego de un accidente de trabajo constituye un acto discriminatorio, dado que ello no fue alegado por el accionado, entiendo que de conformidad con la prueba producida y analizada la misma dentro del marco jurídico a que se aludiera al comienzo de la presente decisión, en modo alguno puede sostenerse que existiera una decisión discriminatoria por parte de la empleadora.

En primer lugar cabe aclarar que es cierto que el despido fue sin causa, aspecto este que la accionada en ningún momento cuestiona.

Pero dado el marco en que la actora enfocó el tema del despido y conforme se señalara, cuando se trata de un despido sin causa y ante la afirmación que se está en presencia de una discriminación, corresponde por la carga probatoria que la jurisprudencia ha señalado y a la que el propio accionante hace referencia, que la empleadora prueba que en realidad la ruptura se debió a causas que nada tienen que ver con el hecho o conducta que se le imputa.

En tal sentido, la afirmación que se realiza por parte del quejoso de que se varió la causa del despido resulta manifiestamente improcedente, toda vez que lo que el accionado debe acreditar son las razones en base a las cuales decidiera el despido sin causa y que no guardan relación con el hecho que se entiende como discriminatorio.

Esto es, de ninguna manera puede hablarse de variación de la causa desde el momento en que el despido fue sin causa, sino que lo que se trata en función de la carga probatoria que se le impone es de demostrar cuales fueron las razones que lo llevaron a proceder a la ruptura de la relación laboral.

En esa senda, lo primero que se advierte es que no existe una política o una conducta por parte de la empresa de despedir a los trabajadores accidentados, ya que como bien se indica en la sentencia y resulta de la prueba producida a fs. 153/162 y la pericial contable de fs. 216 y fs. 235, de un total de 81 accidente durante el lapso que laboró la actora solamente dos trabajadores fueron despedidos sin causa, siendo uno de ellos la actora.

En cuanto al período considerado el mismo resulta razonable y no antojadizo como se afirma sin sustento en la pieza recursiva, dado que se toma en cuenta el período laborado por la actora sin entrar a considerar la existencia de distintos empleadores, y en todo caso, la actora debió indicar cual era el período que se debía tener en cuenta.

A ello, se suma que la demandada también demostró que la decisión del despido fue anterior al accidente conforme resulta de los correos electrónicos del 26 y 28 de enero del 2.012 anteriores al accidente a lo que se suman las declaraciones testimoniales de Nantón, Giménez y Carrera, coincidentes acerca del bajo rendimiento de la actora.

Cierto es que existe un correo posterior al hecho, a fs. 241, pero la decisión del despido es anterior al mismo conforme resulta de los correros antes aludidos y que obran a fs. 241/242.

Los mismos, además, tienen sustento en las sanciones que se le aplicaron a la trabajadora conforme se ha demostrado en la documental esgrimida por la accionada al responder la demanda, y si bien es cierto que brindó explicaciones acerca de los hechos que las ocasionaron, no por ello evitó las sanciones las que no fueron cuestionadas en debida forma con posterioridad a haberse aplicados, de manera tal que aludir al descargo previo, resulta irrelevante a los efectos de la existencia de un supuesto despido discriminatorio.

Por consiguiente, considero que el despido sin causa decidido por la empleadora no se sustentó en el accidente sino en hechos anteriores al mismo y que se encuentran debidamente acreditados, habiéndose demostrado la inexistencia de una conducta discriminatoria por parte de la empleadora en relación a los trabajadores accidentados.

Destaco que la decisión de despedir sin invocación de causa es una facultad que tiene el empleador, pero que ello no importa la inexistencia de razones para la toma de la decisión pudiendo haber estimado que ella era la decisión mas conveniente por las razones que fueran.

Pero ello, en modo alguno, permite suponer que el despido sin causa en el caso resultó discriminatorio.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada, con costas a la actora vencida, debiendo regularse los honorarios en base a lo dispuesto por el 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.- Confirmar la sentencia de fs. 271/277.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 68, CPCyC).

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

**"ZUÑIGA CARLOS ALBERTO C/ SAPIENZA VICENTE Y OTRO S/ ACCION DE NULIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 379099/2008) – Sentencia: 116/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO CIVIL: Contratos.

COMPRAVENTA INMOBILIARIA. LIMITES DEL DOMINIO. ACCION DE NULIDAD. DAÑOS Y PERJUICIOS. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

Debe ser confirmada la suma reconocida por resarcimiento del daño moral -$ 30.000,00 – toda vez que resulta adecuada a los padecimientos morales que presumiblemente puede haber sufrido el demandante. En efecto, en autos se trata de un daño derivado exclusivamente de la privación del derecho de contar con la titularidad registral del dominio sobre los tres lotes adquiridos oportunamente por el actor. El actor siempre estuvo en posesión de los lotes referidos, y cuando se lo perturbó parcialmente en el goce de esa posesión, logró repeler aquella perturbación mediante la interposición de un interdicto, con resultado favorable a su pretensión. Por otra parte, si bien ha tenido que afrontar un proceso judicial para lograr la nulidad de la escritura traslativa de dominio suscripta a favor del demandado, no paso por alto que parte de esta situación es responsabilidad del mismo actor toda vez que habiendo celebrado la compraventa de los terrenos con fecha 24 de octubre de 1976 (…), fue recién en el año 2008 que se preocupó por obtener la escritura traslativa de dominio, o sea más de 30 años después de haber adquirido, vía boleto de compraventa, la propiedad de los terrenos. Más allá de la reprochable conducta del demandado, el actor con su obrar poco diligente facilitó la perpetración de la maniobra ilícita.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ZUÑIGA CARLOS ALBERTO C/ SAPIENZA VICENTE Y OTRO S/ ACCION DE NULIDAD”, (JNQCI3 EXP Nº 379099/2008), 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 y el codemandado Vicente Sapienza interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 587/598 vta., que hace lugar a la demanda declarando la inexistencia de la operación de compra realizada por Estela Baeza al titular registral Pascual y José Rosa S.R.L., y posterior venta efectuada por la primera a favor de Vicente Sapienza, respecto de los inmuebles que identifica, ordenando se deje sin efecto la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble; y condenando al demandado Sapienza a abonar al actor la suma de $ 30.000,00 con más sus intereses, con costas al demandado Sapienza; y rechaza la demanda respecto de Laila Herminia del Carmen Siman y de Pascual y José Rosa S.R.L., imponiendo las costas en el orden causado.

A) La parte actora se agravia por cuanto, si bien la sentencia de grado acoge favorablemente su pretensión de reparar el daño moral, lo hace de modo insuficiente, al prosperar el reclamo solamente por la mitad de lo reclamado.

Califica como simbólica la reparación determinada por el a quo, ya que no atiende los padecimientos espirituales del actor soportados durante más de ocho años de proceso.

Destaca la gravedad de la conducta del demandado Sapienza.

B) El demandado Sapienza desiste del recurso planteado a fs. 611, lo que así se provee a fs. 612.

C) A fs. 613/vta., el demandado Sapienza contesta el traslado de la expresión de agravios.

Entiende que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, solicitando se declare desierto el recurso.

Subsidiariamente rebate el agravio formulado.

Dice que introducir en la causa generadora del daño, el tiempo que insumió el proceso judicial, resulta ajeno al objeto de la litis.

Sigue diciendo que también es improcedente pretender que con el daño moral se sancionen conductas indebidas del litigante en el proceso.

II.- En primer lugar, cabe señalar que el recurso de la actora reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, ya que de la lectura del memorial surge cuál es la decisión del a quo que se cuestiona y por qué.

Por ende, no es procedente la declaración de deserción de la queja.

III.- La única cuestión que debe resolver la Alzada es la cuantía de la indemnización del daño moral.

Esta Sala II ha dicho, con cita de Ramón Pizarro, que "…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… (ob. citada 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" (cfr. autos "Figueroa, Susana c/ Beniz, Hugo", P.S. 2011-V, n° 195).

En autos se trata de un daño derivado exclusivamente de la privación del derecho de contar con la titularidad registral del dominio sobre los tres lotes adquiridos oportunamente por el actor.

El actor siempre estuvo en posesión de los lotes referidos, y cuando se lo perturbó parcialmente en el goce de esa posesión, logró repeler aquella perturbación mediante la interposición de un interdicto, con resultado favorable a su pretensión.

Por otra parte, si bien ha tenido que afrontar un proceso judicial para lograr la nulidad de la escritura traslativa de dominio suscripta a favor del demandado Sapienza, no paso por alto que parte de esta situación es responsabilidad del mismo actor toda vez que habiendo celebrado la compraventa de los terrenos con fecha 24 de octubre de 1976 (fs. 1), fue recién en el año 2008 que se preocupó por obtener la escritura traslativa de dominio, o sea más de 30 años después de haber adquirido, vía boleto de compraventa, la propiedad de los terrenos.

Más allá de la reprochable conducta del demandado Sapienza, el actor con su obrar poco diligente facilitó la perpetración de la maniobra ilícita.

Conforme lo dicho es que entiendo que la suma determinada por el a quo en su sentencia resulta adecuada a los padecimientos morales que presumiblemente puede haber sufrido el demandante.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada en las sumas de $ 1.500,00 para el Dr. ..., patrocinante del demandado, y $ 1.050,00 para el Dr. ..., patrocinante de la parte actora, de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594 y considerando como base regulatoria el importe de la condena por daño moral, por ser la única cuestión debatida en segunda instancia.

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. 587/598 vta..-

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).-

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada en las sumas de $ 1.500,00 para el Dr. ..., patrocinante del demandado, y $ 1.050,00 para el Dr. ... patrocinante de la parte actora, de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594 y considerando como base regulatoria el importe de la condena por daño moral, por ser la única cuestión debatida en segunda instancia.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

**"BERHAU ALFREDO DANIEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 509420/2017) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO PROCESAL: Acción de amparo.

EMPLEADO PUBLICO. DOCENTE. CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION. EMBARGO DE HABERES. ORDEN JUDICIAL. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO. EXISTENCIA DE OTRAS VIAS.

Cabe revocar la sentenica de grado que hace lugar a la acción de amparo iniciado por un docente contra el Consejo Provincial de Educación ante la orden de embargo sobre su salario dispueta por el juez titular del juzgado de juicios ejecutivos, pues se advierte que el accionar del CPE no resulta arbitrario o ilegal en forma manifiesta, toda vez que se limitó a cumplir una orden judicial. Si el amparista consideraba que dicha disposición judicial era ilegal debió plantear la cuestión ante el juez que ordenó la medida cautelar y no promover un amparo, con el desgaste innecesario que ello ocasiona. A lo expuesto, se agrega que existe una vía judicial mucho más expeditiva y que consiste en presentarse ante el juez que ordenó el embargo para hacer el planteo que formula indebidamente ante quien debía cumplir la orden judicial y que no se encontraba en condiciones de negarse a hacerlo.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de Mayo de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BERHAU ALFREDO DANIEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO”, (JNQLA5 EXP Nº 509420/2017), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 37/42 hace lugar al amparo deducido, con costas.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 46/50 y cuyo traslado es respondido a fs. 54.

Sostiene el quejoso que la protección del salario de los empleados públicos provinciales no es competencia delegada y que la ley de contrato de trabajo excluye de su competencia a los estamentos del Estado.

Señala que en relación a la inobservancia de la resolución 200/1995 es insostenible, ya que ello no surge del oficio de embargo que se le remitiera.

Destaca que la jueza no ha considerado que ante la omisión de la orden judicial del porcentaje a detraer el mismo surge de la resolución 200/95.

Destaca que el proceder que siguiera se debió al cumplimiento de una orden judicial por lo que no hay un obrar administrativo arbitrario, razón por la cual es claro que el amparista debió acudir por ante la instancia judicial que ordenara el embargo que el CPE se limitó a cumplir y es por ello que la acción ha sido erróneamente admitida.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, concluyo que asiste razón al quejoso en lo que se refiere a la improcedencia de la vía elegida.

Entiendo pertinente reiterar la postura de la Cámara con respecto a la vía elegida por el actor.

Así, hemos dicho en la causa Nº 3362/12, entre otras, que:

“En primer lugar conviene tener presente que la Cámara, en su actual composición, ha sentado pautas estrictas en orden a su procedencia y que han tendido a unificar, dentro de la diversidad de posiciones, la jurisprudencia que antes se sostenía, especialmente por la existencia de una postura amplia por algunos de sus anteriores integrantes y que ha sido dejada de lado hoy

por hoy."

Así tanto en los precedentes "Manzo", "Peña" y "Ulloa" entre otros recientes y a cuyos fundamentos in extenso me remito, hemos dicho:

"Tal como esta Sala lo ha señalado últimamente, ver al respecto por ejemplo autos "Falappa c/ Municipalidad del Neuquén s/amparo" y por cuanto entiendo que es aplicable al supuesto en análisis reiteraré lo allí expresado:

"En primer lugar y si bien en numerosas ocasiones he acordado con mis colegas acerca del criterio de amplitud con que cabe merituar la admisibilidad del amparo, debo señalar que la multiplicidad de reclamos intentados por esta vía me lleva a revisar dicha postura, pues entiendo que, en no pocos casos, ello ha generado, en los justiciables y operadores jurídicos –letrados y jueces de Primera Instancia– la idea de que es la única vía adecuada para acceder a la justicia".

"El presente caso, patentiza, a mi juicio, un claro ejemplo de ello, a lo cual se debe sumar la existencia de múltiples antecedentes en los cuales efectivamente se han emitido decisiones y que no hacen mas que confirmar la construcción de un discurso que, cada vez con mas fuerza se va instalando en la sociedad acerca del papel que ha protagonizado el Poder Judicial en el control de la actividad del resto de los Poderes y los particulares".

"Así, y si bien esta es una actividad que en numerosas ocasiones compete al Poder Judicial, es preciso efectuarla con sumo criterio y mesura a fin de no desnaturalizar las tareas de cada uno de los poderes del Estado, en el esquema republicano que consagra nuestra Carta Magna".

"El crecimiento de los planteos por esta vía, si bien es cierto que puede reconocer su origen en varias causas, nos pone a los jueces frente al desafío de afinar el criterio que permita mantener el amparo en su lugar de garantía y no desnaturalice al Poder Judicial, transformándolo en legislador o gobernante en desmedro de su función constitucional o lo que es peor, en el único ámbito donde deben solucionarse todo tipo de cuestiones extrajurídicas, sociales, etc., olvidando que tanto la justicia como los jueces tienen límites (al respecto me permito sugerir la lectura del artículo "los límites de la justicia" de Adolfo Rocha Campos ya que mas allá de que no se compartan algunas cuestiones entiendo resulta útil como punto de partida para una reflexión sobre el tema)".

"Agrego ahora, para no ser mal interpretado, que no se trata de una cuestión de aplicación de una supuesta errónea doctrina judicial, ya que en realidad es un análisis de la cuestión que la Cámara nunca dejó de advertir y que si bien permite sostener que existe amplitud de criterio para admitir la vía intentada ello no puede ir en desmedro de los presupuestos constitucionales y las pautas sentadas por nuestro Alto Tribunal en distintos precedentes y que inclusive, en algunos supuestos, revocó los pronunciamientos de la Cámara e inclusive de las diferencias que al respecto exhiben los integrantes de los dos Salas y entre sí y como pauta de ello basta remitirse a los distintos amparos deducidos contra la aquí demandada y en los que puede advertirse una distinta y legítima postura de los Vocales (al respecto resulta interesante sobre el tema la lectura del artículo de la Dra. María Sofía Sagues, "Un Poder Judicial involucrado en la realidad económica y social. Pautas preliminares sobre la incorporación del análisis económico del derecho y del estudio científico del dato social en el discurso jurisdiccional constitucional)".

"No se trata, entonces, de una cuestión de cantidad de causas y mucho menos del momento histórico en que se deduce el amparo. Se trata de examinar permanentemente y en cada caso concreto si se dan las pautas constitucionales y la jurisprudencia y doctrina sobre el punto, para ver si la cuestión justifica la vía elegida ya que de lo contrario y mas allá de que la cuestión excede el ámbito de la vía elegida, se perjudica no solo la propia demandante sino también el resto de los justiciables, ya que es evidente que a mayor cantidad de causas de una determinada naturaleza se produce una demora en las restantes que siguen la vía ordinaria, ya que el tiempo es siempre el mismo y por lo tanto se priorizan unas a veces (reitero a veces) en detrimento de otras y me remito al artículo citado precedentemente".

"Justamente por cuanto se trata de garantizar el acceso a la justicia de todos, cada uno deberá ser responsable de la vía elegida, ya que no es función del juez, que cumple funciones de garantía, modificar la acción, toda vez que ello viola el principio de congruencia de índole constitucional con la consecuente pérdida de su imparcialidad (ver al respecto Alvarado Velloso, Curso de Derecho Procesal)".

"Por supuesto que en esta materia, como en la mayoría de las cuestiones jurídicas, la solución que propongo es opinable, pero ello en modo alguno justifica que ante la falta de coincidencia, se propicie el agravio personal sino la legítima discrepancia jurídica y con el debido respeto para todos, partes, letrados y jueces".

Y recientemente dicha cuestión también fue abordada por la integrante de la Sala I, Dra. Cecilia Pamphile, en un voto en la causa nº 460989/11, cuyas líneas generales comparto sostuvo:

"1) En primer lugar, porque no puede "confundirse un contencioso de ilegitimidad de actos administrativos, con un contencioso de inconstitucionalidad. 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 (bídem, 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. Sirva como concreto ejemplo la decisión recaída mediante R.I. 152/10, dictada por la Sala Procesal Administrativa del TSJ, en autos "Zarzur", en la que el requirente obtuvo como medida cautelar innovativa la restitución de las sumas descontadas, tutela a la que accedió en un plazo más breve que el requerido en esta causa (la presentación inicial data del 05/3/10 y la tutela fue acordada con fecha 30/4/2010)".

"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; pero entiéndase bien lo que intento señalar: no pretendo con esto decir que la protección constitucional y urgente debe ser retaceada, sino que, la vía del amparo debe reservarse para las situaciones graves y urgentes que no admiten dilación".

Pues bien, en el caso de autos y tal como lo puntualiza el apelante y resulta de las constancias de la causa, el agravio que esgrime el actor deriva de una orden de embargo dispuesta por el juez titular del juzgado de juicios ejecutivos número 3, según se desprende de la documental de fs. 19.

Dicha orden judicial, que no podía ser desconocida por el empleador, dispuso el embargo sobre el salario del trabajador sin especificar que debía respetarse un porcentaje o no.

En tales condiciones, se advierte que el accionar del CPE no resulta arbitrario o ilegal en forma manifiesta, toda vez que se limitó a cumplir una orden judicial.

Si el amparista consideraba que dicha disposición judicial era ilegal debió plantear la cuestión ante el juez que ordenó la medida cautelar y no promover un amparo, con el desgaste innecesario que ello ocasiona según lo hemos señalado mas arriba.

A lo expuesto, se agrega que existe una vía judicial mucho más expeditiva y que consiste en presentarse ante el juez que ordenó el embargo para hacer el planteo que formula indebidamente ante quien debía cumplir la orden judicial y que no se encontraba en condiciones de negarse a hacerlo.

En defintiva, no se advierte ilegalidad o arbitrariedad manifiesta por parte del CPE dado que su accionar obedeció a una orden judicial, y por otra parte, existe una vía judicial más idónea para reparar el agravio que dice haber sufrido el actor y que consiste en efectuar el planteo pertinente ante la autoridad judicial que dispuso el embargo.

III.- Por las razones expuestas, se propone revocar en todas sus partes la sentencia de fs.37/42 por ser manifiestamente improcedente la vía elegida, con costas de ambas instancias a la actora perdidosa.

Los honorarios serán dejados sin efecto debiéndose proceder a una nueva determinación conforme las pautas arancelarias y aplicando el mínimo legal allí dispuesto.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Adhiero al voto del señor Vocal preopinante y agrego que, en autos el amparista se queja porque el Consejo Provincial de Educación –su empleador-, en cumplimiento de una orden judicial de embargo, retuvo el 20% de sus haberes netos, sin considerar el límite vinculado al salario mínimo, vital y móvil que determina el decreto n° 484/1987.

Cabe señalar que la norma legal citada es reglamentaria de la Ley de Contrato de Trabajo y dispone, en lo que aquí interesa, que las remuneraciones devengadas por los trabajadores en cada período mensual, así como cada cuota del sueldo anual complementario son inembargables hasta una suma equivalente al importe mensual del salario mínimo, vital y móvil; en tanto que las remuneraciones superiores a ese importe, si no superan el doble son embargables en un 10% del importe que excediere este último, y las que excedieren del doble del salario mínimo, vital y móvil, son embargables en un 20%.

En el caso concreto, el oficio mediante el cual se comunica la orden de embargo no indica los límites a aplicar (fs. 19), no obstante que se dirige a la empleadora, que se trata de haberes y que la primera providencia del proceso ejecutivo dentro del cual se dispuso el embargo en cuestión expresamente señaló que para el supuesto de embargo de haberes, correspondía hacerlo en la proporción de ley, con expresa mención del decreto n° 484/1987.

Si bien existe, entonces, un incumplimiento funcional de la secretaria que ha suscripto el oficio sin advertir que el mismo no había sido confeccionado conforme la orden judicial pertinente, no puede achacarse esta omisión a la aquí demandada.

Ante la falta de indicación de los porcentajes del embargo, el Consejo Provincial de Educación aplicó la Resolución n° 200/1995, emitida por el Secretario General de la Gobernación, que dispone que para supuestos como el que aquí se analiza se debe descontar el 20% del sueldo bruto (art. 4°).

Coincido con el señor Vocal que ha emitido su voto en primer lugar en que, en este aspecto no puede considerase que el acto atacado sea manifiestamente arbitrario e ilegal ya que la demandada adecuó su conducta a la norma legal vigente y a la orden judicial, conforme le fue comunicada.

II.- Sin embargo, y más allá que nos encontramos en el ámbito del empleo público, no puede pasarse por alto la protección especial que tiene la remuneración de todo trabajador, se trate de empleo privado o público.

Esto ha sido así resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia.

En efecto, en autos “Gaitán c/ Montesinos” (R.I. n° 252/2015 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias) y “Gaitán c/ Rivero” (R.I. n° 253/2015 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias) dijo el Alto Cuerpo: “ante la ausencia de reglamentación cabe atender a los derechos que la Constitución Nacional reconoce en los arts. 14, 14 bis, 17 y 19. Así, dijo la Corte Suprema en referencia al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, “… el art. 14 bis comprende al trabajo en todas sus formas, lo cual entraña tanto al que se desarrolla dentro del campo de la actividad privada como la pública” (consid.4° parr.2° fallo Madorrán)”. 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) (confr. Acuerdo 12/11, autos “Tamborindegui”, voto mayoritario).

“Esta protección también se encuentra consagrada en la Constitución Provincial, que a más de los derechos reconocidos en los arts. 21 y 37, en el art. 38 establece que la Provincia asegurará al trabajador el salario vital mínimo móvil.

“En este contexto, a la luz entonces de este principio protectorio establecido en la Constitución Provincial, y ante la ausencia de reglamentación de la ley 1131, se advierte que el Decreto Nacional 484/87 brinda una razonable solución a efectos de asegurar el salario vital mínimo móvil, en acogimiento de la manda constitucional.

“Repárese que el Decreto Nacional 484/87 tutela los niveles de subsistencia de los trabajadores, estableciendo el artículo 1 que “las remuneraciones devengadas por los trabajadores en cada período mensual, así como cada cuota del sueldo anual complementario son inembargables hasta una suma equivalente al importe mensual del SALARIO MINIMO VITAL fijado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 116 y siguientes del Régimen de Contrato de Trabajo (L.C.T.-T.O. por Decreto Nro. 390/76) y luego fija las proporciones en las que podrán ser embargables las remuneraciones superiores al salario mínimo vital y móvil: 1) remuneraciones no superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el 10% del importe que excediere de este último; 2) retribuciones superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el 20%.

“…Por consiguiente, aun cuando el decreto referenciado no resulte aplicable al supuesto de autos -conforme exclusión del artículo 2 de la ley 20744- lo cierto es que la similitud de las situaciones señaladas y de “ratio legis” -finalidad protectoria que su texto consagra- lleva a justificar que, en este caso, la situación en punto a la porción embargable sobre los haberes de retiro del ejecutado sea observada de la misma manera.

“Se logra de este modo conciliar los intereses de los ejecutantes en relación con su crédito y la protección del ingreso del ejecutado en pos de satisfacer sus necesidades y las de su familia.

"En definitiva, por todo lo expuesto, en oportunidad de hacerse efectivo el embargo mediante las retenciones correspondientes deberá considerarse entonces el tope de inembargabilidad fijado por el Decreto 484/87".

Ahora bien, más allá de que la demandada debe aplicar el decreto n° 484/1987, conforme lo ha señalado la a quo, las especiales características de la concreta situación de autos, me llevan a compartir lo concluido por el Dr. Gigena Basombrio en orden a que no es la vía del amparo la indicada para satisfacer la pretensión del amparista, como así también que no se encuentra configurada en autos una conducta manifiestamente arbitraria ni ilegal.

En realidad el actor supera con su remuneración total el doble del salario mínimo, vital y móvil vigente para los meses de noviembre y diciembre de 2016, que era de $ 7.560,00 (Resolución n° 2/2016 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), ya que para noviembre de 2016 su remuneración total bruta fue de $ 27.657,05 y para diciembre de 2016, de $ 27.185,51. En consecuencia el embargo debía hacerse en la proporción del 20% conforme lo ha hecho la demandada.

Entiendo que por la forma de liquidar los haberes por la demandada (por cada cargo docente y no por la totalidad de éstos) puede existir la diferencia que indica el amparista, toda vez que la retención se hace recibo por recibo y no en su conjunto, pero esa diferencia podría haber sido reclamada directamente ante la administración o, en su caso, ante la juez que ordenó el embargo, y no instar una vía tan especial como es la acción de amparo.

En cuanto al reintegro de lo retenido en más, y aún cuando el amparo prosperara, no puede el juez de esta acción ordenar al Consejo Provincial de Educación su devolución, ya que éste ha actuado solamente como agente de retención, debiendo ocurrirse siempre y en todos los casos ante el magistrado o magistrada que ordenó el embargo y a cuya orden se encuentran depositadas las sumas embargadas, conforme se señala en el voto precedente.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar en todas sus partes la sentencia de fs. 37/42 por ser manifiestamente improcedente la vía elegida.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto los honorarios profesionales regulados en la primera instancia, los que se determinan en las siguientes sumas: para las Dras. ... y ..., apoderada y patrocinante de la parte demanda, de $ 14.845,oo $ 8.250,oo respectivamente (art. 36, ley 1594).

IV.- Fijar los honorarios de segunda instancia de iguales profesionales en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, se fijó para cada una (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

**"SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 381798/2008) – Sentencia: 118/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO CIVIL: Responsabilidad civil.

RECURSO DE APELACION. MEMORIAL. PRESENTACION EN OTRA DEPENDENCIA JUDICIAL. ERROR INEXCUSABLE. EXTEMPORANEIDAD. MOBBING. MALTRATO LABORAL. LICENCIA POR ENFERMEDAD DE LARGO TRATAMIENTO. USUFRUCTO DE LA LICENCIA PENDIENTE. PRACTICA

HABITUAL. TRASLADO DE DOCUMENTACION. TRATAMIENTO DE DIALISIS. HORARIOS DISPONIBLES.

1.- Corresponde rechazar la revocatoria formulada por la demandada contra la resolución de Presidencia de la Cámara de Apelaciones que ordena el desglose de la contestación del memorial de agravios, toda vez que el referido escrito fue presentado en la Mesa de Entradas de esta Cámara una vez vencido el plazo legal concedido a tal fin. En efecto, se advierte que desde la fecha de la presentación del memorial (7 de febrero de 2017) -en la Plataforma de Atención de la Oficina Judicial Civil- hasta la del vencimiento del plazo respectivo (13 de febrero de 2017) tuvo la parte tiempo suficiente como para enmendar el error incurrido, instando la remisión del escrito a la Cámara de Apelaciones en tiempo oportuno.

2.- Como parte de las distintas formas de violencia que pueden darse en el ámbito laboral, se señala al acoso laboral o mobbing.

3.- Viviana Laura Díaz define al acoso laboral como una sofisticada y continua forma de persecución u hostigamiento que un trabajador sufre en su lugar de trabajo. Sigue diciendo la autora citada que el acoso laboral se caracteriza, ante todo, por la repetición de palabras, actitudes, conductas que, tomadas por separado, pueden parecer inocuas, pero cuya sistematización las transforma en destructivas (cfr. aut. cit., “Violencia laboral: de lo conceptual a lo específico”, Revista de Derecho Laboral, ED. Rubinzal-Culzoni, T. 2008-2, pág. 381/382).

4.- La decisión de obligarla a la actora, una vez que obtuvo el alta laboral, a gozar de las licencias ordinarias anuales acumuladas durante el período de licencia por enfermedad, no puede entenderse que haya sido adoptada con intención persecutoria. Ello es así, pues más allá de si la obligatoriedad de usufructuar de la licencia anual acumulada durante el período de licencia por largo tratamiento esté contemplado o no en una norma reglamentaria, y la que cita la a quo se corresponda o no con la situación de la actora, lo que ha quedado acreditado en autos es que este proceder era una práctica habitual del Consejo Provincial de Educación, por lo que mal puede haber persecución cuando la actitud asumida por la directora del establecimiento educativo y por el supervisor se correspondía con lo que usualmente sucedía.

5.- La denuncia que realizó la actora, para demostrar que hacia su parte hubo una actitud persecutoria, en el sentido de que fue obligada a llevar documentación al Distrito, lo que importaba una larga caminata, y no podía hacer por presentar una fístula en su pierna, no tendrá acogida favorable. En efecto, si bien la directora del establecimiento requirió del supervisor y éste del área de salud ocupacional que se informara respecto de esta limitación para el cumplimiento de las tareas habituales (no constando en las actuaciones que el área de salud ocupacional haya brindado alguna respuesta), esta conducta no puede ser entendida como persecutoria, ya que solamente se trató de una consulta de la dirección del centro educativo a su superior jerárquico. Como vemos, no surge de la prueba aportada a la causa que se hubiera obligado a la demandante a salir de su lugar de trabajo para llevar documentación a otros organismos, contraviniendo la indicación médica.

6.- La tercera conducta concreta indicada por la actora es la obstaculización para la realización del tratamiento indicado por su médico (diálisis). Esta pretensión es totalmente improcedente,

ya que la accionante contaba con la posibilidad de realizar la diálisis en un turno que no afectaba su horario laboral, por lo que no se entiende, y tampoco lo explica, por qué había elegido para el tratamiento un turno que la obligaba a retirarse media hora o cuarenta y cinco minutos antes de la finalización de su jornada de trabajo. De lo dicho se sigue que bien pudo la accionante realizar su tratamiento en el último turno indicado por la médica, y de ese modo cumplir su horario laboral, sin afectar la actividad del centro educativo.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SIEBEN MARIA MARTA Y OTRO C/ JASAN NILDA SUSANA Y OTROS S/ D. Y P. RESPONSAB. EXTRACONT. ESTADO", (JNQCI2 EXP Nº 381798/2008), 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 fs. 1.180/1.185, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia sosteniendo que el fallo recurrido resume solamente tres hechos, a título ejemplificativo, de la persecución denunciada por la parte actora: 1) la licencia por vacaciones compulsiva; 2) las caminatas; y 3) los retiros para el tratamiento de diálisis, ignorando los otros hechos, gestos y actitudes que, en conjunto, crean el clima propio del acoso laboral, cuyos efectos dañosos sobre las víctimas se patentizan en las pericias psicológica y médica, que tampoco se consideran.

Dice que inclusive circunscribiendo el análisis a estos hechos, al aislarlos del resto de la prueba y clima en que se desarrollan, desemboca en una conclusión equivocada.

Cita la declaración de la testigo Ruppel, señalando que ella demuestra que existía la intencionalidad en la directora de lograr que la señora Herrera abandone su cargo de secretaría, y para ello anuncia la realización de una actuación que lleve a este cese, apoyada, según ella, por parientes en el Consejo Provincial de Educación. Agrega que el contundente "yo me voy a ocupar de sacarla" no deja margen a dudas acerca de la intencionalidad de excluirla o alejarla del cargo, que es una de las motivaciones que habitualmente son propias de quién ejerce mobbing.

Agrega que los ataques, conforme sucede en autos, se esconden tras actos aparentemente legales, e incluso acorde a las reglamentaciones, pero presentados de tal modo que siembran dudas o temor en el destinatario.

Refiriéndose a la licencia compulsiva con abuso de poder sostiene que lo correcto habría sido que se notificara por escrito a la docente el otorgamiento de las vacaciones por finalización de su licencia por enfermedad; en tanto que lo real es que solo el acta labrada por el escribano convocado por la actora, cuando se le impedía retomar su puesto de trabajo, es la única constancia escrita de la supuesta orden de tomar vacaciones.

Califica de poco claro el proceder de la dirección, que hasta pareciera quiso generar una situación de conflicto entre la actora y la suplente que debía cesar, que en modo alguno encuentra justificación en el régimen de licencias vigente, como equivocadamente afirma la jueza de grado, citando una normativa que no encuadra en esta situación.

Explica que cuando la señora Herrera solicita ser reintegrada a su cargo de secretaria, había sido dada de alta tras una licencia por largo tratamiento, no constando que al inicio de esa licencia por enfermedad estuviera haciendo uso de licencia ordinaria por vacaciones, vale decir –señala la apelante-, no interrumpió por razones de salud una licencia anual y, en esta situación, no es de aplicación el inciso k) del art. 9 que cita la a quo, sino el inciso j) de la misma norma.

Sostiene que tanto la directora como el supervisor Barberini, sin atender el deseo expreso de la actora en orden a reintegrarse a sus tareas habituales, para las que se encontraba en condiciones, la obligan, con abuso de poder, a tomar licencia ordinaria, no obstante tener el derecho de usufructuarla a voluntad dentro de los seis meses de producido su reintegro.

Cuestiona que la jueza de grado afirme que tanto la directora como el supervisor Barberini actuaron conforme a derecho, ya que ambos incurrieron en abuso de poder y la medida fue dispuesta a sabiendas de que era ilegal, toda vez que por sus cargos y jerarquías no podían ignorar esta normativa.

Con relación al traslado de documentación al distrito, afirma la recurrente que más allá de la negativa de la directora, a la actora efectivamente se le ordenaba llevar correspondencia al distrito, a una distancia de quince cuadras aproximadamente, pese a que

su estado de salud le impedía realizar caminatas, circunstancia que los demandados no ignoraban.

Destaca que con la documental acompañada por el codemandado Barberini al contestar la demanda se registra, al menos, una salida al distrito el día 6 de junio de 2007, entre las 9,00 y las 10,00 horas. Pone de manifiesto que esta salida no es la única, toda vez que el problema subsiste en el tiempo, como lo revela la nota n° 98 del 9 de junio de 2008, remitida por Barberini a la Dirección de Salud Ocupacional, cuya reiteración se realizó por nota n° 009 del 19 de febrero de 2009.

Entiende que surge de autos la existencia de innumerables notas y certificados presentados por la actora, en distintas fechas, para que se la exima de una tarea lesiva a su salud, los que en lugar de ser aceptados, se diluyen en trámites que no generan respuesta del área de Salud Ocupacional del Consejo Provincial de Educación.

Concluye en que la exigencia de realizar trámites fuera del edificio escolar se extiende por más de dos años sin respuesta alguna a los reclamos, salvo el dictamen de la junta médica cuando le diera el alta, señalando que está en condiciones de realizar sus tareas habituales.

En lo concerniente al retiro del establecimiento para efectuar tratamiento de diálisis, afirma que en la demanda se destaca la actitud de la dirección y del supervisor en poner obstáculos a su retiro media hora antes para efectuar el tratamiento, a los que se suma el dejar pasar meses y meses sin determinar la carga horaria de la actora y sin dar respuesta a sus reclamos.

Considera que surge de la planilla acompañada con la contestación de demanda que la actora debió devolver esas medias horas en los días siguientes, hasta que logró excepcionalmente que el centro de salud le asignara otro horario, lo que no fue fácil, conforme lo señala la testigo Barragán, quién también refiere el mal trato del que fue objeto la actora con relación a este problema.

Manifiesta que la jueza de primera instancia ha valorado la prueba incorporada a la causa, parcializando los testimonios, cuando de las declaraciones testimoniales surge el trato denigrante hacia la parte actora configurativo de mobbing. Transcribe parte de los testimonios de autos.

Realiza consideraciones sobre el mobbing y señala que actualmente se considera muy importante como prueba del acoso moral la pericia médica, que determina los síntomas físicos de las alteraciones psicoanalíticas producidas por el hostigamiento, como así también la pericia psicológica que determina las alteraciones emocionales; en tanto que en autos ambas pericias han sido concluyentes. Transcribe parte de los informes periciales de autos.

Mantiene la reserva del caso federal.

b) El demandado Barberini contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 1.238/1.249.

Luego de reseñar las pruebas aportadas a la causa, sostiene que la práctica habitual en el Consejo Provincial de Educación de Neuquén es la que se utilizó en el caso de la licencia ordinaria, y ello se ve corroborado por la declaración de los testigos que cita.

Afirma que los testigos también declaran que la actora no llevaba habitualmente documentación al distrito; e igual sucede, a criterio de esta parte, con la salida antes del horario de finalización de tareas para el tratamiento de diálisis, donde los testigos también desmienten los dichos de la expresión de agravios.

Con relación al trato humillante señala que el supervisor Barberini concurría discontinuamente al establecimiento escolar y cuando reglamentariamente correspondía, en tanto que la escuela funciona bajo la autoridad de la dirección y sin necesidad del supervisor, cuya presencia era excepcional.

En lo concerniente a la actora Sieben señala que no se encuentra acreditado el vínculo causal entre la dolencia y el desempeño del supervisor.

c) A fs. 1.251 se ordena el desglose de la contestación del memorial de agravios formulada por la demandada Jasan.

A fs. 1.253/1.254 dicha parte plantea recurso de revocatoria contra la decisión de la Presidencia de la Cámara de Apelaciones, entendiendo que existe un excesivo rigor formal.

Dice que el hecho de haber presentado el escrito en otra oficina u organismo, en el caso el juzgado de primera instancia, no debe tener mayores consecuencias, más que un llamado de atención, más aún cuando la presentación fue remitida a la Cámara.

Sigue diciendo que esa remisión podría haber operado el mismo día de presentación del escrito, o el siguiente, y la presentación hubiere sido declarada temporánea.

Cita el precedente “Colalillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

d) La demandada Consejo Provincial de Educación no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- He de comenzar el análisis de los recursos de autos por el de revocatoria planteado por la demandada Jasán.

Conforme surge de la resolución del Presidente de la Cámara de Apelaciones, el plazo para contestar el traslado de la expresión de agravios venció el día 13 de febrero de 2017, en tanto que el escrito de la demandada Jasán fue presentado en fecha 7 de febrero de 2013 en la Plataforma de Atención de la Oficina Judicial Civil (fs. 1.251), ingresando a la Cámara de Apelaciones el día 14 de febrero de 2017, a las 10,40 Horas (cargo de fs. 1.251 vta.).

Esta Sala II tiene dicho que “el Código Procesal establece en los artículos 259 y siguientes el trámite para expresar agravios, lo que implica, entre otras cosas, que la presentación deberá efectuarse en el tiempo oportuno y ante el tribunal correspondiente.

“Las formas procesales, tienen por finalidad regular la marcha del proceso y el más adecuado ejercicio del derecho por los litigantes y el juez actuante. De allí que los actos procesales deben cumplir los requisitos legales de fondo y forma para que tengan eficacia jurídica. No menores son pues los recaudos de naturaleza objetiva, que al cuando y donde debe ejecutarse el acto procesal.

Aspectos que están regulados por la ley en cuanto a su forma y ni las partes ni el juez pueden escoger libremente el modo ni la oportunidad de lugar y tiempo para realizaros.

“En ese orden, Devis Echandía, sostiene “No se crea que estas formalidades legales de los actos procesales obedecen a simples caprichos, o que conducen a entorpecer el procedimiento en perjuicio de las partes. En realidad se trata de una preciosa garantía de los derechos y de las garantías individuales, pues sin ellas no se podría ejercitar eficazmente el derecho de defensa” (Teoría General del Proceso, pág. 377). Continúa diciendo dicho autor, citando a Couture, que una de las garantías constitucionales más importantes es la del debido proceso con sus secuelas de la garantía de defensa, de petición, de prueba y de igualdad ante los actos procesales (Estudios, Buenos Aires, 1948, t. I, ps.18-24), nuestra Constitucional Nacional lo consagra en el artículo 18. Nada de esto se conseguiría sin la previa regulación de las formalidades de los actos procesales, que son la única manera de hacer efectivas esas garantías.

“Es cierto que el principio de la obligatoriedad de las formas procesales, se ha visto morigerado, cuando su aplicación irrestricta, evidencia un excesivo rigor formal en detrimento de los justiciables, y de la efectiva prestación de justicia, más ello no implica prescindir de las formas y dejar al arbitrio de las partes el cumplimiento de las mismas, o suplir sus omisiones, máxime si el incumplimiento de la reglas no se justifica en el supuesto error excusable o en situaciones ajenas al obligado.” (Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala II, “N., E. H. c/ ANSES s/ reajustes varios”, 2/7/2014, publicado en LA LEY 01/10/2014, 8 con nota de Juan Manuel Hitters y Gustavo Germán Rapalini • LA LEY 2014-E, 455, Cita online: AR/JUR/39654/2014)” –cfr. autos “Bosch c/ YPF S.A.”, expte. n° 345.944/2006, P.I. 2016-II, n° 143; “Valenzuela c/ Macsad”, expte. n° 477.239/2013, P.I. 2016-V, n° 374-.

En autos, el recurrente ni siquiera señala cuál habría sido la circunstancia que lo indujo a la presentación errónea de la contestación del traslado del memorial de agravios, lo que impide analizar si se ha configurado o no un error excusable de su parte.

Además, se advierte que desde la fecha de la presentación (7 de febrero de 2017) hasta la del vencimiento del plazo respectivo (13 de febrero de 2017) tuvo esta parte tiempo suficiente como para enmendar el error incurrido, instando la remisión del escrito a la Cámara de Apelaciones en tiempo oportuno.

Por lo dicho se ha de rechazar la revocatoria impetrada respecto de la resolución de la Presidencia de la Cámara de Apelaciones de fs. 1.252, toda vez que el escrito de contestación de agravios fue presentado en la Mesa de Entradas de esta Cámara una vez vencido el plazo legal concedido a tal fin.

III.- He de abordar ahora el recurso de apelación planteado por la parte actora.

De las constancias de autos surge que la sentencia llega firme a esta instancia en orden al rechazo de la demanda respecto de la actora María Marta Sieben, en tanto los agravios formulados nada dicen sobre los motivos dados por la quo para así decidir, los que difieren de la argumentación desarrollada en el fallo de grado respecto de la restante actora Alejandra Herrera.

Si bien el memorial de la parte actora hace referencia a otros hechos y circunstancias, además de los considerados en el fallo de primera instancia, que colaborarían en la generación del clima propicio para el acoso laboral denunciado por la actora Alejandra Herrera, no individualiza cuáles serían esos hechos. En tanto que en la demanda se indica como el momento a partir del cual se genera el acoso el del reintegro laboral de la señora Herrera luego de usufructuar de licencia por enfermedad prolongada, que es la etapa de la relación laboral abordada por la a quo.

De todos modos la sentencia recurrida trata específicamente la denuncia de trato humillante en el apartado II.- 4) de los Considerandos, surgiendo de los argumentos desarrollados por la jueza de grado que ha analizado en dicho apartado aquellas otras circunstancias a las que hace referencia, en forma genérica, el memorial de la actora.

Consecuentemente, entiendo razonable respetar el orden de análisis que contiene el fallo recurrido.

IV.- Como parte de las distintas formas de violencia que pueden darse en el ámbito laboral, se señala al acoso laboral o mobbing.

Viviana Laura Díaz define al acoso laboral como una sofisticada y continua forma de persecución u hostigamiento que un trabajador sufre en su lugar de trabajo. Sigue diciendo la autora citada que el acoso laboral se caracteriza, ante todo, por la repetición de palabras, actitudes, conductas que, tomadas por separado, pueden parecer inocuas, pero cuya sistematización las transforma en destructivas (cfr. aut. cit., “Violencia laboral: de lo conceptual a lo específico”, Revista de Derecho Laboral, ED.

Rubinzal-Culzoni, T. 2008-2, pág. 381/382).

Por su parte, Patricia Barbado se enfoca en las características del acoso laboral en el ámbito público –el ámbito laboral involucrado en estas actuaciones es una escuela pública-, señalando que es imprescindible visibilizar el fenómeno de la violencia laboral oculto tras el ejercicio irrazonable del ius variandi, por cuanto uno de los métodos típicos del acoso jerárquico es la alteración abusiva de las condiciones de trabajo de la víctima (cfr. aut. cit., "La violencia laboral en el ámbito público", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2008-2, pág. 405).

La actora Herrera se desempeñaba como Secretaria en el turno mañana, en el Centro Educativo para el Hogar (CEPAHO) n° 20 de esta ciudad. Por problemas de salud (patología renal inculpable) la actora usufructuó de distintas licencias por enfermedad, una de ellas de carácter prolongado que excedió, incluso, el término reglamentariamente previsto a tal fin, por lo que tuvo que ser encuadrada como excepcional (ver testimonio de María Esther Barragán, fs. 313).

A partir de la reincorporación de la actora a su puesto de trabajo, es que se suscitan los hechos que se analizan en la sentencia recurrida y que, adelanto opinión, en modo alguno aparecen como configurativos de acoso laboral.

De la lectura de las declaraciones de los testigos que son o fueron compañeros de trabajo de la actora Herrera, aparece claramente la existencia de un ambiente laboral impropio de cualquier lugar de trabajo, y con mayor énfasis si se trata, como en autos, de un establecimiento educativo. Pero este clima laboral, generado por algunas personas, no alcanza para calificar lo vivido por la actora Herrera como acoso laboral.

La actora considera que un hecho demostrativo de la situación de acoso laboral es que se la obligó, una vez que obtuvo el alta laboral, a gozar de las licencias ordinarias anuales acumuladas durante el período de licencia por enfermedad.

Más allá que disponer cuando el personal hace uso de las licencias ordinarias es una facultad del empleador, representado en el establecimiento educativo por la directora y el supervisor, no surge de las declaraciones testimoniales que este proceder fuera excepcional y con intención persecutoria.

En efecto, la testigo Veloso, preguntada sobre si después de una licencia por enfermedad de largo tratamiento corresponde que el empleado haga uso de las licencias ordinarias contestó "a mi me las otorgaron" (fs. 309); la testigo María Esther Barragán sostuvo que no sabe que sucede en esos casos (fs. 315).

En tanto que de los dichos de la testigo Elba Ruppel surge que las vacaciones debían ser utilizadas inmediatamente de finalizada la licencia por enfermedad, además de explicar por qué en el caso concreto de la actora Herrera se procedió de tal modo: "en el caso de Alejandra le correspondía una licencia por vacaciones, por esa razón surgió que Nilda Jasán quería que volviera Herrera y se vaya Sranko, y Sranko quería terminar su función porque sabía que le correspondían vacaciones a esta chica Alejandra, y hubo un tiempo en dirección estaban las dos secretarias, tanto Sranko como Herrera. Ahí intervino otra vez Barberini y le dijo que se tomara las vacaciones a Alejandra. Nos regíamos por la normativa del CPE…" (fs. 381 vta.).

Igual versión que la testigo Ruppel da el testigo Mario Camerano: "esta chica Estefanía tuvo una suplencia de Herrera en secretaría y Herrera tenía una licencia de largo tratamiento, que corresponde a una licencia obligatoria (corresponde por el estatuto del Consejo, creo que se llama licencia anual), cuando vos retomás el cargo te corresponde una licencia obligatoria y Herrera volvió a su trabajo, retomó el cargo de vuelta y lo que peleaba Estefanía era que se tomara la licencia, es como que iban las dos al CEPAHO y chocaban y ese fue el gran conflicto por que sino cesaba Estefanía…lo que quería Nilda era que se hicieran las cosas como corresponde, si tenía esa licencia se la tenía que tomar" (fs. 606 vta.).

La testigo Estefanía Sranko se manifiesta en el mismo sentido: "…cuando termina la licencia la señora Herrera, ahí a ella le correspondía tomarse las vacaciones y ahí fue cuando hubo, no se si conflicto, yo tenía que seguir trabajando y ahí es cuando la directora consulta al supervisor, y él afirma que la señora Herrera debía hacer uso de su licencia anual, por lo que al ser suplente tenía que digamos continuar con la licencia mientras ella hacía uso de la licencia anual…ella debía tomarse las vacaciones, pero no lo hizo y seguía en la escuela, iba a trabajar normalmente a cumplir su horario, pero yo también iba porque me correspondía…duró los días que le correspondían de licencia anual y luego finalizó mi suplencia…debe tomarse las licencias anuales, serían las vacaciones, que no haya hecho uso hasta ese momento…solo se que luego de una licencia por largo tratamiento es un derecho y una obligación tomarse la licencia anual a la que no haya hecho uso hasta el momento" (fs. 649 vta./650).

El testigo Campos también alude a la obligación de hacer uso de la licencia anual una vez obtenida el alta laboral: "…El agente viene enfermo, a veces los médicos dan alta provisoria y entonces el CPE por práctica estableció que se le da la licencia anual porque así lo cubre en forma sanitaria, está protegiendo la salud del agente para que ese agente no tenga problemas superiores, se le da vacaciones y se lo reincorpora con tranquilidad y eso es además más beneficioso para el agente…yo llegué acá en abril de 1977…es una práctica de Nación que luego siguió el CPE según el Régimen de Licencias y Franquicias…había una opción en

Nación que se pagaban o se tomaban…ello se fue perdiendo, por problemas presupuestarios y después debían tomarse en forma ordinaria. El CPE le otorga el derecho de tomarse la licencia en dos partes, siempre y cuando no entorpezca la actividad de la institución y correspondan al año vencido. Es a modo de excepcionalidad" (fs. 664/vta.).

También la testigo Berta Scagliotti afirma: "En el momento en que se le da el alta se le tienen que dar las vacaciones que no se tomó durante esos dos años, no importa el mes que sea…Cuando uno se reintegra después de una licencia por largo tratamiento debe tomarse las vacaciones en el momento en que se presenta.

Ella se presentó en agosto, debió darse el alta y las vacaciones, todo en el mismo acto" (fs. 780 vta/781 vta.).

Más allá de si la obligatoriedad de usufructuar de la licencia anual acumulada durante el período de licencia por largo tratamiento esté contemplado o no en una norma reglamentaria, y la que cita la a quo se corresponda o no con la situación de la actora, lo que ha quedado acreditado en autos es que este proceder era una práctica habitual del Consejo Provincial de Educación, por lo que mal puede haber persecución cuando la actitud asumida por la directora del establecimiento educativo y por el supervisor se correspondía con lo que usualmente sucedía.

Por otra parte, el hecho de obligar al uso de la licencia anual pendiente, en el caso de autos, resulta razonable, ya que si se había designado a una persona para suplir a la accionante en su labor, que cesó ante la reincorporación efectiva de aquella, no es ilógico que se disponga que la titular del cargo haga uso de la licencia acumulada inmediatamente después del alta laboral, con el objeto de poder contar con los servicios de la suplente en ese lapso, y así no provocar una ausencia posterior en el lugar de trabajo, ya que en algún momento la accionante iba a hacer uso de esas licencias anuales.

Finalmente no surge de autos que la actora Herrera haya realizado alguna petición concreta con relación a este tema, para revertir la decisión adoptada.

Coincido entonces con la a quo respecto a que esta conducta no es demostrativa de acoso laboral.

V.- Denuncia también la actora Herrera como actitud persecutoria el obligarla a llevar documentación al Distrito, lo que importaba una larga caminata, y no podía hacer por presentar una fístula en su pierna.

Preguntada la testigo Veloso si la actora Herrera debía realizar tareas que importaran esfuerzos físicos, contesta: "Las tres secretarias que estamos solamente tocamos las computadoras y nos dirigimos al archivo de legajos, dentro de la misma oficina. Ese es nuestro trabajo. Ni siquiera se la manda a Distrito por el tema de salud que ella tiene…Recuerdo haber participado en una reunión en la que se habló del tema y dijimos tareas más livianas que la de secretarios no hay" (fs. 309/vta.).

La testigo Barragán, preguntada sobre quién llevaba la documentación al Consejo, contesta: "En esa época solo la sra. Jasán porque vivía enfrente del Distrito", agregando que no le constaba que la actora Herrera haya llevado documentación al Distrito (fs. 314/vta.).

El testigo Camerano niega que la actora Herrera tuviera que llevar documentación fuera del establecimiento educativo, "la mayoría de las veces la lleva el director, cuando éste no puede la llevamos los secretarios, pero pocas veces, siempre es el director" (fs. 606 vta./607).

La testigo Montiel declara que sabe que la actora Herrera no iba al Distrito porque le costaba caminar (fs. 609 vta.).

Sobre el mismo tema, la testigo Avellaneda afirma: "…muchas veces se mandaba a otro secretario o iba la misma directora a hacer ese tipo de trámites, mayormente era Nilda la que caminaba hasta el Consejo si su esposo no la venía a buscar, o al Distrito" (fs. 620 vta.). En igual sentido declara la testigo Sranko: "…mayormente la señora directora, en alguna circunstancia podría ser alguna secretaria si a la señora directora se le imposibilitaba en algún momento…en mi caso lo hacía en mi vehículo…en el momento que yo estaba ahí no me consta haber escuchado a la directora decirle que debía hacer esos trámites" (fs. 650 vta./651).

Por su parte la testigo Scagliotti preguntada si la actora Herrera tenía que llevar documentación fuera del establecimiento educativo, contesta: "Yo creo que una sola vez pero en la gestión de la Sra. Lizama, con la Sra. Jasán no estaba trabajando en ese turno yo, pero no salió nunca. Ella tenía una prescripción médica que decía que no podía hacer mandados, no podía salir caminando así que supongo que no ha salido. Se que la directora no la va a mandar habiendo un certificado de por medio" (fs. 780 vta.).

Como vemos, no surge de la prueba aportada a la causa que se hubiera obligado a la demandante a salir de su lugar de trabajo para llevar documentación a otros organismos, contraviniendo la indicación médica. Si bien surge de la prueba documental que la directora del establecimiento requirió del supervisor y éste del área de salud ocupacional que se informara respecto de esta limitación para el cumplimiento de las tareas habituales (no constando en las actuaciones que el área de salud ocupacional haya brindado alguna respuesta), esta conducta no puede ser entendida como persecutoria, ya que solamente se trató de una consulta de la dirección del centro educativo a su superior jerárquico.

Lo importante para la resolución de la apelación es que la conducta invocada por la accionante –obligarla a caminar para llevar

documentación al Distrito o al Consejo Provincial de Educación- no se encuentra probada.

VI. La tercera conducta concreta indicada por la actora es la obstaculización para la realización del tratamiento indicado por su médico (diálisis).

Esta pretensión es totalmente improcedente, ya que la accionante contaba con la posibilidad de realizar la diálisis en un turno que no afectaba su horario laboral, por lo que no se entiende, y tampoco lo explica, por qué había elegido para el tratamiento un turno que la obligaba a retirarse media hora o cuarenta y cinco minutos antes de la finalización de su jornada de trabajo.

La médica de la actora, Sandra Judit Díaz, declara a fs. 305/306 y señala que los turnos de hemodiálisis existentes a la época en que el tratamiento era realizado por la señora Herrera eran 6:45 horas; 11:45 horas y 16:45 horas, y que "se puede adecuar el horario de acuerdo a la actividad laboral del paciente".

De lo dicho se sigue que bien pudo la accionante realizar su tratamiento en el último turno indicado por la médica, y de ese modo cumplir su horario laboral, sin afectar la actividad del centro educativo.

Mal puede pretenderse, entonces, que el requerimiento de que no acorte su horario laboral sea, en este caso, una conducta persecutoria.

VII.- Finalmente, y en lo que refiere al trato humillante coincido con la jueza de grado en orden a que existía un mal ambiente laboral, como ya lo señalé, generado por la conflictividad existente entre la directora del establecimiento y el señor Ricardo Caliri (quién a la postre devino director del establecimiento), que se expandía a otros integrantes del personal, en la medida que quisieran adherir a una u otra postura.

La declaración testimonial de Ricardo Caliri (fs. 295/298 vta.) es por demás elocuente respecto de la enemistad manifiesta que tenía con la directora Jasán.

También la declaración testimonial de Claudia del Carmen Veloso es demostrativa de la situación. Esta testigo alude a dichos de Ricardo Caliri y de las actoras respecto de sus intenciones de perjudicar a la señora Jasán, y obtener dinero, tanto de ella como del Consejo Provincial de Educación.

La testigo Barragán, que es citada por la a quo en su sentencia, afirma que nunca escuchó que la señora Jasán dijera algo malo de la actora Herrera, y que ésta última se quejaba de que le hacía rehacer notas (fs. 312 vta.): "…la Sra. Jasán le hacía reescribir notas varias veces, notas de salida, no se que clase de notas eran. Hasta una vez nos llamó a un grupo y nos mostró la nota que le había escrito y se la dejaba lista en el escritorio para que la señora la lea y la firme, nos íbamos y al otro día encontrábamos la nota tachada, vuelta a corregir. No eran errores, para mi caprichos. Por ejemplo, con o sin mayúscula" (fs. 317 vta.).

Si bien la testigo Ruppel declara sobre dichos de la demandada Jasán respecto de la actora Herrera, que pueden ser considerados descalificantes, tanto de su trabajo como de su persona, lo cierto es que ella también atravesó una situación particular (licencia psicológica de por medio), y además es la única declarante, junto con Ricardo Caliri, que se expresa de ese modo.

Los restantes testigos que trabajaban en el establecimiento educativo aluden a que el trato de la directora era cordial y que el supervisor concurría a la escuela en algunas oportunidades.

Es de destacar que el personal del equipo técnico de la Dirección General de Adultos que intervino en el conflicto generado en el CEPAHO n° 20 circunscribe el problema a la relación entre la directora y Ricardo Caliri. Así, la testigo Nora Noemí Morales (acta de fs. 793/795) sostiene: "a partir de la carta donde los docentes presentan el problema conflicto que ellos tienen, había una de las partes, Ricardo Caliri que estaba con licencia, no iba a la institución, el problema era entre él y la señora Nilda Jasán…empezamos a hacer un diagnóstico donde reunimos o convocamos a toda la institución, y ahí quedó marcado una cosa por ejemplo, el señor Caliri nunca participó pero si traía eso implícito la no participación de otras personas, como si hubiese una alianza, por eso hay algunas personas que participaron y otras no….en base a esa respuesta que tuvimos de los docentes y de la señora directora que participó en forma activa, participó también el señor Barberini como apoyo institucional y apoyo del equipo, todo el mundo cooperaba con el conflicto que se presentaba en la institución…si una persona está con licencia psicológica intuye, sabe, puede interpretar que esa persona está, entre comillas, con problema de salud, pues está avalado por un profesional. Me refiero con ello a Caliri que nunca participó, a pesar de que nosotras como equipo técnico enviamos nota, llamamos por teléfono, acordamos entrevista…para que estén las dos partes, hasta que tuvimos respuesta que el profesional que atendía al señor Caliri le aconsejaba no participar del cursos, eso por un lado…el trabajo que nosotros hacemos tiene que ver justamente con que los conflictos se expliciten, o las problemáticas se expliciten…si hubiese habido algún problema yo creo que todo el cuerpo docente que participó, que sería un 80% o 90%...alguno hubiese mencionado algún otro tipo de conflicto…nunca logramos hacer la mediación entre Caliri y la señora Jasán, porque nunca se presentó el señor Caliri".

De igual modo se expresa la testigo Mariana Cernadas, también integrante del equipo técnico (acta de fs. 790/792 vta.): "…lo que más recuerdo de esa carta y por la reunión es un conflicto institucional, relacionado más que nada entre el señor Caliri y la

directora Jasán…lo que si puedo decir es que en todo momento participó la directora Nilda Jasán del proceso, no así el señor Caliri…es importante trabajar con las dos partes del conflicto, y solo trabajamos con la señora Jasán…pero en este caso no estuvo el señor Caliri, y tampoco recuerdo que estuvieran las otras personas mencionadas como partes del juicio…hubo una sola parte que participó del proceso…la otra parte era el señor Caliri".

Como vemos tampoco se encuentra acreditado la existencia de un trato humillante o descalificativo hacia la actora Herrera.

Conforme lo señala Pablo A. Pirovano, el acoso laboral debe ser siempre comprobable. A pesar de que puede darse mediante tácticas sutiles, el ámbito de la evaluación del acoso debe ser algo objetivo y no meramente subjetivo. Debe ser objetivado el carácter real y fehaciente de una serie de comportamientos que acrediten el accionar que se señala como mobbing. Debe demostrarse que no se encuentra en una auto referencia de la víctima sino que las conductas de hostigamiento que lo originan existen en la realidad (cfr. aut. cit., "El mobbing o acoso moral en el ámbito de la responsabilidad civil", DT 2016, pág. 733).

Reitero que en autos no se han acreditado estas conductas que la actora denuncia como demostrativas del acoso laboral; en todo caso, podría tratarse de una creencia subjetiva de la accionante, apañada por un conflicto que le es ajeno pero en el que se involucró, y en cierta vulnerabilidad producida por su enfermedad, pero que no encuentra correlato en la realidad, por lo menos en la que se ha probado en la causa.

VIII.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo: 1) rechazar el recurso de revocatoria planteado por la demandada Jasán, sin costas por tratarse de una cuestión suscitada con la Cámara; 2) rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio de grado.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en la Alzada en el 2,1% de la base regulatoria para el Dr. ..., en doble carácter por el codemandado Barberini y en el 4,71% de la base regulatoria para la Dra. ..., en doble carácter por la parte actora, todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

resuelve:

I.- Rechazar el recurso de revocatoria planteado por la demandada Jasán, sin costas por tratarse de una cuestión suscitada con la Cámara.

II.- Rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio de grado.

III.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

IV.- Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en la Alzada en el 2,1% de la base regulatoria para el Dr. ..., en doble carácter por el codemandado Barberini y en el 4,71% de la base regulatoria para la Dra. ..., en doble carácter por la parte actora (art. 15, ley 1.594).

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

**"GARGIULO CONCEPCION C/ GYORE EDUARDO RODOLFO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470140/2012) – Sentencia: 121/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. JUICIO DESALOJO. RECONVENCION. COSTAS AL VENCIDO. HONORARIOS DEL

AGOBADO. PAUTAS.

1.- Cabe confirmar la resolución que le impuso al demandado las costas tanto por la acción de desalojo desestimada como también las originadas por el consecuente rechazo de la reconvención. Ello es así, ya que si bien los litigantes conocieron, en oportunidad de suscribir el convenio -para que el demandado habitara la vivienda que el IPVU había adjudicado a la actora en carácter de cuidador por el término de dos años con opción a dos años más, en forma gratuita. Al finalizar ese plazo, o antes, el demandado podía optar por comprar los derechos y mejoras, pagando por ello la suma prevista en el convenio, pudiendo realizar pagos a cuenta de ese precio, adquiriendo tal carácter el pago de las cuotas debidas al IPVU-, los riesgos a los que se exponían, dado que se requería de la aprobación del IPVU, el demandado conoció, antes del inicio del desalojo, que la actora le reclamaba la devolución del inmueble, y que el IPVU no había aceptado el convenio suscripto entre las partes, y no obstante ello, se opuso al progreso de la acción, y más aún, reconvino por cumplimiento de contrato. Conforme lo dicho, y más allá de la relativa ilicitud inicial de la relación habida entre los litigantes, de las constancias de la causa surge que la actora fue obligada por la conducta del demandado a plantear judicialmente el desalojo, no existiendo en autos elementos que permitan considerar que el accionado pudo creerse razonablemente con derecho a resistir la pretensión de su contraparte, por lo que debe cargar con las consecuencias de su conducta, asumiendo el pago de las costas del proceso.

2.- Respecto de la acción de desalojo asiste razón a la recurrente toda vez que el art. 27 de la ley 1.594 determina que en los juicios de desalojo, cuando no se trate de una relación locativa, la regulación se aplicará sobre el valor del inmueble, reduciendo en un 50% la escala del art. 7 de la misma ley.

3.- En lo concerniente a la reconvención, los porcentajes establecidos por la a quo para remunerar la labor profesional se encuentran dentro de la escala prevista en el art. 7 de la ley arancelaria y representan una justa retribución por las tareas cumplidas, por lo que han de ser confirmados.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 23 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “GARGIULO CONCEPCION C/ GYORE EDUARDO RODOLFO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO”, (JNQCI4 EXP Nº 470140/2012), 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, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 586/592, que hace lugar a la demanda, con costas a la demandada, y rechaza la prescripción opuesta por la parte actora, con costas a esta última, a la vez que rechaza la reconvención opuesta por el demandado, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por la imposición de costas a su cargo por la acción de desalojo y por el rechazo de la reconvención.

Entiende que de las constancias de la causa surgen elementos suficientes para que se eximiera a su parte, en forma total o parcial, del pago de las costas.

Dice que es necesario analizar la conducta de la accionante, señalando que a ella le cabe responsabilidad en el inicio de este expediente judicial, ya que con su accionar dio motivo a la interposición de la demanda de desalojo.

Sigue diciendo que la actora fue parte esencial en la suscripción de un acuerdo de voluntades celebrado con relación a un bien perteneciente al IPVU, debiendo ella también responder por un acto jurídico que no era oponible al organismo citado y que desencadenó la contienda judicial.

Señala que la jueza de grado consideró que ambas partes habían participado de un acuerdo que no podía ser ejecutado, en tanto y en cuanto el IPVU no lo reconoció. Agrega que la actora no fue ajena a esa realidad, por cuanto en el acuerdo bilateral expresa su intención de vender el inmueble al demandado, conociendo que no podía hacerlo, tal como lo reconoce la sentencia de grado.

Llama la atención sobre que la fundamentación de la sentencia no radica en que el bien debe ser restituido a la actora por falta de cumplimiento del acuerdo por parte del demandado, sino que hace lugar a la demanda porque ambas partes celebraron un negocio jurídico sobre un bien ajeno, propiedad del IPVU, que en su tiempo fue adjudicado a la actora y que ésta intentó enajenar al accionado, teniendo conocimiento cierto de la imposibilidad de hacerlo.

Apela por altos la totalidad de los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 607/608.

Sostiene que la argumentación que desarrolla el apelante podría ser atendida si éste se hubiera allanado a la demanda; o sea, si no hubiera controvertido el derecho de la actora a promover la acción de desalojo, y no hubiera reconvenido por incumplimiento de contrato y escrituración.

Cita el art. 70 del CPCyC, señalando que la conducta del accionado no encuadra en ninguno de los supuestos de excepción previstos en la norma.

Afirma que la sentencia de grado indica que ambas partes conocían que negociaban bienes no sujetos a acuerdos sin obtener el reconocimiento del IPVU, por lo que el propio demandado admite, sin cortapisas, que estaba en pleno conocimiento de que el negocio celebrado carecía de validez sin el reconocimiento del IPVU.

Concluye en que el recurrente no hace más que invocar su propia torpeza, y de manera tardía.

II.- Reiteradamente esta Sala II viene sosteniendo que las costas son las erogaciones que se imponen a quienes intervienen en un proceso, para su iniciación, prosecución y terminación, o con relación a un incidente suscitado durante esa tramitación. Asimismo venimos sosteniendo que las costas constituyen, de alguna manera, un reintegro de gastos y no una sanción o pena a quién resultó perdidoso en la incidencia o en el pleito.

Liliana N. Picón recuerda que la moderna doctrina procesal consagró la teoría objetiva, cuyo fundamento es el principio de la derrota, con la finalidad de evitar que, como lo precisó Chiovenda, “la actuación de la ley no represente una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar” (cfr. aut. cit., “A propósito de las costas procesales”, LL 0003/402080).

Nuestro código procesal adopta este principio objetivo de la derrota como pauta general para la distribución de los gastos del proceso (art. 68, CPCyC).

Sin embargo, el segundo párrafo de la norma citada consagra “una herramienta atenuante al principio general y otorga a los jueces un marco discrecional que deberá ser ponderado en cada caso en particular” (cfr. aut. cit., op. cit.).

La jueza de grado ha seguido el principio objetivo de la derrota, imponiendo siempre las costas procesales al vencido: al demandado por la acción de desalojo y el rechazo de la reconvención; y a la actora por el rechazo de la prescripción –decisión esta última que se encuentra firme-.

La cuestión sometida a conocimiento de la Alzada es si resulta ajustado a las constancias de la causa que las costas por el acogimiento de la acción de desalojo y consecuente rechazo de la reconvención sean exclusivamente a cargo del demandado.

De acuerdo con los términos de la sentencia de grado –no cuestionados en segunda instancia-, los hoy litigantes celebraron en su momento un contrato, un acuerdo de voluntades.

En dicho contrato se estipuló que el demandado habitara la vivienda que el IPVU había adjudicado a la actora en carácter de cuidador por el término de dos años con opción a dos años más, en forma gratuita. Al finalizar ese plazo, o antes, el demandado podía optar por comprar los derechos y mejoras, pagando por ello la suma prevista en el convenio, pudiendo realizar pagos a cuenta de ese precio, adquiriendo tal carácter el pago de las cuotas debidas al IPVU, cuya obligación de cancelación asumió el accionado a partir de noviembre de 2003.

Ambas partes incurrieron en incumplimientos de lo convenido, y además el IPVU no aceptó los términos del contrato, por lo que éste devino de imposible cumplimiento. Todos estos extremos se encuentran firmes.

También surge de las constancias de la causa que la actora ya había iniciado acción por desalojo contra el demandado en fecha 10 de mayo de 2005, trámite que finalizó por la declaración de caducidad de la instancia sentenciada en fecha 28 de marzo de 2011 (ver expediente n° 322.994/2005, que corre agregado por cuerda); volviendo a plantear judicialmente su pretensión en fecha 6 de julio de 2012 (fs. 7).

Ahora bien, no paso por alto, conforme lo sostiene le recurrente, que ambas partes suscribieron un convenio que contravino los términos en que fue adjudicada la vivienda a la actora, como así también que los contratantes conocían que el bien objeto del contrato no era aún de propiedad de la accionante.

Sin embargo, el demandado estuvo en conocimiento de la frustración del fin del contrato desde el día 4 de febrero de 2005, fecha en que el IPVU le notifica que se rechazaba la solicitud de tenerlo como cuidador y ratificaba la adjudicación a favor de la actora (fs. 482). Incluso antes de esta fecha, en noviembre de 2004, el demandado contesta mediante carta documento la solicitud de restitución de la vivienda cursada por la accionante (fs. 485).

Por otra parte, no existen constancias en el expediente que el demandado hubiera ejercido la opción pactada, lo que hubiera determinado que la situación fuera, en principio, evaluada de diferente modo. Antes bien, inició trámites directamente en el IPVU con el objeto de lograr la adjudicación de la vivienda a su favor.

De lo dicho se sigue que si bien los litigantes conocieron, en oportunidad de suscribir el convenio, los riesgos a los que se exponían, dado que se requería de la aprobación del IPVU, el demandado conoció, antes del inicio del desalojo, que la actora le reclamaba la devolución del inmueble, y que el IPVU no había aceptado el convenio suscripto entre las partes, y no obstante ello, se opuso al progreso de la acción, y más aún, reconvino por cumplimiento de contrato.

Conforme lo dicho, y más allá de la relativa ilicitud inicial de la relación habida entre los litigantes, de las constancias de la causa surge que la actora fue obligada por la conducta del demandado a plantear judicialmente el desalojo, no existiendo en autos elementos que permitan considerar que el accionado pudo creerse razonablemente con derecho a resistir la pretensión de su contraparte, por lo que debe cargar con las consecuencias de su conducta, asumiendo el pago de las costas del proceso.

III.- La recurrente también se agravia por las regulaciones de honorarios determinadas en la instancia de grado, por considerarlas elevadas.

Respecto de la acción de desalojo asiste razón a la recurrente toda vez que el art. 27 de la ley 1.594 determina que en los juicios de desalojo, cuando no se trate de una relación locativa, la regulación se aplicará sobre el valor del inmueble, reduciendo en un 50% la escala del art. 7 de la misma ley.

Consecuentemente se han de dejar sin efecto los honorarios determinados por la acción de desalojo, fijándolos en el 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ..., por su actuación en doble carácter por la parte actora, y en el 7,84% de la base regulatoria para el Dr. ..., también en doble carácter por la parte demandada.

En lo concerniente a la reconvención, los porcentajes establecidos por la a quo para remunerar la labor profesional se encuentran dentro de la escala prevista en el art. 7 de la ley arancelaria y representan una justa retribución por las tareas cumplidas, por lo que han de ser confirmados.

En cuanto a la excepción de prescripción, y si bien no comparto el criterio de la a quo, en tanto cuando esta defensa no se resuelve como de previo y especial pronunciamiento, sino en la sentencia de fondo, debe ser considerada como una más de las defensas esgrimidas por la parte y no corresponde una regulación distinta de la establecida para el proceso en su conjunto, tal extremo ha llegado firma a esta instancia.

Asimismo, y en todo caso, se debió realizar la regulación siguiendo las pautas establecidas para los incidentes, ya que no se trató de una acción autónoma.

Pero tampoco esta decisión puede ser modificada por la Alzada, toda vez que siendo el interés la medida del recurso, la parte demandada acrece de agravio frente a esta regulación en tanto la imposición de las costas por la defensa de prescripción se encuentra en cabeza de la parte actora.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada, y modificar el resolutorio de grado disminuyendo los honorarios regulados a los letrados de las partes por la acción de desalojo, los que se fijan en el 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ... y en el 7,84% de la base regulatoria para el Dr. ..., confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen al apelante perdidoso (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 25% de la suma que se determine para cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado respecto de la acción de desalojo y de la reconvención (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

Resuelve:

I.- Modificar el resolutorio de grado disminuyendo los honorarios regulados a los letrados de las partes por la acción de desalojo, los que se fijan en el 11,2% de la base regulatoria para el Dr. ... y en el 7,84% de la base regulatoria para el Dr. ..., confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al apelante perdidoso (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 25% de la suma que se determine para cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado respecto de la acción de desalojo y de la reconvención (art. 15, 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

**"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ SWACO DE ARGENTINA S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 547249/2016) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

APREMIO. CERTIFICADO DE DEUDA. TITULO EJECUTIVO. ASOCIACIONES SINDICALES DE TRABAJADORES. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. AGENTE DE RETENCION. CONTRIBUCIONES DE LOS AFILIADOS. TITULO EJECUTIVO INHABIL.

Le asiste razón a la ejecutada pues la ley reserva la posibilidad de emitir el certificado de deuda con habilidad ejecutiva únicamente para los créditos originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados. En ese sentido, el examen de la formalidad del título lleva a la conclusión de su inhabilidad sin necesidad de incurrir en el examen causal, pues la referencia que el mismo contiene no es a créditos originados en la calidad de agente de retención de la demandada sino créditos supuestamente originados en la falta de pago de contribuciones impuestas a la empresa, no a los trabajadores afiliados, asumiendo en ese caso la demandada el carácter de deudor directo y no de agente de retención.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 23 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ SWACO DE ARGENTINA S.A. S/ APREMIO”, (JNQJE1 EXP Nº 547249/2016), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 176/17 condenando a la demandada, decisión que es apelada por esta.

Expresa agravios a fs. 184/190 y sostiene que de conformidad a la jurisprudencia de este Cuerpo, en el caso de que el acreedor sea el creador del título, es preciso evaluar la cuestión de las defensas admisibles en el juicio ejecutivo con criterio amplio.

Bajo es pauta sostiene que la excepción de inhabilidad de título posibilita la discusión acerca del procedimiento de formación del título sin que ello implique avanzar sobre el debate causal de la deuda.

Argumenta que el certificado de deuda fue confeccionado de un modo que tampoco un juicio ordinario posterior podría revertir el daño causado. Agrega que no puede hablarse de título ejecutivo pues la ley que habilita la posibilidad de emitir el certificado de deuda, se refiere a la obligación del empleador de actuar como agente de retención de cuotas y contribuciones de trabajadores afiliados a las entidades sindicales.

En esa senda entiende que la ley no le otorga al Sindicato la posibilidad de emitir certificados de deuda para todo aquello que pretenda cobrarse del empleador, tratándose en el caso de autos de la pretensión de cobrar contribuciones de todos los trabajadores comprendidos en el convenio colectivo sin que se hayan identificado de ninguna manera en las actas.

Abunda afirmando que para que exista título ejecutivo debe originarse en la obligación del empleador de actuar como agente de retención y referirse a las cuotas y contribuciones que deben abonar trabajadores afiliados.

Cita un antecedente de la Corte Suprema que según entiende sustenta su postura y afirma que el Juez de grado, al igual que lo que sostiene la Corte como descalificatorio del fallo allí examinado, omitió la consideración de las defensas que interpuso su parte.

Agrega que la ausencia de identificación de los trabajadores a los cuales no se les habría efectuado la retención es lo que impide discutir la deuda en este proceso y luego lo impedirá en un proceso ordinario posterior.

Solicita se haga lugar al recurso y se revoque la sentencia, rechazando la ejecución.

A fs. 193/200 contesta la parte actora solicitando en primer lugar la deserción del recurso, señalando a continuación que ni la excepción de inhabilidad de título ni la supuesta falta de legitimación activa resultan admisibles en los juicios de apremio, agregando que la cuestión de la legitimación tampoco fue planteada en la instancia de grado.

Sostiene que no es cierto que no se haya respetado la bilateralidad del procedimiento previo a la creación del título o se haya violado el derecho de defensa de la accionada, y expresa que es autocontradictoria la actitud del excepcionante al hablar de inhabilidad de título y luego afirmar que abonó la cuota sindical y las contribuciones.

Agrega que de conformidad a las disposiciones correspondientes de la AFIP y la ley 18.820 es preciso depositar la suma ejecutada para poder proceder al cuestionamiento de la deuda.

Expresa que la posibilidad de alegar que parte del personal no se encuentra representado por el Sindicato era preciso expresarlo en el trámite administrativo previo, y que para el caso de aceptarse su planteo tardío, la ejecutada no agregó prueba que justifique esa defensa.

En cuanto al antecedente de este Cuerpo que cita el quejoso destaca que se trata de una sentencia inexistente pues allí se expresó que quien vota en primer término luego adhiere a su propio voto, razón por la cual su parte atacó de nulidad esa sentencia ya que no puede sostenerse la existencia de una sentencia de tribunal colegiado con un solo voto.

Sostiene que el ejecutado pretende discutir la causa de la obligación, cuestión vedada en este tipo de procesos y enfatiza que el certificado de deuda base de la presente acción se encuentra emitido de conformidad a las previsiones legales recordando que el momento para impugnar la deuda era el procedimiento administrativo, instancia en la que SWACO no impugnó la deuda dentro de los 15 días hábiles que tenía para hacerlo.

Solicita se tengan por contestados los agravios y se confirme la sentencia.

II.- En primer lugar cabe destacar que de la lectura de los agravios y su contestación no puede imputarse al planteo efectuado por el apelante que la defensa que lo lleva a agraviarse aquí no haya sido propuesta en la instancia de grado.

En ese sentido y de la lectura de la contestación de la demanda surge que desde el inicio la ejecutada plantea la improcedencia de la vía elegida por el actor para ejecutar un particular tipo de crédito que según lo que el Sindicato sostiene, su parte le adeudaría.

De este modo, el tratamiento del agravio que trae a la ejecutada a esta instancia es posible de ser abordado sin que ello amerite una calificación de incongruencia por haber omitido el planteo en la instancia de grado.

En orden al estudio de los agravios es conveniente enfocarnos en el fallo “Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines R.A. c. Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A. s/ ejecución fiscal” de la Corte Suprema de Justicia, dictado el 24 de junio de 2.014 pues el mismo es citado por la demandada y luego es objeto de réplica en la contestación de agravios.

En ese sentido, entiendo en una primera aproximación cabe otorgarle razón a la ejecutante respecto a que no medió un pronunciamiento concreto del Tribunal respecto a la procedencia de las excepciones, pues lo que decide la Corte es descalificar el pronunciamiento de la Cámara por la arbitrariedad que resultaba de encontrarse sustentado en un fundamento aparente.

La Corte expresa: “…. como puntualiza la recurrente, los jueces omitieron tener en cuenta en su decisión que el certificado obrante

a fs. 11 incluye rubros correspondientes al aporte solidario de los empleados a favor del sindicato reclamante del arto 108 del Convenio Colectivo de Trabajo nO 86/89 que se corresponde con el arto 37 de la ley 23.551 y el arto 9 de la ley 14.250; Y de la contribución solidaria que la empresa debió tributar por cada empleado según el arto 109 del mismo convenio, que se encuentra avalada por el art. 9° de la ley 23.55 l Y el 4° del decreto reglamentario n° 467/88.

"Por lo tanto correspondía en primer lugar verificar si resultaba pertinente el procedimiento especial regulado en la ley 24.642 con el que se intenta llevar adelante la ejecución de la deuda de todos los rubros adeudados, previsto para el cobro de deuda correspondiente a trabajadores afiliados al sindicato. En concreto que no fue examinado en el caso que los aportes y contribuciones previstos en el convenio colectivo de trabajo invocado para fundar el reclamo, establece obligaciones de pago tanto para trabajadores afiliados como para no afiliados y también para los empleadores. Sin embargo, el procedimiento de cobro de aportes sindicales regulado por la ley 24.642, dispone en su art. 1° que esa ley rige el procedimiento de cobro de los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación de actuar como agente, de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados al sindicato (el subrayado me pertenece)."

"Por lo tanto, el a quo debió responder al planteo de la demandada en tanto afirmó la no inclusión en el trámite ejecutivo especial de la ley 24.462 mencionada, de los aportes y contribuciones fijados por el convenio colectivo para no afiliados. Asimismo debió examinar si procedía la contribución de los empleadores, en particular la del arto 109 CCT mencionado. Es por ello que, considero que en el caso, se evidencia un supuesto de arbitrariedad toda vez que se verifica un apartamiento primario de la solución prevista en la ley, con una absoluta carencia de fundamentación, a fin de resguardar las garantías de la defensa enjuicio y el debido proceso (Fallos 323:2367)."

Sin embargo, a mi juicio, el núcleo del pronunciamiento es que la Corte otorga jerarquía a las defensas esgrimidas, advirtiendo que la falta de examen y fundamento en relación a las mismas, invalida al pronunciamiento que se dicte de ese modo.

Así se impone concluir que resulta improcedente rechazar la ejecución con el argumento de que el juicio ejecutivo no admite ese tipo de defensas.

Sentado ello, y en orden a comprender el razonamiento de la Corte vale remitir a la lectura del Convenio Colectivo 86/89 al que se alude en el antecedente, los que establecen: "ARTICULO 108º: APORTES TRABAJADORES NO AFILIADOS: Todos los trabajadores de la actividad no afiliados a la entidad gremial signataria de este Convenio Colectivo, con derecho al goce de los beneficios que el mismo otorga, por resolución de la Asamblea Extraordinaria del gremio de fecha 20/12/88 aportarán el uno y medio por ciento del total de sus remuneraciones mensuales. Los empleadores actuarán como agente de retención y efectuarán el depósito de las sumas retenidas en la misma forma y plazo que la cuota sindical de los trabajadores afiliados." y "ARTICULO 109º: CONTRIBUCION EMPRESARIA: Los empleadores aportarán mensualmente a la Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines un valor igual a tres horas quince minutos del salario Básico del Convenio Colectivo correspondiente a la 23º categoría, por cada trabajador comprendido en este Convenio Colectivo, aplicado a fines de promoción social.

Este aporte se hará efectivo en igual oportunidad y en las misma forma que la cuota sindical de los afiliados a la entidad sindical."

En el caso de autos lo reclamado son los créditos originados por Contribución ordinaria socio cultural Art. 35 CCT N* 537/09 y art 53 CCT N* 637/11 y Contribución Extraordinaria Res. ST N* 331/11" –certificado de deuda de fs. 100-.

La contribución ordinaria socio cultural del artículo 35 del Convenio Colectivo de Trabajo 537/09 está prevista en los siguientes términos: "CONTRIBUCION PARA PROGRAMAS SOCIO CULTURALES. A los efectos de colaborar con los programas sociales, culturales, asistenciales y de capacitación profesional, laboral y/o gremial que desarrolle cada Sindicato, las empresas contribuirán mensualmente con la suma de pesos ciento ($ 180) por cada trabajador comprendido en el presente convenio, por el período comprendido entre mayo de 2008 a diciembre de 2009 ambos inclusive. Tales sumas se depositarán en la cuenta corriente que mediante notificación fehaciente y oportuna indique cada Sindicato, en los mismos plazos en que se efectúen los depósitos previsionales. A los fines de efectivizar los pagos precedentemente mencionados, la cantidad de personal comprendido por el cual se devengarán estos importes será la correspondiente al último día hábil del mes anterior a la fecha de vencimiento pertinente."

Luego, el artículo 53 del Convenio Colectivo de Trabajo 637/11: "A los efectos de colaborar con los programas sociales, culturales, asistenciales y de capacitación profesional, laboral y/o gremial que desarrolle el Sindicato, las empresas contribuirán mensualmente con la suma de pesos doscientos setenta y cuatro ($274) por cada trabajador comprendido en el presente convenio, durante vigencia del mismo. Tales sumas se depositarán en la cuenta corriente del banco Hipotecario, sucursal Neuquén número …., en los mismos plazos en que se efectúen los depósitos previsionales. A los fines de efectivizar los pagos precedentemente mencionados, la cantidad de personal comprendido por el cual se devengarán estos importes será la correspondiente al último día hábil del mes anterior a la fecha de vencimiento pertinente."

Y por último la Contribución Extraordinaria Res. ST 331/11 "… la contribución empresaria prevista por el artículo tercero del

acuerdo obrante a fs. 1/3 del Exprte. … se calculará, en relación con la Federación Argentina Sindical del Petróleo, Gas y Biocombustibles, por cada trabajador encuadrado en el Conv. Colect. de Trab. 396/04 correspondiente a los sindicatos de primer grado adheridos a dicha Federación y/o que resulten beneficiarios de las prestaciones de la obra social OSPEGAP"

Pues bien, previo a avanzar en la conclusión me interesa recordar: "… en nuestro sistema jurídico, frente a la figura del proceso de conocimiento sumario, cuya finalidad objetiva es lograr el reconocimiento de un derecho incierto tras un debate integral y pleno, se alza la figura de los denominados procesos ejecutivos que presuponen el debate acotado de un tema litigioso —existencia de un crédito impago— que puede ser objeto de revisión a través de otro proceso."

"En verdad, los juicios ejecutivos se caracterizan por ser procesos de trámite breve y comprimido en el que, simplemente, se hacen efectivos los títulos autorizados por el legislador, sin que exista un debate amplio sobre los hechos en disputa, al contrario de lo que sucede en los procesos ordinarios. Por ello, se encuentra vedada toda discusión acerca de la causa fuente de la obligación patrimonial cuya satisfacción se persigue."

"Así, se ha dicho: "como el juicio ejecutivo tiene su base en el título y la posibilidad de un juicio ordinario posterior, en principio y como regla, la cuestión causal no puede ser discutida en el proceso. Sin embargo, distintas excepciones al principio han dado lugar a una discusión no acallada entre causalistas y anticausalistas que se desarrolla en el terreno de la doctrina y de la jurisprudencia... la naturaleza del juicio ejecutivo, con un limitado ámbito cognoscitivo, excluye todo aquello que va más allá de lo meramente extrínseco, pudiendo el ejecutado únicamente oponer al progreso del juicio, por vía de excepción, las deficiencias formales del título; la controversia sobe lo sustancial, sobre la legitimidad de la causa, quedará reservada para un juicio ordinario en el cual se posibilite un amplio debate". ("La Corte Suprema pone coto a la figura del juicio de apremio iniciado por entes sindicales-Pose, Carlos- DT 2015 (enero), 84)

La ley 24.642 en el artículo 1° dispone: "Los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados a las mismas, estarán sujetos al procedimiento de cobro que se establece por la presente ley. que el En orden a discutir la composición de la deuda, habría un consentimiento previo relacionado con que ese tipo de crédito es posible de ser ejecutado por vía de apremio." Y en su artículo 5°:

"El cobro judicial de los créditos previstos en la presente ley se hará por la vía de apremio o de ejecución fiscal prescriptos en los códigos procesales civiles y comerciales de cada jurisdicción, sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por la asociación sindical respectiva."

De este modo, entiendo que le asiste razón a la ejecutada pues la ley reserva la posibilidad de emitir el certificado de deuda con habilidad ejecutiva únicamente para los créditos originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados.

En ese sentido, el examen de la formalidad del título lleva a la conclusión de su inhabilidad sin necesidad de incurrir en el examen causal, pues la referencia que el mismo contiene no es a créditos originados en la calidad de agente de retención de la demandada sino créditos supuestamente originados en la falta de pago de contribuciones impuestas a la empresa, no a los trabajadores afiliados, asumiendo en ese caso la demandada el carácter de deudor directo y no de agente de retención.

También es preciso tener en cuenta que la eficacia del título está condicionada al cumplimiento de un trámite instructorio previo en el que la deudora participa, lo cual resulta imprescindible atento a que, si bien las contribuciones a las entidades sindicales se subsumen en el poder de imposición que se les reconoce, esa potestad impositiva no es idéntica a la del Estado que cuenta con prerrogativas distintas en orden a sus requerimientos fiscales.

En ese procedimiento previo, la eficacia que puede tener la decisión de la propia entidad respecto a la procedencia del crédito adquiere mayor legitimidad en el caso que sólo se proceda a verificar el carácter de afiliado o no, que efectivamente se hayan efectuado las retenciones y luego la falta de depósito.

Sin embargo la legitimidad de la decisión de quien es juez y parte en el procedimiento administrativo respecto de otras cuestiones: encuadramiento sindical, realización de obras y programas, reconocimiento de la gestión del sindicato en la obtención de mejoras; ya incluye cuestiones de hecho y un mayor debate que requiere necesariamente la posibilidad de un control judicial suficiente el que sólo tiene lugar en caso de un proceso judicial en que intervenga un tercero imparcial.

Sucede así que la certeza que puede derivar de la legitimidad de un crédito no ingresado en relación a un trabajador afiliado es de una verosimilitud superior a la que puede existir con otro tipo de aportes que componen el patrimonio de las asociaciones sindicales y que se vinculan con hechos que ameritan un debate más amplio y profundo –repito-: cuestiones de encuadramiento sindical, procedencia de que se hayan llevado a cabo efectivamente los beneficios a los trabajadores a los que se dirigían los aportes de los empleadores.

Esta cuestión es central para hacer lugar al planteo defensista pues la posibilidad de recurrir a un proceso ejecutivo se relaciona principalmente con que la ley presume la legitimidad del crédito contenido en el título pues acepta que cierto tipo de créditos se valen por sí mismos.

En cuanto al precedente de este Cuerpo que cita el apelante, y luego al contestar los agravios el Sindicato expresa que es nulo me interesa aclarar una cuestión, sin perjuicio del carril recursivo emprendido por el ejecutante en aquel proceso, por cuanto se trata de un precedente del suscripto y mi colega de Sala Dra. Patricia Clerici.

La deficiencia apuntada obedeció a un error de tipeo al momento de confeccionar el escrito que contenía la decisión, circunstancia que es enmendada en el propio instrumento pues tanto la sentencia obrante en aquellas actuaciones como la del protocolo de sentencias cuentan con la rúbrica del suscripto y de la Dra. Patricia Clerici.

En aquel caso no hubo una alteración del funcionamiento del tribunal colegiado que resulta ser la garantía de defensa que se hubiera visto afectada, pues el proceso se definió por el voto del suscripto que fuera sorteado como primero en el orden de votación, y luego a ese voto adhirió la Dra. Clerici, de lo cual hay constancia a través de la firma de ambos en la sentencia.

Reitero, la indicación de que se realizaba la adhesión a un voto propio se debió a un evidente error de tipeo, sin una trascendencia idónea para viciar la decisión como sentencia que pueda obstar al sostenimiento de la misma, y tan es así que se trata de uno de los supuestos más comunes de ser subsanado a través del recurso a una aclaratoria.

Del precedente citado sólo resulta aplicable lo dicho en relación a que no es preciso el depósito previo de lo que se reclama para poder interponer excepciones en el proceso ejecutivo, pues el núcleo de lo decidido se relacionaba con la falta de firma en el certificado de deuda del representante legal de la entidad.

Señalabamos allí: “En cuanto al argumento de que se debió depositar la suma reclamada como requisito previo a la deducción de la defensa resulta inatendible, toda vez que ni la ley que permite la creación del título ni el código de rito lo exigen como requisito de procedencia y de todas formas no estamos dentro del proceso de determinación administrativa de la deuda sino en el procedimiento judicial de cobro de la supuesta deuda y que en el caso se sustenta en un título inhábil, por lo cual mal, puede requerirse al supuesto deudor que deposite la suma reclamada.” (“MUTUAL DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO C/ Y.P.F. S.A. S/APREMIO”, (Expte. Nº 526256/2014) 14-06-2016 Sala II)

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de autos, revocar la sentencia y hacer lugar a la excepción de falta de inhabilidad de título, rechazando la ejecución.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen al Sindicato actor (arts. 558 y 68, CPCyC), debiendo diferirse la regulación de honorarios para el momento de contarse con pautas a tal fin.

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 de fs. 176/179 vta. y hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por SWACO DE ARGENTINA S.A rechazando la ejecución a su respecto.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a la ejecutante perdidosa (arts. 558 y 68, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales en ambas instancias para cuando se cuente con pautas a tal fin.

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

**"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUR VIVIENDAS S.R.L. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 549064/2016) – Sentencia: 130/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

JUICIO DE APREMIO. TRIBUNAL MUNICIPAL DE FALTAS. SENTENCIA CONTRAVENCIONAL. LITISPENDENCIA. INHABILIDAD DE TITULO. RECHAZO DE LAS EXCEPCIONES.

1.- Debe ser confirmada la decisión de la jueza de primera instancia en cuanto rechaza la excepción de litispendencia -el excepcionante la funda en que había iniciado una acción procesal administrativa-, pues tratándose de un juicio ejecutivo, la litispendencia sólo puede prosperar cuando se funda en la existencia de otro juicio ejecutivo entre las mismas partes y promovido en virtud de un mismo título (cfr. López Mesa, Marcelo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. IV, pág. 500/501; Arazi, Roland – Rojas, Jorge A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 316/317). Siendo pertinente aclarar que el antecedente de esta Sala II citado en la expresión de agravios alude expresamente a "dos procesos de ejecución que coexistan".

2.- En lo que refiere a la excepción de inhabilidad de título, y si bien existen diferentes posturas en el seno del Tribunal Superior de Justicia respecto a si la impugnación judicial de la resolución administrativa que aplica multas es una excepción o no a la ejecutoriedad del acto administrativo, cuando respecto de él se ha agotado la vía recursiva administrativa (cfr. autos "Schulumberger Argentina S.A. c/ Provincia del Neuquén", R.I. n° 7.111/2009; autos "Lucero c/ Municipalidad de Zapala", R.I. n° 404/2016; autos "Embotelladora del Atlántico S.A. c/ Municipalidad de Neuquén", R.I. n° 440/2016, todas del registro de la Secretarías de Demandas Originarias), no es posible efectuar tal planteo ante el juez del proceso ejecutivo, sino que ello debe ser canalizado por la vía del art. 21 de la ley 1.305 –suspensión de la ejecución de las disposiciones administrativas-. Ello así porque es el juez del proceso de conocimiento quien se encuentra en mejores condiciones para evaluar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, y no el magistrado del trámite ejecutivo para quién el análisis de la habilidad o inhabilidad del título se limita a las formas extrínsecas del título, sin que pueda ingresar en la discusión de la causa (art. 544, inc. 4°, CPCyC).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUR VIVIENDAS S.R.L. S/ APREMIO", (JNQJE3 EXP Nº 549064/2016), 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, 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. 54/56, que rechaza las excepciones de inhabilidad de título y litispendencia, y manda llevar adelante la ejecución, con costas al vencido.

a) El recurrente se agravia en tanto la a quo entendió que no era necesaria la apertura a prueba de la causa, señalando que el hecho de haber iniciado una acción procesal administrativa no obsta a la ejecutoriedad del título de fs. 2/4.

Dice que la jueza de grado no ha solicitado la certificación por Secretaría de la existencia del expediente que su parte inició ante la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia provincial, del que surge que la sentencia contravencional en que se funda esta ejecución no se encuentra firme y, por ende, no es título ejecutivo hábil. Agrega que, de haberse pedido el

informe, se sabría que su parte inicio la demanda el día 15 de mayo de 2015, en tanto que esta ejecución se inició el día 14 de marzo de 2016, y que el día 11 de julio de 2015 se le requirió a la Municipalidad de Neuquén, en la causa procesal administrativa, la remisión del expediente administrativo, que en copia certificada se incorpora al expediente referido con fecha 23 de julio de 2015, lo que indica que a esa fecha la actora tenía conocimiento del inicio de la acción ante el Tribunal Superior de Justicia.

Señala que su cuestionamiento no lo es respecto de la validez de la sentencia administrativa, sino en orden a su falta de firmeza al momento de iniciarse la ejecución, sumado a ello que la misma administración tenía pleno conocimiento de la existencia del juicio anterior.

Cita doctrina.

Sostiene que yerra la sentencia recurrida cuando afirma que la excepción de litispendencia sólo es admisible cuando se funda en la existencia de otro juicio ejecutivo, ya que el código procesal habla de litispendencia en otro juzgado o tribunal competente. Cita jurisprudencia.

También se queja de la conclusión de la jueza de primera instancia respecto a que hay diversidad de objetos en ambos juicios, toda vez que tanto en el ejecutivo como en la acción procesal administrativa existe la triple identidad: sujetos, objeto y causa. Cita jurisprudencia de esta Sala II, como así también de la Sala I.

Hace reserva del caso federal.

b) La ejecutante no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento de la apelación de autos, comparto lo decidido por la a quo.

Si bien ambas excepciones tienen un mismo fundamento –cuestionamiento judicial de la sanción impuesta por el Tribunal Municipal de Faltas-, el análisis es diferente conforme se trate de una u otra excepción.

La excepción de litispendencia es improcedente en tanto doctrina y jurisprudencia son contestes en que, tratándose de un juicio ejecutivo, la litispendencia sólo puede prosperar cuando se funda en la existencia de otro juicio ejecutivo entre las mismas partes y promovido en virtud de un mismo título (cfr. López Mesa, Marcelo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. IV, pág. 500/501; Arazi, Roland – Rojas, Jorge A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 316/317). Siendo pertinente aclarar que el antecedente de esta Sala II citado en la expresión de agravios alude expresamente a "dos procesos de ejecución que coexistan".

Esto tiene fundamento en los distintos efectos de la cosa juzgada, en tanto aquella es formal en los procesos ejecutivos, y material en los de conocimiento, por lo que no existe el riesgo del dictado de sentencias contradictorias y, en todo caso, si el resultado del juicio de conocimiento difiere con el oportunamente establecido en el trámite ejecutivo podría, ciñéndonos al caso de autos, repetirse lo abonado indebidamente.

Cabe hacer excepción, cuando el proceso de conocimiento tiene por objeto la consignación de las sumas reclamadas en el trámite de ejecución, siempre que se cumpla con determinados requisitos que no viene al caso enumerar ya que no se trata del supuesto de autos.

En la jurisprudencia se advierte la adhesión al criterio antedicho.

Así la Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Sala II- resolvió que en el juicio ejecutivo, la litispendencia no puede fundarse en la existencia de un litigo tramitado por la vía ordinaria, aunque se trate de las mismas partes y de cuestiones vinculadas con los documentos que se ejecutan, por lo que tal excepción sólo puede basarse en la existencia de otro proceso del mismo carácter (autos "G.C.B.A. c/ Club Mediterranee Argentina S.R.L.", 19/9/2002, LL AR/JUR/4757/2002).

En similares términos se expidió la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 2da. Nominación de Río Cuarto: "Procede rechazar la excepción de litispendencia interpuesta por la empresa, por no configurarse identidad de procesos alguna entre el juicio contencioso administrativo en donde se debate la obligación de pagar o no los intereses devengados por la contribución que los origina y el juicio ejecutivo por el cual se pretende hacer efectivas dichas sumas, ya que se trata de procesos con objetos esencialmente diversos, no existiendo conexidad entre ambos, pues la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo no reviste la condición de hacer cosa juzgada material" (autos "Municipalidad de Río Cuarto c/ Plan Rombo S.A.", 3/11/2006, LL 70037892).

Por ende, se confirma la decisión de la jueza de primera instancia en cuanto rechaza la excepción de litispendencia.

III.- En lo que refiere a la excepción de inhabilidad de título, y si bien existen diferentes posturas en el seno del Tribunal Superior de Justicia respecto a si la impugnación judicial de la resolución administrativa que aplica multas es una excepción o no a la ejecutoriedad del acto administrativo, cuando respecto de él se ha agotado la vía recursiva administrativa (cfr. autos "Schulumberger Argentina S.A. c/ Provincia del Neuquén", R.I. n° 7.111/2009; autos "Lucero c/ Municipalidad de Zapala", R.I. n°

404/2016; autos "Embotelladora del Atlántico S.A. c/ Municipalidad de Neuquén", R.I. n° 440/2016, todas del registro de la Secretarías de Demandas Originarias), no es posible efectuar tal planteo ante el juez del proceso ejecutivo, sino que ello debe ser canalizado por la vía del art. 21 de la ley 1.305 –suspensión de la ejecución de las disposiciones administrativas-.

Ello así porque es el juez del proceso de conocimiento quien se encuentra en mejores condiciones para evaluar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, y no el magistrado del trámite ejecutivo para quién el análisis de la habilidad o inhabilidad del título se limita a las formas extrínsecas del título, sin que pueda ingresar en la discusión de la causa (art. 544, inc. 4°, CPCyC).

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 54/56.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada para cuando se cuente con base a tal fin.

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

**"CHURRARIN MARIO LUIS C/ QUIROGA JORGE LUIS Y OTROS S/ COBRO DE ALQUILERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 543512/2015) – Sentencia: 132/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.

LOCACION DE INMUEBLES. RESCISION DEL CONTRATO. ENTREGA DEL INMUEBLE. GARANTE. OBLIGACIONES DEL FIADOR. LIMITES.

1.- Si las partes del contrato de locación decidieron poner fin al mismo, en forma anticipada, en el caso el día 31 de julio de 2015, las obligaciones del fiador se extendieron solamente hasta esa fecha, y hasta ese momento, el locador puede reclamar del fiador los arriendos, tasas e impuestos adeudados por el locatario.

2.- Si en el convenio de rescisión del contrato de locación las partes acordaron que el inmueble debía ser restituido al locador unos días después, las deudas originadas en este plazo de gracia convenido entre locador y locatario no pueden ser reclamadas al fiador, toda vez que el contrato se encuentra finiquitado, no habiendo participado el garante de esta negociación.

3.- No existiendo prueba alguna respecto al momento en el cual el actor reclamó la restitución del inmueble locado, informando de tal extremo al garante, debe entenderse que la locación

continuó en los términos del art. 1.622 del Código Civil, pero sin la fianza.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CHURRARIN MARIO LUIS C/ QUIROGA JORGE LUIS Y OTROS S/ COBRO DE ALQUILERES", (JNQJE1 EXP Nº 543512/2015), 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.- Los codemandados Mariñir y Ferreyra interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 157/159, que rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por los recurrentes, y manda llevar adelante la ejecución, con costas a los vencidos.

a) El codemandado Juan Antonio Ferreyra se agravia por entender que la sentencia de primera instancia le impone obligaciones emanadas de un contrato rescindido por expresa voluntad de los contratantes, locador y locatario.

Dice que conforme lo establece el art. 958 del Código Civil, las partes tienen autonomía y poder de disposición respecto de sus derechos, en materias de neta naturaleza patrimonial, que no afecten el orden público, ni la moral, ni las buenas costumbres.

Sigue diciendo que todo contrato concluye con su rescisión, cesando en ese momento las obligaciones contraídas, y que ello sucedió con el contrato de autos.

Señala que fue el actor quién decidió hacer un nuevo convenio con su inquilino, dejando a los garantes liberados del contrato original.

Considera que las intimaciones de fs. 6/8 fueron enviadas una vez rescindido el contrato de locación y cuando las obligaciones de los garantes habían cesado.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 171/173 vta.

Solicita la deserción del recurso, señalando que los agravios no reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente sostiene que el acuerdo de rescisión invocado, en principio, sólo anticipa el plazo de finalización del contrato y el pago de alquileres adeudados, sin causar gravamen alguno a los garantes; en otras palabras, argumenta la actora, el alcance del acuerdo no perjudica, ni modifica ni extingue las obligaciones de los garantes.

Dice que el acuerdo de pago y restitución del inmueble suscripto con el demandado Quiroga jamás tuvo cumplimiento, y que la confección de dicho acuerdo fue lograda con la ayuda de apelante, quién hoy pretende desconocer que ese acuerdo extrajudicial se celebró con el objeto de evitar la ejecución judicial.

c) El recurso de la demandada Ana Margarita Mariñir fue declarado desierto a fs. 175.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso planteado por el codemandado Ferreyra, señalo, en primer lugar, que la expresión de agravios reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no corresponde declarar la deserción de la queja.

III.- La cuestión que se trae a conocimiento de la Alzada refiere a la interpretación del convenio que suscribieron el actor y el codemandado Quiroga y que obra a fs. 155, y a la extensión temporal de la fianza.

Mientras que el a quo ha entendido que se trata de un convenio de pago y de adelantamiento de la fecha de finalización del contrato de locación; para el garante apelante, se trata de un convenio que rescindió el contrato referido.

El apelante se constituyó en garante del contrato de locación celebrado entre el actor y el codemandado Quiroga, cuyo texto obra a fs. 152/154.

De acuerdo con el art. 1.986 del Código Civil de Vélez Sarsfield –norma utilizada por el a quo, no encontrándose discutido este encuadramiento legal-, habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria.

Carlos Cárdenas Quirós afirma que la mayoría de los códigos modernos conciben la fianza como un contrato en el cual el fiador constituye un tercero convencionalmente previsto para hacerse cargo de la deuda no satisfecha por el deudor. De esta manera, se exige que el contenido de la relación obligatoria de fianza esté constituido, en principio, por una prestación idéntica a la que debe ser ejecutada por el deudor en el marco de la obligación afianzada (cfr. aut. cit., "Fianza y responsabilidad del fiador", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2, pág. 56).

En autos, el apelante se ha constituido en fiador de todas las obligaciones emergentes del contrato de locación de fecha 11 de noviembre de 2013.

El problema que se plantea es la existencia del convenio de fs. 155 y su influencia sobre el contrato de locación, cuyas obligaciones garantiza el recurrente.

Mediante el referido convenio, locador y locatario –sin la participación de los garantes-, acuerdan: 1) rescindir ante tempus el contrato de locación como consecuencia del atraso en el pago del alquiler por dos meses consecutivos; 2) la forma de pago de los alquileres de los meses de mayo, junio y julio de 2015, deuda de agua y retributivos devengados durante la vigencia del contrato de locación, más sus intereses; 3) la desocupación del inmueble el día 10 de agosto de 2015, estableciéndose las condiciones de la entrega.

De acuerdo con el art. 2.042 del Código Civil la fianza se extingue por la extinción de la obligación principal. Consecuentemente habiéndose adelantado la fecha de finalización del contrato, el que se rescindió de común acuerdo de partes el día 31 de julio de 2015, en principio, hasta ese momento tuvo vigencia la fianza. Concluido el contrato de locación, concluye la fianza.

Esta es también la inteligencia del art. 1.582 bis del Código Civil –incorporado por ley 25.628- en cuanto dispone que la obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación, salvo la que se derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado.Ariel C. Ariza sostiene que el art. 1.582 bis del Código Civil viene a dirimir las distintas posiciones planteadas en doctrina y jurisprudencia respecto de la extensión temporal de la fianza en el contrato de locación. Y destaca que el primer párrafo de la norma en cuestión dispone la cesación automática de las obligaciones del fiador, poniendo así fin a la responsabilidad del fiador por obligaciones posteriores a la finalización del contrato y que, como consecuencia de esta limitación, ninguna de las obligaciones que con posterioridad puedan surgir por la conducta del locatario será posible trasladarlas al fiador. Por lo tanto, extinguido el contrato no es factible trasladar al garante las deudas provenientes de alquileres, impuestos o reparaciones que puedan proceder del deterioro culpable o inculpable de la cosa, posteriores al vencimiento del plazo contractual (cfr. aut. cit., “Modificación al régimen legal de la fianza en el contrato de locación: incorporación del art. 1582 bis al Código Civil (Ley 25.628)”, LL 0003/009260).La Sala I de esta Cámara de Apelaciones, en anterior integración, y en voto concurrente del Dr. Enrique Videla Sánchez, dijo: “La ley 25.628, sancionada el 31 de julio de 2002 y promulgada el 22 de agosto de ese año, incorpora al Código Civil el artículo 1582 bis, cuya interpretación no ha sido unánime en la jurisprudencia. La C.N.Civ. Sala K, en “Blitman, Norberto M. y otro c. Furnari, Filomena y otros” (LL 16/11/2004, 7) dijo el 29/10/2004 que la mera continuación de la ocupación no permite concluir que haya existido una nueva convención, sino la continuación de la relación existente, la que debe hacerse extensiva a quien se obligó en los términos como principal pagadores, respondiendo en principio sin limitaciones por los alquileres posteriores al vencimiento del término de locación. También postula por esa posición la sala K en: "Nostra S.A. c. Cao, Marta y otros" (LL 2003-D, 221) y la sala A en "González, Arístides R. c. Tello, Rodolfo C. y otro" (LL 2002-F, 239). “La sala E de esa Cámara, en “Milano, Mario c. Oliveira, Nelida” (LL 2005-E, 653), sostuvo en cambio que la prórroga tácita convenida entre el locador y el locatario no puede ser opuesta al fiador solidario y principal pagador, pues aun cuando le sean aplicables a aquél las disposiciones sobre los codeudores solidarios, el alcance de dicha obligación no puede proyectarse fuera del ámbito temporal del contrato por el que entendió obligarse, en virtud del principio de relatividad en los efectos de los contratos. Similar había sido su postura en “Widnicka, Carolina B. c. Sztajn Moniek y otros” (LL 2004-D, 971). “La misma posición adopta la sala M en “Sucesores de Baldassare c. Boromei, Jorge” (LL 2004-A, 172). “La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 10/08/2004, en “Donno, María E. c. Silva Pavez, Liliana y otro” (Fallos: 327:3017) se adscribe a esa última posición al remitirse al dictamen del Procurador General de la Nación.

En el caso la Cámara de Apelaciones había revocado el pronunciamiento de primera instancia, admitiendo la ejecución promovida contra el fiador en un contrato de locación, en cuanto a las mensualidades devengadas con posterioridad al vencimiento del contrato, durante el plazo de gracia pactado por locador y locatario sin el consentimiento del obligado por la fianza. Se señaló que la responsabilidad del fiador por los alquileres atrasados e intereses pactados en el contrato de locación originario se extiende sólo hasta la fecha de finalización del mismo, siéndole inoponible el plazo de gracia pactado entre locador e inquilino. Considera que, a todo evento los conflictos que se suscitan en cuestiones como la de autos, han quedado definitivamente resueltas a partir de la incorporación al Código Civil, mediante la ley 25.628, del artículo 1582 bis. Los doctores Petracchi, Boggiano y Maqueda votaron en disidencia, postulando la denegación, por inadmisible.

“La ley en análisis presenta una mala técnica legislativa, introduciendo cierto desconcierto. La salvedad de la primera oración (“salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado”) podría dar a entender que se exceptúa el caso del art 1622 C.C. Luego la expresión “prórroga tácita” de la segunda oración parece confrontar con la tácita reconducción a la que alude el mencionado art. 1622, pudiendo reforzar la posición de que la nueva norma no alude al mismo; claro está que es muy reiterado en el mundo jurídico aludir a la situación continuación de la locación como una prórroga tácita.

“Alejandro Borda expresa que la nueva norma, al mencionar la "prórroga tácita" se está refiriendo -con alguna imprecisión

terminológica- a la continuación de la locación concluida. La idea es clara, dice, si el contrato tenía una fecha de expiración y la locación continúa, la partes (locador y locatario) han prorrogado sus efectos (La fianza y el nuevo artículo 1582 bis del Código Civil, LL 2002-E, 1204).

"Borda entiende que entender que por imperio del art. 1622, la obligación del fiador, aunque sea el llamado principal pagador, se mantiene a pesar de haber vencido el plazo locativo, interpretando que las partes han querido dejar al arbitrio del locador la duración de la fianza, es una afirmación inaudita pues es evidente que excede la finalidad propia de la garantía concertada. Advierte que el fiador se encontraría en un virtual estado de impotencia, quedando sine die comprometido con obligaciones que en su fuero íntimo jamás soñó que se extenderían más allá del plazo contractual pactado. Esta corriente interpretativa es desterrada con la nueva norma. ("La fianza …")…Pero la ley existe, tiene un norte y no cabe sino respetarla… En estos términos si las partes del contrato de locación acordaron dar por finalizado el mismo al 31 de julio de 2005, las obligaciones del fiador se extienden solamente hasta esa fecha" (autos "Barbero c/ Libertini", expte. n° 327.616/2005, P.S. 2007-IV, n° 130).

Igual postura ya había asumido la Sala II de la Cámara de Apelaciones local, también en anterior composición, con cita del precedente "Donno c/ Silva Páez" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros fallos de tribunales nacionales (autos "Barbero c/ Libertini", expte. n° 327.617/2005, P.S. 2006-II, n° 77).

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín señaló que "…el art. 1.582 bis del Código Civil establece, como principio general, que la obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del plazo de la locación.

"Es decir, la garantía emergente de la fianza se extingue de pleno derecho, sin que sea necesaria ninguna declaración del fiador.

"De modo, que éste queda desvinculado de los avatares posteriores al fenecimiento del plazo de locación.

"Pero esta regla reconoce una excepción que está constituida por las obligaciones que se deriven de la falta de restitución oportuna del inmueble locado.

"En virtud de esta excepción, quedan excluidas de la limitación temporal de la fianza, las obligaciones que reconozcan su causa en el incumplimiento del locatario de su deber de devolver el inmueble en tiempo propio, por lo que, en estos supuestos, el fiador responde por el pago de la indemnización que corresponda al locador a raíz de los daños generados por la tardanza.

"En claro ello, debe resaltarse que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.622 del Código Civil, si una vez vencido el plazo de la locación, el locatario permanece en el inmueble, se considera que dicha locación continúa hasta que el locador exija la devolución del bien, lo que puede realizar en cualquier momento.

"Pero, mientras no se formule tal requerimiento, el locatario no queda colocado en situación de retención indebida.

"Entonces, si no hay intimación a desocupar, la permanencia del locatario en el inmueble con posterioridad al vencimiento del contrato, implica la continuidad de la locación concluida. Por ende, no resulta indebida la ocupación del bien por parte de aquél, en virtud del consentimiento del locador.

"Y, como corolario, si la permanencia del locatario en el inmueble no es indebida, no se configura la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado, por lo que el fiador no responde más allá del período convenido" (autos "Castelli c/ Márquez", 29/11/2007, LL AR/JUR/10300/2007).

Aída Kemelmajer de Carlucci precisa que si el locador pretende que el garante responda por los daños y perjuicios derivados de la falta de restitución, debe expresar su voluntad contraria a la ley (art. 1.622), y consecuentemente emplazar al inquilino y al garante inmediatamente de vencido el plazo, y si esa intimación no tiene resultado positivo iniciar inmediatamente el proceso judicial (cfr. aut. cit., "Fianza y plazo de locación. Ley 25.268. Una reforma esperada por algunos y resistida por otros", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2004-2, pág. 40).

Cabe señalar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que puede siempre servir de pauta de interpretación más allá de su no aplicación al caso concreto, no introduce reformas en este aspecto, manteniendo, bajo el número de artículo 1.225, una redacción similar a la del art. 1.582 bis de la anterior codificación.

IV.- Trasladando los conceptos desarrollados al caso de autos, tenemos que si las partes del contrato de locación decidieron poner fin al mismo, en forma anticipada, el día 31 de julio de 2015, las obligaciones del fiador se extendieron solamente hasta el 31 de julio de 2015.

Por ende, el locador puede reclamar del fiador los arriendos, tasas e impuestos adeudados por el locatario hasta el 31 de julio de 2015.

En el convenio de rescisión las partes acordaron que el inmueble debía ser restituido al locador el día 10 de agosto de 2015. Las deudas originadas en este plazo de gracia convenido entre locador y locatario no pueden ser reclamadas al fiador, toda vez que el contrato se encuentra finiquitado, no habiendo participado el garante de esta negociación.

Las cartas documentos de fs. 148/150, todas de fechas 21 de agosto de 2015, reclaman el pago de los alquileres adeudados pero

no intiman la restitución del inmueble, no obstante que a ese momento el plazo para su restitución se encontraba vencido.

Luego, no existiendo prueba alguna en autos respecto al momento en el cual el actor reclamó la restitución del inmueble locado, informando de tal extremo al garante, debe entenderse que la locación continuó en los términos del art. 1.622 del Código Civil, pero sin la fianza. Por lo dicho es que debe hacerse lugar parcialmente a la excepción de falta de legitimación pasiva, determinando que el recurrente no debe responder como fiador por las obligaciones emergentes del contrato de locación de autos, posteriores al 31 de julio de 2015.

V.- Por tanto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de autos, y modificar el resolutorio apelado, haciendo lugar parcialmente a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Juan Antonio Ferreyra, y reduciendo la condena respecto de éste al pago de las locaciones correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2015 con más la multa prevista en la cláusula QUINTA del contrato de locación, con la morigeración determinada en el fallo de grado.

Las costas de la primera y segunda instancias por el acogimiento parcial de la excepción de falta de legitimación pasiva, en atención al éxito obtenido, se imponen en el orden causado (arts. 558 y 71, CPCyC).

La regulación de honorarios por la actuación ante la Alzada se difiere para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia de fs. 157/159, haciendo lugar parcialmente a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Juan Antonio Ferreyra, y reduciendo la condena respecto de éste al pago de las locaciones correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2015 con más la multa prevista en la cláusula QUINTA del contrato de locación, con la morigeración determinada en el fallo de grado.

II.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 558 y 71, CPCyC).

III.- La regulación de honorarios por la actuación ante la Alzada se difiere para cuando se cuente con base a tal fin.

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

**"GAS Y PETROLEO DEL NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION S/ INSCRIPCION DE MODIFICACION DE CONTRATO DE UTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 22920/2017) – Interlocutoria: 129/17 – Fecha: 18/04/2017

DERECHO COMERCIAL: Sociedades comerciales.

REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO. UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS. EMPRESAS DEL ESTADO. ADENDA. INSCRIPCION. INDIVIDUALIZACION DEL PRESIDENTE DEL DIRECTORIO. SEGUNDO PRENOMBRE. DISCORDANCIA. ACTA NOTARIAL. VALIDEZ DEL ACTA NOTARIAL.

Corresponde revocar la resolución del Registro Público de Comercio quien requiere que se acompañe instrumento modificatorio de la adenda que se pretende inscribir, en el cual conste el nombre completo del Presidente de Gas y Petróleo del Neuquén S.A. con participación estatal mayoritaria, en atención a la discordancia existente entre el nombre que consta en el

encabezamiento de la adenda la cual no consigna su segundo prenombre y el que consta en el acta notarial de certificación de firmas, en donde está consignado. Ello es así, pues para la individualización de las personas otorgantes del acto en representación de las sociedades que conforman la unión transitoria debe estarse a la identificación que consta en el acta notarial de certificación de firmas.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 18 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GAS Y PETROLEO DEL NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION S/ INSCRIPCION DE MODIFICACION DE CONTRATO DE UTE", (CNQCI RPC Nº 22920/2017), 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, de acuerdo con el orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La solicitante apela la resolución de fs. 115/116, que rechaza el recurso de revocatoria impetrado contra la resolución de fecha 3 de febrero de 2017, la que realiza observaciones al trámite iniciado.

La recurrente señala que ha suscripto un contrato de unión transitoria denominada “GAS Y PETROLEO DEL NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION ESTATAL MAYORITARIA – EXXONMOBIL EXPLORATION ARGENTINA S.R.L. – AREA BAJO DEL CHOIQUE Y LA INVERNADA UTE”; contrato que se encuentra inscripto en el Registro Público de Comercio.

Sigue diciendo que posteriormente las partes suscribieron una modificación o adenda del mismo, solicitando, el día 27 de diciembre de 2016, su inscripción ante el Registro Público de Comercio.

Señala que las partes se encuentran correctamente identificadas en el encabezado de la adenda, con sus razones sociales completas, informándose, además y no obstante no ser un recaudo legal, los nombres y apellidos de los firmantes en representación de las sociedades, cuyas firmas se encuentran debidamente certificadas.

Afirma que el Registro Público de Comercio observa la presentación porque uno de los firmantes no consigna su segundo prenombre, no obstante que el notario interviniente en la certificación de firmas, da fe que el firmante es “Albero Javier Saggese”.

Agrega que su parte presentó escrito aclaratorio de la situación, ratificando que el nombre completo es el consignado por el escribano; en tanto que el registro trató esta presentación como una revocatoria y rechazó la pretensión de su parte, exigiendo la firma de una nueva adenda.

Considera que la decisión de la autoridad registral viola el principio de legalidad, ya que no existe en la legislación ninguna norma que exija que en el encabezado de una adenda a un contrato de unión transitoria deben consignarse los nombres y apellidos de quién suscribe en representación de otro.

Señala que de acuerdo con el art. 284 del Código Civil y Comercial de la Nación, si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente; en tanto que el art. 1.015 del código citado determina que solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada. En relación a los contratos asociativos, continúa su argumentación el recurrente, el principio se confirma en el art. 1.444 que expresa que no están sujetos a requisitos de forma.

Concluye en que los únicos requisitos que puede exigir el registro son los del art. 1.464 del Código Civil y Comercial, entre los que no se encuentra la inclusión en el texto de todos los prenombres y apellidos de quién firma en representación de una sociedad debidamente individualizada.

Asimismo, entiende que también se violentan los principios de informalismo y eficacia de la ley 1.284, con cita de doctrina.

Considera errónea la referencia al antecedente de esta Cámara de Apelaciones, ya que en este caso no se está inscribiendo a la persona cuyo nombre objeta el registro, ni se encuentran invertidos los nombres y, además, la firma está certificada.

Adicionalmente, indica que el señor Saggese tiene su mandato inscripto ante el propio registro, organismo que cuenta con todos sus antecedentes y datos de identificación a disposición de terceros.

II.- El Registro Público de Comercio requiere que se acompañe instrumento modificatorio de la adenda que se pretende inscribir, en el cual conste el nombre completo del Presidente de Gas y Petróleo del Neuquén S.A. con participación estatal mayoritaria, en atención a la discordancia existente entre el nombre que consta en el encabezamiento de la adenda (“Alberto Saggese”) y el que consta en el acta notarial de certificación de firmas (“Alberto Javier Saggese”).

Si bien la ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación deroga el Capítulo III de la ley 19.550, donde se regulaban los contratos de colaboración empresaria; las normas incorporadas a la nueva legislación para regular las uniones transitorias (arts. 1.463 a 1.469) son básicamente similares a las que contenía la ley de sociedades comerciales, más allá de algunas modificaciones.

El art. 1.466 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone, al igual que lo hacía la ley 19.550, que el contrato constitutivo de la unión transitoria, como la designación de su representante, deben ser inscriptos en el Registro Público de Comercio.

Daniel Roque Vítolo dice que todo lo concerniente a la inscripción del contrato constitutivo, y el contralor registral de legalidad del documento y su contenido, con más la verificación de los requisitos formales se aplica para las reformas contractuales, que es el caso de autos (cfr. aut. cit., "Sociedades Comerciales", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, T. IV, pág. 1.025).

De lo dicho se sigue que la modificación contractual puede ser hecha por instrumento privado, con firma certificada por escribano público, tal como sucede en estas actuaciones.

Es cierto que la ley de la materia (art. 1.464, Código Civil y Comercial) requiere solamente de la individualización de las sociedades que conforman la unión transitoria, pero entiendo que hace a la legalidad del acto que quién lo otorgue en representación de la persona jurídica, ya sea que se trate de la conformación de la unión transitoria o de la modificación del contrato original, esté facultado o habilitado para ello. De otro modo, el acto sería nulo.

Consecuentemente, y aún cuando la ley expresamente no lo requiera, va de suyo que debe constar en el acto el nombre de los representantes de los integrantes de la unión transitoria y el carácter en que lo hacen.

En autos, quién ha otorgado el acto modificatorio del contrato original por uno de los integrantes de la unión transitoria es el presidente del directorio, y respecto de esta persona física es que existe la discordancia en el nombre.

Ahora bien, siendo un requisito de la legalidad del acto el nombre del representante de la persona jurídica que lo otorga, cabe preguntarse si el déficit en la individualización de este representante en el instrumento modificatorio del contrato original, queda salvado por la intervención del notario, quién, al certificar las firmas, indica el nombre completo de esta persona física y su documento de identidad.

Recientemente, esta Sala II ha dicho que "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" (autos "Zúñiga s/ redargución de falsedad", icc. n° 31.441/2009, P.I. 2017-II, n° 99).

De acuerdo con el acta de certificación notarial pertinente, el escribano público actuante certifica que las firmas que obran en el documento (modificación del contrato) fueron puestas en su presencia por las personas que indica, entre las que se encuentra "Alberto Javier Saggese, con Documento Nacional de Identidad del MERCOSUR N° ...", señalando también que estas personas han justificado su identidad en los términos del art. 306 inc. b) del Código Civil y Comercial.

Entiendo que esta actuación notarial, que integra el documento cuyas firmas certifica, toda vez que ellas fueron puestas en presencia del notario, resulta suficiente para tener por acreditado que la modificación del contrato de unión transitoria está suscripto por Alberto Javier Saggese, persona que debe ser tenida como firmante del acto, más allá del nombre que indique el encabezamiento de este último.

El art. 312 del Código Civil y Comercial prescribe que el valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe.

Carlos Marcelo D'Alessio, comentando la disposición citada, señala que las actas notariales revisten siempre el carácter de instrumento público y, en consecuencia, gozan de la eficacia probatoria que dimana de tal carácter. Y agrega el autor señalado que cuando el artículo se refiere a que el valor probatorio se circunscribe a los hechos que el notario tuvo a la vista, quiere decir respecto de todo aquello que el notario cumplió en forma personal o percibió por sus sentidos, y que su actuación hace plena fe hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. II, pág. 220).

En el precedente que cita la resolución registral las circunstancias registrales eran diferentes, toda vez que se trató de un acto privado (distribución de cargos dentro del directorio), en cuya realización no intervino un funcionario público, a diferencia del

presente donde, insisto, la suscripción del documento se hizo en presencia del notario, ante quién no sólo se justificó la identidad, sino también la personería invocada con documentación original que le fue exhibida y que se detalla en el acta notarial.

Consecuentemente, para la individualización de las personas otorgantes del acto en representación de las sociedades que conforman la unión transitoria debe estarse a la identificación que consta en el acta notarial de certificación de firmas.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de autos y revocar la resolución recurrida en cuanto requiere del otorgamiento de un instrumento rectificatorio del que se pretende inscribir para salvar la discordancia en el nombre del presidente del directorio de Gas y Petróleo del Neuquén S.A. con participación estatal mayoritaria, teniendo por válido el nombre que consta en el acta notarial de certificación de firmas.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 115/116 en cuanto requiere del otorgamiento de un instrumento rectificatorio del que se pretende inscribir para salvar la discordancia en el nombre del presidente del directorio de Gas y Petróleo del Neuquén S.A. con participación estatal mayoritaria, teniendo por válido el nombre que consta en el acta notarial de certificación de firmas.

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

**"MARTINEZ JORGE OMAR C/ GILBARCO LATIN AMERICA S.R.L. S/ INCIDENTE DE REDARGUCION DE FALSEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1730/2015) – Interlocutoria: 140/17 – Fecha: 25/04/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PRUEBA. INSTRUMENTOS PÚBLICO. REDARGUCION DE FALSEDAD. INCIDENTE. ACTA NOTARIAL. PRUEBA. RECHAZO DEL INCIDENTE.

1.- Cabe confirmar la resolución que rechaza el incidente de redargución de falsedad deducido por la actora, quien se agravia con lo decidido por considerarlo nulo al haberse violado lo dispuesto por el artículo 395 del Código de rito. Ello así, y como se desprende del texto del artículo en cuestión, lo que se suspende es el dictado de la sentencia en el proceso definitivo y si bien señala que el incidente se resuelva conjuntamente con la sentencia, nada obsta a que el incidente sea decidido con anterioridad al dictado de la sentencia si el mismo se encuentra en condiciones para que ello sea posible. En cambio, no es pertinente el dictado de la sentencia con carácter previo al incidente toda vez que por su intermedio –por la redargución de falsedad- se está cuestionando la validez de una prueba introducida en el proceso que debe ser valorada en la sentencia definitiva. En tal sentido, el incidente no le causa agravio alguno al quejoso ya que medió un pronunciamiento sobre el tema planteado incidentalmente antes de la sentencia definitiva.

2.- En cuanto al fondo de la cuestión tampoco asiste razón al apelante, toda vez que la parte actora no ofreció prueba alguna en respaldo de sus afirmaciones, como bien lo puntualiza el juez en su decisión y las partes al contestar el traslado del incidente. En esa senda, ninguna prueba produjo tendiente a desvirtuar el contenido del acta notarial en cuanto allí se afirma que se le entregó una nota simple y se le hizo saber la existencia de la liquidación final y certificados a su disposición dentro del plazo legal.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARTINEZ JORGE OMAR C/ GILBARCO LATIN AMERICA S.R.L. S/ INCIDENTE DE REDARGUCION DE FALSEDAD", (JNQLA2 INC Nº 1730/2015), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La resolución de fs. 32/34 rechaza el incidente de redargución de falsedad deducido por la actora, con costas.

La decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 35/37 y cuyo traslado es respondido a fs. 41/42 por la escribana.

Sostiene el quejoso que lo decidido es nulo por haberse violado lo dispuesto por el artículo 395 del Código de rito.

Subsidiariamente, plantea que la resolución carece de fundamentos y que el acta es irregular, por cuanto la adjuntada por la demandada no contiene la nota certificada, no surge que sea parte integrante de ella y no se acompaña planilla alguna, y que en la parte final, se completó con un “no” con una tipografía distinta a la usada en el acta.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, señalo que los agravios vertidos en modo alguno conmueven lo decidido, careciendo de andamiento el planteo formulado por la quejosa.

En efecto, en primer lugar y con relación al planteo de nulidad, entiendo que la norma mencionada no es aplicable al caso en análisis.

Así, dispone el artículo 395 in fine del Código de rito que deducido un planteo de redargución de falsedad “el juez suspenderá el pronunciamiento definitivo para resolver el incidente conjuntamente con la sentencia”.

Como se desprende del texto del artículo en cuestión, lo que se suspende es el dictado de la sentencia en el proceso definitivo y si bien señala que el incidente se resuelva conjuntamente con la sentencia, nada obsta a que el incidente sea decidido con anterioridad al dictado de la sentencia si el mismo se encuentra en condiciones para que ello sea posible.

En cambio, no es pertinente el dictado de la sentencia con carácter previo al incidente toda vez que por su intermedio –por la redargución de falsedad- se está cuestionando la validez de una prueba introducida en el proceso que debe ser valorada en la sentencia definitiva.

En tal sentido, el incidente no le causa agravio alguno al quejoso ya que medió un pronunciamiento sobre el tema planteado incidentalmente antes de la sentencia definitiva.

Salvo la invocación formal de la norma en cuestión la parte, en momento alguno indica cual es el perjuicio que causa que el tema se haya decidido con anterioridad a la sentencia, aspecto que de todas formas y de haberse analizado en la decisión del principal, debía ser analizado con carácter previo.

Por otra parte, fue la propia parte actora incidentista quien solicitó se resolviera el incidente mediante la presentación de fs. 17 que inicialmente fuera proveída favorablemente, sin que mediara cuestionamiento alguno por parte del ahora quejoso.

En cuanto al fondo de la cuestión tampoco asiste razón al apelante, toda vez que la parte actora no ofreció prueba alguna en respaldo de sus afirmaciones, como bien lo puntualiza el juez en su decisión y las partes al contestar el traslado del incidente.

En esa senda, ninguna prueba produjo tendiente a desvirtuar el contenido del acta notarial en cuanto allí se afirma que se le entregó una nota simple y se le hizo saber la existencia de la liquidación final y certificados a su disposición dentro del plazo legal.

Por cierto que tampoco ello se puede inferir de las constancias del principal.

En cuanto a la palabra “no” en distinta caligrafía no es causal de nulidad del acta, toda vez que se trata de un acta pre-impresa y en la que debía dejarse constancia si el requerido la firmaba o no, por lo cual, era evidente que el espacio en blanco debía completarse a mano en el momento.

En definitiva y como bien y fundadamente analiza el tema la jueza al señalar los recaudos para la pertinencia de la petición deducida, es la absoluta orfandad probatoria por parte del incidentista lo que ha motivado el rechazo del incidente.

Ello, sin perjuicio de la valoración que pueda realizarse en la sentencia a dictarse en el principal.

III.- Por las razones expuestas propongo se confirme lo decidido, con costas a la actora, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 32/34 en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la parta actora y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 68, 69 del CPCyC; art. 15 de la ley 1594).

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

**"D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF.TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 51593/2011) – Interlocutoria: 143/17 – Fecha: 51593/2011

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. IMPOSICION DE COSTAS. CONCURSOS Y QUIEBRAS. VERIFICACION DE CREDITOS. INSINUACION TEMPESTIVA DEL CREDITO. CONCURSADO. COSTAS AL VENCIDO.

Cabe revocar el fallo de la instancia de grado en orden a la imposición de costas al insinuante tardío [en el caso el Fisco Nacional], pues conforme lo reseñado por este mismo Tribunal en cuanto a la presentación efectuada por el incidentista en los términos del art. 32 LCQ y la resolución verificatoria dictada en primera instancia, se concluye que aquél cumplió con la carga de insinuación tempestiva de su crédito en el concurso y que la promoción del presente trámite de verificación tardía derivó de lo allí resuelto en virtud de los recursos administrativos intentados por la concursada. En consecuencia, no corresponde que el Fisco Nacional asuma las costas del presente, teniendo en cuenta además que la verificación prosperó por el total insinuado, adquiriendo el concursado el carácter de vencido.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "D.G.I. - A.F.I.P. S/ INCID. VERIF. TARDIA E/A CARABETTA FRANCISCO A. S/ CONC. PREV." (JNQCI5 ICC Nº 51593/2011) 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 resolución de hojas 507/508 vta. hace lugar al incidente de verificación tardía y declara verificado el crédito insinuado por la DGI-AFIP por la suma de $170.279,00.-: $72.950,32.- con privilegio general y $ 97.328,68.- como quirografario. Impone las costas al incidentista tardío y regula los honorarios a los profesionales intervinientes.

La incidentista apela la imposición de costas así resuelta y expresa agravios en hojas 512/517vta.

Critica que la A-quo debió ponderar los motivos y los hechos ocurridos en la incidencia en trámite que llevaron a su parte a utilizar la vía prevista por el art. 56 LCQ, por lo que el presente es un caso que escapa al principio general de la imposición de costas al insinuante tardío.

Relata los antecedentes del caso y refiere que ha sido el propio concursado quien dilató en el tiempo la definición del crédito de su parte.

Se queja por entender que la Magistrada omitió merituar el derrotero deliberado seguido por el concursado obligándolo a llevar adelante un esfuerzo extra en procura de su crédito cuando había cumplido con la carga de ocurrir en forma tempestiva.

Manifiesta que el Sr. Carabetta presentó su propio concurso preventivo el 05/03/2009; que su parte concurrió a verificar su crédito el 02/06/2009 y que el concursado, en fecha 12/06/2009, interpuso recursos administrativos contra la totalidad de la deuda oportunamente insinuada por su parte.

Agrega que en el informe del art. 35 LCQ la sindicatura aconsejó no verificar su crédito por entender que debía agotarse previamente la vía administrativa.

Luego, y siguiendo dicho dictamen, por resolución judicial del 17/11/2009 la A-quo declaró inadmisible la totalidad del crédito.

Luego refiere que los recursos administrativos impetrados por el concursado fueron resueltos en forma negativa, lo que le fue notificado con fecha 29/10/2009; que dejó transcurrir el plazo de 90 días previsto en el art. 25 de la Ley 19.549 para luego interponer el presente.

Corrido el traslado del memorial, el concursado no contesta, haciendo lo propio al Sindicatura en hojas 524/525 y propiciando la imposición de costas por su orden.

2. La demanda de verificación tardía iniciada por el Fisco Nacional en hojas 197/199 reclama al concursado la suma adeudada de $170.279,00.

En dicho libelo señala claramente que la acreencia detallada en los puntos 1 a 4 de hoja 197vta. ha sido insinuada en la oportunidad prevista por el art. 32 LCQ, destacando el ya referido informe de la Sindicatura, quien aconsejó su no verificación por entender que la misma debía resolverse de acuerdo a los mecanismos legales previstos y ser insinuada en el presente procedimiento concursal una vez agotada la vía administrativa, lo que fue reflejado en la resolución verificatoria. En función de tales razones solicita la eximición en costas a su parte.

Menciona luego que la acreencia referida en el punto 5 de la hoja 197 vta. se trata de una reliquidación de deuda, por haberse hecho lugar parcialmente al recurso interpuesto por la concursada contra la liquidación de deuda N° 150 que refiere, originalmente acreditada en la oportunidad prevista por el art. 32 LCQ.

2.1. Ahora bien, llega firme a esta instancia lo resuelto en cuanto a las acreencias verificadas, las que coinciden con las peticionadas en el escrito introductorio del presente trámite.

Ello así, corresponde dar tratamiento a la queja articulada en materia de costas.

Al respecto se advierte –tal como indica el recurrente- que la A-quo omitió fundamentar la imposición de costas a cargo del incidentista, más aun considerando que el mismo solicitó su eximición desde su primera presentación en estos autos (cfr. hojas 198vta.).

Tal como esta Sala se ha expedido en el antecedente citado por el apelante, de similares aristas, "… "la regla de la imposición en costas no era una derivación de lo establecido expresamente en la ley sino de la prudencia judicial en la evaluación del comportamiento de las partes, por lo cual debían diferenciarse aquellas situaciones donde la concurrencia al pasivo en forma extemporánea provenía de la desidia del acreedor, de otras en que existían obstáculos que impedían la verificación en término".

Dijimos entonces (INC Nº 53070/2014): "Como bien ha sido destacado por el profesor Rouillon, la imposición de costas al verificante tardío es la regla jurisprudencial más reiterada y consolidada de cuantas se aplican en el proceso concursal y el fundamento de tal directriz suele hallarse en la necesidad de desalentar la insinuación extemporánea de los acreedores.

Este principio genérico encuentra sustento en aquella vieja regla acuñada por la jurisprudencia que dispone que el acreedor tardío debe soportar las costas del incidente de verificación en virtud de que su presentación extemporánea causa un desgaste jurisdiccional adicional que le es imputable, no estando obligada la masa concursal a soportar la mayor onerosidad de este trámite originado en el retraso del acreedor.

Es que la utilización de la vía tardía atenta contra la simplicidad, rapidez y economía del proceso, facilitando la posibilidad de eludir el control de los coacreedores. Por ello todo acreedor debe cumplir con la carga de insinuación en el pasivo en el momento y forma adecuados, de conformidad con la norma del art. 32 de la Ley 24.522 que impone dicha obligación a “todos los acreedores” sin distinción alguna.”

También hemos sostenido (ICC Nº 51785/2013): “La solución pretorianamente establecida de imponer al promotor del incidente las costas generadas por la verificación tardía, reconoce como fundamento el hecho de que, previsto en la ley un trámite de verificación tempestivo que no genera costas -el cual, a su vez, es concebido como la máxima expresión de la "concursalidad" en tanto habilita el recíproco control entre coacreedores-, quien deja de utilizarlo injustificadamente debe cargar con los gastos que sehubiera dispensado de pagar si hubiera hecho uso de dicho mecanismo legal (esta Sala, in re "Pinturería Profesional Marcos SRL s/ concurso preventivo s/ inc. verificación por Fisco Nacional", del 01/11/12). No obstante, la vigencia de esa solución jurisprudencial -que, en estricto rigor, no reconoce expresa previsión legal- no debe ser aplicada de manera automática, sino que requiere que el examen de las circunstancias particulares de cada caso demuestre en el acreedor una conducta injustificadamente displicente” (CNCom., Sala C, 15629/14, AFIP C/ VISION PRODUCTOS Y SERVICIOS SA S/ OTROS - QUIEBRA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION POR AFIP, 19/08/14)”, (ICC Nº 51522/2010).

En autos, a partir de lo expuesto, cabe apreciar la conducta desplegada por las partes a fin de merituar la imposición de costas.

Así, conforme lo reseñado por este mismo Tribunal en cuanto a la presentación efectuada por el incidentista en los términos del art. 32 LCQ y la resolución verificatoria dictada en primera instancia (cfr. hojas 435yvta. 436vta./438), se concluye que aquél cumplió con la carga de insinuación tempestiva de su crédito en el concurso y que la promoción del presente trámite de verificación tardía derivó de lo allí resuelto en virtud de los recursos administrativos intentados por la concursada.

En consecuencia, no corresponde que el Fisco Nacional asuma las costas del presente, teniendo en cuenta además –como ya mencionara- que la verificación prosperó por el total insinuado, adquiriendo el concursado el carácter de vencido.

Cabe destacar que, si bien el concursado tenía derecho de agotar la instancia administrativa por las deudas reclamadas, lo cierto es que este acreedor concurrió en la oportunidad prevista legalmente a verificar su crédito.

Asimismo se advierte que, si bien se hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el concursado contra la liquidación de deuda N° 150 de la AFIP, tal remedio prosperó solamente por una pequeña porción -períodos 1 a 4/1999- (cfr. hojas 92/93), por lo que no resulta sustancial para alterar los términos de la petición del incidentista en materia de costas.

En función de lo expuesto, y de conformidad con el criterio que mantiene este Cuerpo –en los términos del precedente citado-, propongo al Acuerdo revocar el punto II de la resolución de hojas 507/508, imponiendo las costas del presente al concursado en su condición de vencido.

Las costas de Alzada seguirán la misma suerte, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en esta etapa en un 30% de los de la anterior (art. 15, LA).

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 al recurso de apelación deducido por el incidentista y, en consecuencia, revocar el punto II de la resolución de hojas 507/508, imponiendo las costas del presente al concursado en su condición de vencido.

2. Imponer las costas de Alzada al concursado vencido y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta etapa en un 30% de los de la anterior (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

**"PICAZO GLADYS C/ EXPERIENCIA ART S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A**

**508648/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1015/2017) – Interlocutoria: 149/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

ACCIDENTE DE TRABAJO. TERCERO CAUSANTE DEL ACCIDENTE. INTERVENCION DE TERCEROS. INTERPRETACION RESTRICTIVA.

1.- Cabe confirmar la resolución en donde se rechaza la citación como tercero a la firma Indalo (hoy Buses Santa Fe) dictada en el marco de un juicio en donde la pretensión indemnizatoria está fundada en la Ley de Riesgos del Trabajo, por cuanto no advertimos la existencia de controversia común con el pretendido tercero y menos aún se aprecia la posibilidad de la acción de regreso en la que insiste el memorial de agravios.

2.- El régimen de la ley de accidentes faculta al trabajador a promover simultáneamente la acción civil contra el tercero responsable directo del evento dañoso, con fundamento en disposiciones del Código Civil, con todos los derechos y obligaciones emergentes y que puede hacer valer ante un Juzgado con distinta competencia por razón de la materia y conforme a un procedimiento también diferente. Este derecho del trabajador víctima del siniestro, podría quedar definitivamente cercenado o conculcado si se le impone al tercero citado, como parte colitigante en el juicio laboral, cuya demanda ha sido estructurada en orden exclusiva a las disposiciones emergentes del derecho del trabajo.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PICAZO GLADYS C/ EXPERIENCIA ART S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 508648/2016", (JNQLA5 INC Nº 1015/2017), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Sandra ANDRADE y,

CONSIDERANDO:

I.- La parte demandada apela la resolución de fs. 100/101 vta. mediante la que se rechaza la citación como tercero a la firma Indalo (hoy Buses Santa Fe).

En su memorial de fs. 105/vta., en primer lugar se agravia porque la magistrada reconoce que su parte puede repetir del responsable del daño causado el valor de lo que hubiera abonado, otorgado o contratado, pero luego dice que la citación requiere un relación o situación jurídica que guarde conexión con otra existente entre el tercero o los litigantes originarios, indicando que esa relación jurídica existe justamente por la posibilidad de promover la acción de regreso.

En segundo lugar, indica que el hecho de invocar fundamentos de la responsabilidad civil no sirve para rechazar su pedido, dado que la ley de riesgos del trabajo hace expresa referencia a la posibilidad de repetir.

Finalmente, apuntó que si bien el caso se trataría de la responsabilidad civil del causante del accidente hacia la víctima, existe una suerte de subrogación para repetir lo pagado, pero lo abonado que eventualmente se repetiría lo es con fundamento en la Ley de riesgos, existiendo una estrecha relación entre este proceso y la repetición.

Corrido el pertinente traslado, no es contestado.

II.- Resumidos los agravios y analizados en el contexto de esta causa, adelantamos que el recurso no habrá de tener favorable recepción.

Ello, por cuanto no advertimos la existencia de controversia común con el pretendido tercero y menos aún se aprecia la posibilidad de la acción de regreso en la que insiste el memorial de agravios.

Esta Sala II ha dicho en autos “Cisneros c/ CNA ART S.A.” (icl. n° 923/2011, P.I. 2011-V, n° 347), que la estrictez del análisis

respecto de la intervención de tercero no debe desembocar en privar a la demandada de la posibilidad de traer al proceso a aquél respecto del cual denuncia una controversia común, ya que de ese modo se frustraría la finalidad de la institución, afectando el derecho de defensa del peticionante, pero también hemos señalado que esta citación requiere que la relación o situación jurídica sobre la que versa el proceso guarde conexión con otra relación jurídica existente entre el tercero y cualquiera de los litigantes originarios, de manera tal que aquel podría haber asumido inicialmente la posición de litisconsorte del actor o del demandado (autos "Almendra c/ Key Energy Services S.A.", icl. n° 1.029/2012, P.I. 2012-III, n° 211).

Por otra parte, no puede estar ausente de este análisis el hecho que nos encontramos en el marco de un proceso laboral donde la intervención de terceros no puede afectar el principio de unidad que debe presidir el litigo laboral a través de un procedimientos sumario, ceñido fundamentalmente a los sujetos de la relación de trabajo y los principios de celeridad y economía procesal (cfr. CNAT, Sala VI, sentencia del 29/4/1984 en autos "Faquelli c/ Sevel Argentina S.A."); criterio que se corresponde con el sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que "el instituto de la intervención obligada de terceros de carácter restrictivo y excepcional, tiene por característica esencial hacer citar a aquél a cuyo respecto se considere que la controversia es común, de modo que no basta con tener un mero interés en el resultado del pleito, circunstancia que debe apreciarse con rigor cuando la admisión de la solicitud trae aparejada la desnaturalización del proceso" (autos "Fernández Propato c/ La Fraternidad Sociedad de Personal Ferroviario de Locomotoras", JA 1987-III, pág. 17).

Tampoco debe perderse de vista las particularidades de la pretensión indemnizatoria, las que se fundan en el régimen de la ley de accidentes, que parten básicamente de una relación contractual dependiente entre las partes, y que hacen responsable al empleador de todo daño sufrido por el trabajador, en ocasión de prestar servicios. Y sólo por eso, resulta más que evidente la suma estrictez con que debe examinarse el pedido de intervención de terceros formulado por la parte demandada al que se aludió precedentemente, máxime, tratándose este caso de la denuncia de la litis.

Bajo estas pautas, nótese que el régimen de la ley de accidentes faculta al trabajador a promover simultáneamente la acción civil contra el tercero responsable directo del evento dañoso, con fundamento en disposiciones del Código Civil, con todos los derechos y obligaciones emergentes y que puede hacer valer ante un Juzgado con distinta competencia por razón de la materia y conforme a un procedimiento también diferente.

Este derecho del trabajador víctima del siniestro, podría quedar definitivamente cercenado o conculcado si se le impone al tercero citado, como parte colitigante en el juicio laboral, cuya demanda ha sido estructurada en orden exclusiva a las disposiciones emergentes del derecho del trabajo.

En definitiva, y como expusimos, con los elementos aportados a la causa en esta etapa procesal, no se advierte la existencia de controversia común ni la posible existencia de una acción de regreso con la nitidez que se exige para el tipo de intervención solicitada y la clase de proceso en la que se solicita.

III.- Por lo dicho, propiciamos el rechazo el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la apelante perdidosa (art. 69, CPCyC).

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 100/101 vta.

II.- Imponer Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la apelante perdidosa (art. 69, CPCyC).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. SANDRA ANDRADE - Secretaria

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

**"DIRR GISELA PAOLA C/ ASOCIACION 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517138/2017) – Interlocutoria: 152/17 – Fecha:

09/05/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS PROVISIONAL. CONTRACAUTELA. CAUCION JURATORIA. PLAZO. CADUCIDAD.

Toda vez que se encuentra en trámite el beneficio de litigar sin gastos solicitado por la parte actora, quien ya cuenta con el beneficio provisional del art. 83 del Código Procesal, la medida cautelar ordenada deberá despacharse previa caución juratoria de la accionante, medida que será otorgada con carácter provisional y por un plazo prudencial de noventa (90) días hábiles, transcurrido el cual la misma caducará de no haberse obtenido el beneficio de litigar sin gastos.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DIRR GISELA PAOLA C/ ASOCIACION 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO", (JNQCI2 EXP Nº 517138/2017), 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,

CONSIDERANDO:

I.- La parte actora apela la caución real fijada por la magistrada de grado a fs. 67, previo a despachar la medida cautelar que ordena.

II.- Con relación al tema, esta Sala II tiene dicho que:

"(…) el art. 200 del CPCyC determina que se eximirá de prestar caución si quién obtuvo la medida actuare con beneficio de litigar sin gastos. Esta norma se refiere al justiciable que ha obtenido sentencia que le concede el beneficio, no siendo procedente, en principio, eximir del cumplimiento de la contracautela con la sola iniciación del trámite para la obtención del beneficio, conforme lo ha resuelto la a-quo. Ello así, desde que el beneficio provisional del art. 83 del CPCyC, que se acuerda "ope legis" sólo tiene por efecto eximir al solicitante del pago de los gastos judiciales y las costas, hasta que se resuelva sobre su concesión o denegación.

"Sin embargo, tanto doctrina como jurisprudencia han flexibilizado el alcance del ya citado art. 83 del CPCyC. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente ha señalado que es procedente admitir los efectos del beneficio provisional contemplado en el art. 83 del CPCyC, cuando de las circunstancias del caso resulta que no es posible esperar el dictado de la resolución que conceda el beneficio de litigar sin gastos sin grave peligro para la efectividad de la defensa (cfr. "Grichner c/ Pérez", 7/3/2006, Fallos 329:431; "Figueiredo do Nascimiento c/ Malagoli", 13/6/2006, Fallos 329:2221; "Biaggi c/ Hassan", 24/12/2006, Fallos 329:5973; "Sociedad Militar Seguro de Vida c/ Covino", 4/3/2008, LL on line AR/JUR/1541/2008; "Caia c/ Ghioldi", 6/5/2008, LL on line AR/JUR/2558/2008; "Svoboda c/ Rodríguez", 16/2/2010, LL on line AR/JUR/3733/2010).

"Y con específica alusión a las medidas cautelares se ha resuelto que en los casos en que no surjan presunciones de que el beneficio sea denegado, el relevo de la contracautela debe otorgarse transitoriamente antes de que se resuelva sobre la procedencia de aquél (cfr. Cám. Nac. Civ., Sala D, 15/6/1978, ED 80, pág. 637). En igual sentido se han expresado autores como Lino Palacio ("Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo-Perrot, 1992, T. VIII, pág. 41) y Roland Arazi ("Medidas Cautelares", Ed. Astrea, 1995, pág. 10).

"Esta posición también ha sido sostenida por esta Sala II in re "Ocaña c/ Taranda" (expte.nº 60.681/4) y "Burgos c/ Gorena" (P.I. 2010-II, f° 362/364) y recientemente in re: "Hergenrether Nancy B. c/García Luciano y otro s/daños y perjuicios" (expte.nº446603/11).

"La doctrina y jurisprudencia citadas resultan de aplicación al supuesto de autos toda vez que el inicio del pedido del beneficio de litigar sin gastos ha sido concomitante con la demanda del principal, encontrándose activo aquél trámite, en etapa de cumplimiento de las medidas ordenadas por el Juzgado (…) (cfr. precedentes ya citados de esta Sala II, autos "Candía, César Daniel y otro c/ Molina, Osvaldo", P.I. 2011-IV, n° 315) (La negrita nos pertenece).

Bajo tales premisas, de las constancias de la causa –nota actuarial de fs. 66-, observamos que se encuentra tramitando el

beneficio de litigar sin gastos solicitado por la accionante, quien cuenta con el beneficio provisional del art. 83 del Código Procesal.
Teniendo en cuenta esta circunstancia, las razones explicitadas en el precedente parcialmente transcripto y la naturaleza de cautelar, se impone la revocación de la resolución en crisis, disponiéndose que la medida ordenada se despache previa caución juratoria de la parte actora, con carácter provisional y por un plazo prudencial de noventa (90) días hábiles, transcurrido el cual la misma caducará de no haberse obtenido el beneficio de litigar sin gastos.
Sin costas en la Alzada, atento tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado (art. 68, 2do. párrafo, CPCyC).
Por ello, esta SALA II
RESUELVE:
I.- Revocar la caución real fijada por la magistrada de grado a fs. 67, y en consecuencia, disponer que la medida cautelar allí ordenada se despache previa caución juratoria de la parte actora, con carácter provisional y por un plazo prudencial de noventa (90) días hábiles, de conformidad con lo explicitado en los considerandos pertinentes que integran el presente.
II.- Sin costas en la Alzada atento tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado (art. 68, 2do. párrafo, CPCyC).
III.- 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

**"COPROMANEU S.A. S/ QUIEBRA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 396941/2009) – Interlocutoria: 165/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

QUIEBRA. REGULACION DE HONORARIOS. APELACION. REMISION EN CONSULTA A LA ALZADA. BASE REGULATORIA. HONORARIOS DE LA SINDICATURA. FIJACION DEL QUANTUM. BENEFICIARIOS DE LA REGULACION. LETRADO DEL DEUDOR FALLIDO. REGULACION IMPROCEDENTE. CONTROLADORES. COMITE DE ACREEDORES. HONORARIOS.

1.- Sin perjuicio de la apelación deducida por la sindicatura, el tema relacionado con la regulación de honorarios debió ser elevado a la Alzada en función de lo dispuesto por el artículo 272 de la Ley concursal a fin de que los mismos sean revisados por esta Cámara.

2.- Dado que los fondos no han sido efectivamente ingresados al concurso, no pueden ser considerados a los fines de la determinación arancelaria así como no han sido tenidos en cuenta para la distribución de ellos a los acreedores. Tomando en cuenta ello y las tareas realizadas por la sindicatura, detalladas como corresponde en el escrito de apelación y apreciando su actividad, es que se estima adecuado fijar en un 10% de la base regulatoria los honorarios de la sindicatura de conformidad con las pautas del artículo 267 de la ley aludida.

3.- Toda vez que en momento alguno se ha justificado la procedencia de la regulación de honorarios al letrado del deudor, es que corresponde dejar sin efecto su determinación.

4.- En cuanto al Comité de acreedores, entendemos que resulta procedente su determinación dado que se encuentran comprendidos dentro de los funcionarios del concurso (artículo 251) y

tomando en consideración sus funciones y la tarea desplegada en el presente, con independencia de su resultado concreto, es que sus honorarios deben ser fijados en $20.000, aclarándose que en este caso dicha determinación arancelaria comprende toda su actuación en el presente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de Mayo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "COPROMANEU S.A. S/ QUIEBRA", (JNQCI3 EXP Nº 396941/2009), 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,

CONSIDERANDO:

I.- La sindicatura interviniente apela el auto regulatorio de fs. 3292/vta., por considerar bajos los emolumentos y por no ajustarse la decisión a las normas legales vigentes.

Mediante el memorial de fs. 3329/3334 vta., en primer lugar señalan que el a quo no observó el art. 267 de la LCQ, toda vez que omite considerar los ingresos provenientes por los intereses ganados por imposiciones a plazo fijo, que alcanzan al 16/12/2016 la suma de $9.021,98, más los intereses que se devengarán en el futuro con tal imposición hasta su desafectación.

También, que ha omitido considerar el ingreso proveniente de los intereses a devengar de las cuotas de capital pendientes de percepción por la venta de los inmuebles subastados y que ingresaran junto con el capital en el mes de noviembre de este año en curso, los que estiman en la suma de $2.174.600,oo.

En segundo lugar, se agravia por haberse incluido en la regulación al letrado apoderado de la deudora, cuando no resulta un funcionario comprendido en el art. 251 de la LCQ, entendiendo que debe dejarse sin efecto.

En tercer lugar, disienten con la regulación efectuada al Comité de Acreedores, la que no atiende la naturaleza, importancia y extensión de las funciones efectivamente cumplidas por dicho órgano, y sin darse razón que justifique su procedencia, entendiendo también que debe dejarse sin efecto por no existir actividad útil por su parte.

En cuarto término, se quejan por considerar que sus honorarios no guardan relación con el trabajo cumplido en la causa, el que representa un 7% del activo realizado. Cita jurisprudencia del fuero, y detallan las tareas realizadas.

Finalmente, solicitan se regulen los honorarios profesionales en términos porcentuales o relativos, teniendo en cuenta los ingresos por intereses y cuotas que se producirán en años subsiguientes.

Corrido el traslado de rito en esta instancia, no es contestado por los interesados.

II.- Resumidos los agravios, ingresaremos a su análisis.

En primer lugar cabe destacar que, sin perjuicio de la apelación deducida por la sindicatura, el tema relacionado con la regulación de honorarios debió ser elevado a la Alzada en función de lo dispuesto por el artículo 272 de la Ley concursal a fin de que los mismos sean revisados por esta Cámara.

En tal sentido, entonces, es que mas allá de los términos concretos de la apelación arancelaria la Cámara se encuentra facultada para examinar si los honorarios regulados resultan ajustados a derecho tanto en lo que se refiere a su importe, como también a la base regulatoria y a los funcionarios a los que se les fija una determinada retribución.

Tal como resulta de la resolución cuestionada, el juez consideró como base regulatoria lo que entendió era el activo realizado y que ascendía al monto de $.7350.660.

Dicho importe no es correcto.

En efecto, los artículos 265 inciso 4 y 267 de la Ley concursal disponen que los honorarios deben determinarse sobre el activo realizado.

Ahora bien, de acuerdo al informe final obrante a fs. 3306/3314 se ha producido la venta de la totalidad del activo de la fallida, ya que en el mismo se expresa que no existen bienes para ser enajenados.

La cuestión es que si bien ello es cierto, los inmuebles fueron vendidos en tres cuotas anuales, habiéndose vencido y percibido una sola de dichas cuotas, ya que la segunda no ha sido abonada aún y la tercera vence el año que viene.

Es por ello que dado que los fondos no han sido efectivamente ingresados al concurso, no pueden ser considerados a los fines de la determinación arancelaria así como no han sido tenidos en cuenta para la distribución de ellos a los acreedores.

Por consiguiente y conforme resulta del aludido informe y lo expresado por la sindicatura ante la Alzada, según da cuenta el acta

de fs. 3341 es que la base regulatoria debe establecerse en el importe total de $2.681.631,98 que comprende el monto efectivamente ingresado durante la liquidación de los bienes y hasta la fecha de la regulación de honorarios.

Tomando en cuenta ello y las tareas realizadas por la sindicatura, detalladas como corresponde en el escrito de apelación y apreciando su actividad, es que se estima adecuado fijar en un 10% de la base regulatoria los honorarios de la sindicatura de conformidad con las pautas del artículo 267 de la ley aludida.

Dado que los inmuebles, como ya se ha dicho, se vendieron en cuotas y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional y por razones de economía y celeridad procesal, es que se estima pertinente fijar en el mismo porcentaje los honorarios de la sindicatura en relación a los importes que ingresen a partir de la determinación de la base regulatoria antes indicada y hasta que se presente el proyecto de distribución complementario, aclarando expresamente que en tal situación no resulta pertinente elevar las actuaciones a la Alzada en función de lo dispuesto por el artículo 272 de la ley concursal.

En cuanto a los honorarios del letrado de la fallida y conforme lo sostenido por esta Sala en reiteradas oportunidades, entendemos que los mismos debe ser dejados sin efecto.

Al respecto hemos dicho:

Ahora bien, y tal como indicáramos en la decisión a que se alude, no corresponde que se regulen honorarios a los letrados que asesoraron al fallido, salvo que se den los supuestos excepcionales que allí se indican y que no se advierte que se configuren en el presente.

Así dijimos:

“La segunda cuestión que debe examinarse y reitero que la Cámara se encuentra facultada en virtud de lo dispuesto por el artículo 272 de la ley citada, alude a quienes se les debe determinar honorarios por la etapa que va desde la declaración de quiebra hasta la oportunidad prevista por el artículo 265 inciso 4.

Al respecto entendemos que, con relación a los letrados del fallido, no corresponde que se les regule honorarios dado que no se encuentran comprendidos dentro de los funcionarios del concurso y el artículo 265 de la ley concursal solamente determina que los emolumentos deben comprender a los funcionarios.

Así se ha sostenido como argumentos, que se comparten, para denegar la fijación y cobro preferente de los honorarios por la asistencia del letrado del deudor, que no se trata de un funcionario (artículo 251), porque no participa con su labor en la administración y liquidación del patrimonio en ejecución colectiva, que su labor se presume inútil porque no se entiende por qué el fallido necesita patrocinio cuando su patrimonio sufrió las consecuencias del desapoderamiento razón por la cual no participan del carácter de gastos de justicia (Pesaresi – Passarón, ob, citada página 375 y siguientes).

De todas formas, aún los que sostienes que es procedente la determinación de honorarios al letrado del fallido señalan que debe tratarse de labores extraordinarias y que se deben aportar datos y elementos que, por su importancia cualitativa y cuantitativa, hubiesen sido indispensables para el trámite del concurso (Pesaresi – Passarón, ob. cit. Pág.376).

Sin perjuicio de que, como hemos señalado, se comparte la postura aludida en primer lugar, aún de sostenerse la expuesta en el párrafo que antecede lo cierto es que ni el juzgado ni el letrado de la fallida han indicado cuales fueron las tareas que justificarían que, en forma extraordinaria, se regulen honorarios.

Por lo tanto, corresponde se deje sin efecto la regulación de honorarios dispuesta a favor de los letrados del fallido y se determinen los honorarios del síndico en la suma total de $60.360.

Cabe acotar, como consecuencia de lo manifestado por la jueza, que la regulación de honorarios en los concursos está prevista para los profesionales indicados en el artículo 265 de la ley concursal, esto es, los honorarios de los funcionarios y que, si bien el artículo 267 alude a profesionales los mismos son los que pueden intervenir en la liquidación de los bienes del fallido, pero no los letrados del deudor.

Por consiguiente y toda vez que en momento alguno se ha justificado la procedencia de la regulación de honorarios al letrado del deudor, es que corresponde dejar sin efecto su determinación.

En cuanto al Comité de acreedores, entendemos que resulta procedente su determinación dado que se encuentran comprendidos dentro de los funcionarios del concurso (artículo 251) y tomando en consideración sus funciones y la tarea desplegada en el presente, con independencia de su resultado concreto, es que sus honorarios deben ser fijados en $20.000, aclarándose que en este caso dicha determinación arancelaria comprende toda su actuación en el presente.

Finalmente y con respecto al enajenador ... que fuera mencionado en la resolución cuestionada pero sin que se le determinaran sus honorarios, consideramos que, en función de la tarea desplegada, se le deben fijar sus honorarios en $20.000.

III.- Por las razones expuestas, esta SALA II

RESUELVE:

I. Fijar la base regulatoria en la suma de $2.681.631,98.

II. Determinar los honorarios de la sindicatura en la suma de $268.163, sin perjuicio de las posteriores determinaciones conforme las pautas sentadas en el presente.

III. Dejar sin efecto los honorarios al letrado del fallido.

IV. Fijar los honorarios del Comité de Acreedores en la suma de $20.000.

V. Fijar los emolumentos del enajenador ... en la suma de $20.000.

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

**"YPF S.A. C/ CENTELLES AMADOR JULIAN Y OTRO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 4740/2013) – Sentencia: 124/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHOS REALES: Acciones posesorias.

INTERDICTO DE RETENER. LEGITIMACION ACTIVA. YACIMIENTO HIDROCARBURIFERO. BLOQUEO A VIAS DE ACCESO. TURBACION. VALORACION DE LA PRUEBA. REGULACION DE HONORARIOS.

1.- La actora se encuentra legítimada activamente para deducir el presente interdicto de retener, toda vez que la interpretación que efectúa el a-quo y que comparto, lejos de resultar una expresión dogmática, es una conclusión apoyada en pruebas concluyentes, ya que más allá de las declaraciones de los testigos en cuanto a que YPF S.A., ocupaba parte de esos inmuebles en virtud de la concesión para la explotación hidrocarburífera, tanto aquélla intimación como las notas […] (y que constituyen el antecedente de la referida carta documento), adjuntando “plano de áreas de indisponibilidad afectas a diversas instalaciones de paso” […], fueron dirigidas a YPF S.A., (y no a otra empresa). Además, en oportunidad de realizarse la constatación mediante escritura N° 143 de fecha 30/04/2013 [...], el propio apelante -codemandado- manifiesta al escribano publico intervinientes que “está impidiendo el ingreso a su propiedad de toda persona, vehículos o equipos, en reclamo a YPF S.A., por el pago de las servidumbres adeudadas desde el año dos mil once hasta la fecha…”.

2.- La sentencia que hace lugar al interdicto de retener y por lo tanto le ordena a los demandados abstenerse de bloquear las vías de accesos principales a los yacimientos de la actora como también abstenerse de desarrollar cualquier actividad que obstruya los trabajos imprescindibles a la actividad que allí despliega, debe ser confirmada, pues está acreditado no solo que la empresa actora ocupaba partes de los inmuebles de los demandados con sus instalaciones, no para ejercer animus domini parte del [...] suelo y tampoco en toda su extensión, sino para ejercitar tareas de exploración y explotación hidrocarburífera, tal como le

fuera asignada conforme documento […]. También, está comprobado que los demandados con su accionar obstruyeron el acceso a los caminos principales, de distintos puntos del Yacimiento Chihuido de la Sierra Negra, de lo que dan cuenta las actas de constatación […] ilustradas con las fotografías anexadas y acompañadas […].

3.- En lo concerniente a la base regulatoria a tomar en cuenta para determinar los emolumentos profesionales, y [...] atento las pautas que establecen los arts. 6, 7, 9 y ccdtes. de la ley 1594, -corresponde- fijar los honorarios de los letrados de la actora en conjunto en el equivalente a 30 jus y en el equivalente a 21 jus en conjunto para los letrados de los demandados.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "YPF S.A. C/ CENTELLES AMADOR JULIAN Y OTRO S/ INTERDICTO", (JRSCI1 EXP Nº 4740/2013), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- A fs. 440/444, se dicta sentencia que hace lugar al interdicto de retener ordenando a los demandados abstenerse de bloquear las vías de accesos principales a los yacimientos Puesto Hernández y Chihuido de la Sierra Negra, como también que se abstengan de desarrollar cualquier actividad que obstruya los trabajos imprescindibles a la actividad de la actora, debiendo permitir el libre acceso y circulación del actor dentro de los inmuebles con NC 03-RR-05-0834-0000, Matricula 1710 y 008-6831-00000, matricula 1631, ambos del departamento Pehuenches, con más las costas.

A fs. 461 interpone recurso de apelación la empresa actora y a fs. 462 y 480, lo propio el codemandado Centelles contra la sentencia mencionada y aclaratoria de fs. 470 y vta., de cuyas expresiones de agravios obrantes a fs. 492/494 y 483/491, respectivamente, son contestados (traslado mediante ordenado a fs. 495), por el demandado Centelles a fs. 496, expresando su conformidad a los argumentos y expuestos por YPF S.A. y jurisprudencia señalada, respecto de la base regulatoria y solicitud de su reducción; y la actora a fs. 497/502, solicitando sea rechazado el recurso del codemandado, con imposición de costas.

II.- Recurso de YPF S.A.: se agravia de la base regulatoria establecida en el "valor del inmueble objeto del presente interdicto", calificándola de incorrecta, alegando que de la demanda, pedido de medida cautelar y la sentencia surge que el objeto ha sido la abstención de bloqueo de acceso principales a los Yacimientos Puesto Hernández y Chihuido de la Sierra Negra, como también al de las instalaciones hidrocarburíferas que su mandante posee dentro de los inmuebles individualizados, en los términos de la ley 17319 art. 156 y ssgtes del código de Minería, y leyes 24.145 y 26.741.

Sostiene que en los interdictos el monto del juicio a los fines regulatorios está dado por el interés lesionado y en el presente caso, resulta claro que dicho interés no se representa económicamente por el valor de la totalidad de los dos inmuebles, cuando lo afectado ha sido los derechos de su parte a ejercer la posesión sobre las instalaciones que posee en los mismos y a acceder a los Yacimiento de puesto Hernández y Chihuido de la Sierra Negra, por la actividad de interés publico que realiza.

Solicita se deje sin efecto la aplicación del art. 24 de la Ley 1594, y que sean regulados los honorarios bajo las pautas de los arts. 6 y 9 de dicha norma.

Cita jurisprudencia del TSJ, en autos "El Rincón Club de Campo" (Expte. 399/2003, Acuerdo 37/07 del 03/09/07), "Cabezas" (Expte. N° 238.264/00, del 06/06/06), "Dehais" (Expte. N° 286.629/02, 21/04/15) de esta Sala y "Ortega" (Expte. N 371.048/10), de la Sala I.

III.- Recurso del codemandado Centelles: se queja en primer lugar de que se haya considerado el consentimiento de su parte a la explotación hidrocarburífera por parte de YPF S.A. y que ésta contaba con el libre acceso a los yacimientos denunciados en autos.

Sostiene que su representado es propietario del inmueble matricula 1710 del Dpto. Pehuenches y nunca dejó de ejercer la propiedad y posesión sobre el inmueble, y que en el mejor de los casos YPF S.A. pudo considerarse tenedor, pero siempre y en todo momento esgrimió que actuaba en carácter de poseedora y que ello no surge de prueba alguna (ni documental ni testimonial ni informativa).

Sostiene que la actora tampoco ejercía otros derechos reales como la servidumbre de paso porque la única que existe es la que surge del titulo de propiedad sobre el oleoducto al norte del inmueble, ante los caminos abiertos y nunca obstaculizados por su representado, y que podían ser visitados sin inconvenientes, tal lo que surge de la prueba testimonial de autos, citando las declaraciones de los testigos Calvet y Venir.

Critica que la magistrada citó la ley 24.145 art. 1 Inc. a), anexo 1-B ap. C, cuenca Neuquina, incs. 5 y 18 que establece las áreas aginadas a YPF S.A. para sus actividades de explotación y/ exploración, pero que omitió tener en cuenta que la actora, en virtud de la ley 23.696 y Decreto Nacional N° 1055, otorgó en concesión el Área Hidrocarburífera Puesto Hernández y que para ello dispuso la convocatoria a concursos publico Internacional, destinadas a seleccionar las empresas privadas con las cuales se asociaría mediante la forma jurídica Unión transitoria de Empresas (UTE).

Invoca antecedentes por los cuales surge que Petrobrás S.A. a la fecha de ocurrencia de los hechos en cuestión, revestía el carácter de "representante" de la UTE (en los términos y con el alcance establecido en arts. 378 inc. 7) y 379 de la ley 19550), conforme surge del art. 43 del contrato de UTE, como así también el de "operador" del área Puesto Hernández, tal como lo prevé el art. 9 del referido contrato.

Manifiesta que recién el 31/01/2014 Petrobrás transfirió a YPF S.A. la totalidad de su participación en el contrato e UTE que fuera aprobado mediante el decreto nacional 1243/91 y por lo tato al momento de los hechos cuestionados YPF S.A., no operaba el área de Puesto Hernández, por ello no tenía ni la tenencia ni la posesión ni la propiedad del inmueble.

Expresa que tal situación queda al descubierto con la acción de consignación (que tramitó bajo expte. 6779/15), pretendiendo abonar canon de servidumbre por instalaciones y caminos del Área Chihuidos de la Sierra Negra desde el periodo
01/02/2012 al 31/01/2014.

Manifiesta que como concesionaria para poder desarrollar su actividad dentro de una propiedad privadas, además de acompañar la autorización del superficiario o constancia de haber requerido la servidumbre (administrativa o judicial), debe acreditar fehacientemente las mensuras de las instalaciones y/o caminos de los cuales pretende arrogarse la posesión o tenencia del mismo, y que YPF S.A. omitió acompañarlas.

Critica que pretenda probar la posesión o tenencia de tales instalaciones o caminos, con un mapa borroso y un croquis sin ningún detalle que no aclara nada.

Dice que la sentencia recurrida ha postulado sin prueba alguna que la actora tenia la posesión del inmueble (o al menos la tenencia del mismo) y que por ende resulta legitimado activo del interdicto pero que ello no surge de documental alguna y pruebas testimóniales.

Como segundo agravio, invoca la omisión de la individualización de los inmuebles y titularidad de los mismos, alegando que de las constancias de fs. 22/23 y 27vta., surge claramente que el inmueble individualizado bajo matricula 1710 –Pehuenches-, es de su propiedad en un 80% y del Sr. Ricagno en un 20% indiviso y que respecto al matricula 1631, de la Provincia de Neuquén, y que el inmueble de propiedad de su representado solo está afectado por el Área de Puesto Hernández, ya que en el momento de los hechos, solo era operado por Petrobrás S.A.

Critica que la sentencia no distinga con claridad los inmuebles involucrados y la titularidad de los mismos, a los fines de resolver.

Como tercer agravio, invoca que YPF S.A. estuvo hasta el 31/01/2014 en una situación de clandestinidad, y fuera del marco legal, en tanto no tenia a esa fecha, ni la posesión ni la tenencia del predio en cuestión conforme lo dispone Resolución n°145/71 anexo: 4.4 y arts. 66, 67 y 100 de la ley 17.319 y arts. 152, 153 y 155 del código de Minería y arts. 14 y 17 de la CN.

Y que la circunstancia de que era operada por Petrobrás dieron cuenta los testigos Calvert a fs. 295/297, Venier (fs. 298/300), Noriega Guerra (a fs. 301/303) y Ferrero (a fs. 312/313), también reconocieron que existían vías alternativas para transitar el personal de YPF S.A. hacia el área Chihuido de la Sierra Negra, que es un área que ella misma opera, por lo cual la actora, estuvo en situación de clandestinidad.

Como cuarto agravio, critica la imposición de costas, alegando que su parte se vio legitimado y con suficientes razones para ejercer actos que ejecutó y defensas articuladas, lo que justifican que ante el improbable supuesto de confirmar la sentencia, las costas sean impuestas por su orden.

En quinto lugar, se agravia de que se haya hecho lugar a un recurso de reposición interpuesto por la actora de manera improcedente y extemporánea, solicitando se declare nulo el fallo de fecha 13/09/16, igualmente por extemporánea, la aclaratoria sobre la sentencia definitiva de fecha 13 de abril de 2016.

Finalmente en sexto lugar, invoca el incumplimiento de los recaudos del art.- 610 del Código procesal.

Reitera que la empresa YPF SA hasta el día 01/01/2014 no operaba el área Puesto Hernández, por lo tanto no tenia ni la posesión ni la tenencia del campo de su representado.

Manifiesta que tampoco las actas de constatación N° 142 y N° 177 representan una amenaza de perturbación o verdaderos actos materiales de perturbación, porque han sido actos legítimos de un propietario que intenta resguardar su propiedad, y ello es corroborado con las providencias dictadas en el juzgado al requerir a la actora, la instalación y subsistencia de los puestos de control, detalle de personal, nominas de rodados que circularían, etc.

IV.- Preliminarmente debo señalar que si bien fue interpuesto el recurso del codemandado Centelles dentro de los 5 días de notificado (conf. fs. 456/457 y fs. 462) y dentro de dicho plazo fue presentada la fundamentación del recurso por parte de la actora (conf. 481 y 492/494), excediéndose en ambos casos el plazo de dos días que ha establecido el TSJ, en la causa "SMG Seguros de vida s/ queja" (Acuerdo N° 33/2016, de fecha 29/12/2016), tanto para la interposición, como para la fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimo; cierto es que desde la fecha de la concesión del recurso hasta la providencia que los tuvo por contestado (mayo a octubre de 2016), no se conocía la doctrina referida.

Asimismo, tales recursos han sido interpuestos y fundados dentro de los plazos que regían al momento de realizar el acto procesal conforme la jurisprudencia de esta Cámara, razón por la cual y tal como ha sido el criterio adoptado por esta Sala en la causa "Palacio" (Expte. N°421.755/10, del 02/03/2017), serán tratados seguidamente.

V.- Entrando al estudio de los recursos, por una cuestión metodológica, comenzare por del co-demandado Centelles, adelantando mi opinión en el sentido de que no prosperará.

En efecto, el apelante se queja en primer lugar de que se haya considerado que la legitimación activa YPF S.A., se desprende fundamentalmente de la presunción de consentimiento a la permanencia de YPF S.A. en su inmueble, más ello advierto que no pasa de una mera disconformidad ya que la interpretación que pretende hacer valer el apelante de la carta documento (obrante a fs. 32), no se condice con su contenido.

Así, pues de los términos de la intimación referida, surge textualmente, que: "los rubros y conceptos que deben ser abonados por la empresa correspondientes a servidumbres, daño emergente, etc., producido por las instalaciones y obras desarrolladas, en el inmueble de referencia, identificado con … Matricula N° 1710,… que surgen para la explotación hidrocarburíferas y gasíferas, los intimo para que en el plazo de cinco (5) días hábiles articulen los medios necesarios para permitir un acuerdo sensato, justo y eficiente, bajo apercibimiento de restringir el paso de personal vehículos y equipos a las instalaciones…".

Por lo tanto, la interpretación que efectúa el a-quo y que comparto, lejos de resultar una expresión dogmática, es una conclusión apoyada en pruebas concluyentes, ya que más allá de las declaraciones de los testigos en cuanto a que YPF S.A., ocupaba parte de esos inmuebles en virtud de la concesión para la explotación hidrocarburífera, tanto aquélla intimación como las notas obrantes a fs. 81/83 (y que constituyen el antecedente de la referida carta documento), adjuntando "plano de áreas de indisponibilidad afectas a diversas instalaciones de paso" (conf. fs. 80 bis), fueron dirigidas a YPF S.A., (y no a otra empresa).

Además, en oportunidad de realizarse la constatación mediante escritura N° 143 de fecha 30/04/2013 (conf. fs. 423, renglones 6 a 9), el propio apelante manifiesta al escribano publico intervinientes que "está impidiendo el ingreso a su propiedad de toda persona, vehículos o equipos, en reclamo a YPF S.A., por el pago de las servidumbres adeudadas desde el año dos mil once hasta la fecha…" (la negrita me pertenece).

Asimismo, tal como lo pone de manifiesto la actora al contestar los agravios, el apelante reconoce a fs. 234 que la actora ejerce actos propios de una concesionaria desde diciembre de 2011 hasta la fecha (22/07/14), y todo ello no hacer más que reafirmar la contradicción con el desconocimiento de la actividad hidrocarburífera de la empresa actora en el inmueble de su propiedad, porque no se explica entonces en base a qué causa reclamaría el pago de las sumas que dice le adeuda YPF S.A.

Por otra parte, señalo que pasaré por alto la invocación y demás alegaciones sobre el juicio de consignación que tramita entre las partes, en atención a que no fue denunciado oportunamente en estos autos, resultando por lo tanto un elemento ajeno, como también los argumentos que pretende introducir en esta etapa, sobre la existencia de una UTE con Petrobrás y demás consideraciones acerca de supuesta concesión originaria; por cuanto no fueron introducidos en la contestación de demanda y por lo tanto escaparon al debate de autos y su tratamiento en esta instancia importaría la violación a lo dispuesto por el art. 277 del Código Procesal.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que tal como lo señala López Mesa, al comentar la legitimación activa del interdicto de retener "los poseedores de cualquier naturaleza y todo tipo de poseedor, enumerados en los inc.1) y 2) del art. 2.462 del Código civil, debiendo solo probar la posesión o tenencia que alegan y los actos turbatorios que denuncien, pues en el marco del interdicto mencionado no debe examinarse si el que invoca la posesión, tiene o no derecho a la ocupación, sino que debe analizarse si esa posesión o tenencia es efectiva y actual y se manifiestan los actos turbatorios, ya sean estos clandestinos o violentos" (en Código Procesal Civil y comercial de la Nación, T. V, "interdictos y acciones posesorias…", p 31).

Trasladando estos conceptos, está acreditado no solo que la empresa actora ocupaba partes de los inmuebles de los demandados

con sus instalaciones, no para ejercer animus domini parte del el suelo y tampoco en toda su extensión, sino para ejercitar tareas de exploración y explotación hidrocarburífera, tal como le fuera asignada conforme documento obrante a fs. 3.

También, está comprobado que los demandados con su accionar obstruyeron el acceso a los caminos principales, de distintos puntos del Yacimiento Chihuido de la Sierra Negra, de lo que dan cuenta las actas de constatación realizadas bajo escritura publica N° 143 (ya referida)y N° 177 (obrante a fs. 434/435) ilustradas con las fotografías anexadas y acompañadas (que lucen a fs. 427/433 y a fs. 436/439).

Las declaraciones de los testigos Calvet (fs. 295/297 vta.), Venier (fs. 298/300), Noriega (fs. 301/303) y Ferrero (fs. 311/313 vta.), si bien todos dependientes de la actora, pudieron ser interrogados por los letrados del apelante y de sus dichos no se evidencia a mi juicio elementos que me lleven a dudar de la veracidad, han sido coincidentes en que como consecuencia de la obstrucción de los puntos de acceso, la actora tuvo que solicitar permiso a otra empresa (Chevron) para transitar por un camino que debieron utilizar como alternativo, previo acondicionamiento y circular solamente con vehículos livianos, porque era peligroso en algunas partes, porque el camino no estaba en condiciones, lo que provocó atraso en los viajes, en los cambios de turno ya que no se pudieron hacer en los horarios previstos, algunos de los operarios tuvieron que recargarse con otros turnos, con las consecuencias que ello importa.

Asimismo, de esas declaraciones testimoniales, quedó acreditado que la obstrucción señalada, complicó las tareas inspección en oleoductos y acueductos (existiendo a diciembre de 2013: 2 acueductos de 16 pulgadas, otro de 12 pulgadas y un oleoducto de 12 pulgadas) porque que no se podían recorrer en el tiempo que estuvo cortado el acceso, y si bien requieren un recorrido semanal (no diario), el riesgo consistió en que ante la imposibilidad de poder recorrerlo, si se presentaba un derrame, no se pudiera contener a tiempo.

Por lo tanto, considero que quedado acreditado el objeto de la prueba, considerando que el magistrado ha efectuado una valoración de los elementos probatorios arrimados bajo las pautas de la sana critica conforme el art. 486 del Código procesal, por cuya razón comparto la decisión a la que arriba, debiendo rechazarse las quejas mencionadas.

VI.- Respecto al tercer y sexto agravio relativo a la existencia de vías alternativas utilizadas y a la falta de cumplimiento de los recaudos del art. 610 del Código Procesal, lo hasta aquí señalado, sella la suerte de ambas quejas, porque ya que me he expedido sobre la inexistencia de caminos alternativas que abarse todo el transporte vehicular y también, sobre la legitimación activa de la empresa actora.

VII.- Igual suerte adversa para la segunda queja referida a la omisión de individualización de los inmuebles, ya que la aclaratoria dictada a fs. 470 y vta., despeja toda confusión en cuanto a la descripción realizada en el punto I) de la parte resolutiva de la sentencia, resultando por otra parte irrelevante, la existencia de un condómino atento que en virtud de la naturaleza posesoria de esta acción, donde lo que se discute son relaciones de hecho, la condena a los demandados no ha sido por su titularidad respecto a los inmuebles, sino por los actos turbatorios realizados y cuya existencia resulto probada.

En tal sentido, se ha dicho que;

“El interdicto de retener la controversia debe circunscribirse al hecho de la posesión o a su ausencia respecto del promotor, y a la existencia o inexistencia de los actos de turbación atribuidos a los demandados.

Consecuentemente, la determinación del derecho a la posesión no entra en el ámbito del interdicto de retener, juicio de tramite sumarísimo, en donde se trata de mantener el orden y prevenir el uso de la violencia, y para lo cual basta acreditar el hecho de la posesión” (C2Civ. Y Com. La Plata, Sala 3, 15/11/2001, “Terán Roberto Manuel c. Ferrero, Patricia y otro”, en Juba sum. B353474, citado por López Mesa, ob.cit, T. v., p. 30, acápite N° 79).

VIII.- El quinto agravio, se rechaza porque más allá de haberse consignado erróneamente que se hacía lugar al recurso de “reposición” en la sentencia dictada a fs. 470 y vta., su contenido encuadra en la actuación posterior prevista en el art. 166 inc. 2) del código procesal y habiéndose dictado en virtud del recurso de aclaratoria interpuesta a fs. 458/460 vta., la cual fue interpuesta dentro del plazo de 3 días previsto en la norma mencionada.

IX.- También será rechazada el cuarto agravio referido a la condena en costas, puesto que han sido impuestas conforme el criterio objetivo de la derrota, no encontrando en autos circunstancias que configuren razones objetivas para eximir al apelante del principio general de la derrota (art. 68 C.P.C y C.). Ni siquiera la buena fé del litigante perdidoso resulta causal para eximirlo del pago de los gastos de justicia a quien ha obtenido una sentencia favorable, porque justamente el criterio que adopta el código para determinar dicha imposición es “objetivo” (y no subjetivo).

X.- Pasando al recurso de apelación interpuesto por la actora, referido a la base regulatoria para el cálculo de los honorarios y si bien no surge con claridad cuál es el agravio concreto, atento la condena en costas decidida y confirmada en esta instancia, resulta razonable el planteo sobre todo teniendo en cuenta la conformidad expresada por el codemandado Centelles.

Además, tal como lo han señalado la parte actora, en las causas "Cabeza", "Dehais", hemos dicho que la base regulatoria en el interdicto de retener debe guardar correspondencia con el valor económico del interés lesionado cuya protección jurisdiccional se requiere.

En función de lo hasta aquí señalado, considero que corresponde hacer lugar a lo solicitado por los letrados de la parte actora y co-demandada y en consecuencia y atento las pautas que establecen los arts. 6, 7, 9 y ccdtes. De la ley 1594, fijar los honorarios de los letrados de la actora en conjunto en el equivalente a 30 jus y en el equivalente a 21 jus en conjunto para los letrados de los demandados.

XI.- En consecuencia, propongo al Acuerdo, se rechace el recurso interpuesto por el codemandado Centelles y se haga lugar al de la actora, modificar la sentencia de grado dictada a fs. 440/444 y su aclaratoria de fs. 470 y vta., sólo con relación al pto, III) de la parte resolutiva, fijando los honorarios, en conjunto para los letrados de la parte actora en 30 JUS y para los letrados de los demandados en 21 JUS en forma conjunta (conf. 6, 7, 9 y ccdtes. De la ley 1594), confirmándose en todo lo demás que ha sido materia de recurso y agravios. Costas de Alzada, al demandado apelante en su calidad de vencido (art. 68 del Cód. Procesal), debiéndose regular honorarios por esta instancia, en el 30% de los importes correspondientes a 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 de grado dictada a fs. 440/444, (y su aclaratoria de fs. 470 y vta.), sólo con relación al pto. III) de la parte resolutiva, fijando los honorarios, en conjunto para los letrados de la parte actora en 30 JUS y para los letrados de los demandados en 21 JUS en forma conjunta (conf. arts. 6, 7, 9 y ccdtes. de la ley 1594), confirmándose en todo lo demás que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al demandado apelante, atento su calidad de vencido (art. 68, Código procesal).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia en el 30% de los importes correspondientes a la instancia de grado. (art. 15, ley 1.594).

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

**"CHANDIA PABLO RAMON C/ SAIGRO S.A. S/ D.Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 388150/2009) – Sentencia: 126/17 - Fecha: 30/05/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRABAJO. RELACION DE CAUSALIDAD. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR. VALORACION DE LA PRUEBA.

Surgiendo de las constancias de autos que el accidente se produjo en horario laboral y en el lugar de trabajo, que las tareas que desarrollaba el actor en ese momento eran propias de su débito laboral, y que la mecánica del hecho dañoso, más allá que responde a los dichos de la víctima, no fue cuestionada por la empleadora en oportunidad de efectuar la denuncia ante la ART, ni posteriormente durante el trámite administrativo seguido en los términos de la ley

24.557, asiste razón a la jueza de grado en orden a considerar acreditada la existencia del accidente de trabajo y su mecánica.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CHANDIA PABLO RAMON C/ SAIGRO S.A. S/ D. Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557", (JNQCI2 EXP Nº 388150/2009), 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, 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. 586/591, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por los fundamentos que expone la a quo respecto de los presupuestos de la responsabilidad civil y de la carga de la prueba.

Aclara que su parte negó todos y cada uno de los hechos relatados por la actora.

Luego, dice que le nexo causal no se encuentra probado en estas actuaciones, como tampoco la culpa del empleador, más aún ni siquiera el accidente se encuentra acreditado.

Sigue diciendo que ante la ausencia de testigos y de medios probatorios que puedan confirmar los dichos del actor en cuanto al accidente y su mecánica, debe concluirse en que no hay accidente, no hay culpa del empleador, no hay relación de causalidad, ni hay responsabilidad civil.

También se queja por la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557, sosteniendo que mal puede considerarse abstracta la cuestión por aplicación del art. 17 de la ley 26.773, ya que esta última ley no resulta de aplicación en autos.

Vuelve sobre la carencia de prueba respecto de la existencia del accidente de trabajo, con transcripción parcial de los dichos de los testigos.

Critica la procedencia del daño moral, en tanto no existe relación causal entre la dolencia y el accidente.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 616/617.

Afirma que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Dice que la sentencia de grado ha encuadrado la cuestión en el art. 1.113 del Código Civil, vigente al tiempo del acaecimiento del accidente, por lo que para exonerar a la demandada de la responsabilidad, se debe probar la culpa de la víctima o un hecho fortuito o fuerza mayor.

Sigue diciendo que, analizada la prueba rendida en la causa, la jueza de grado concluyó en que no puede atribuirse culpa a la víctima en la producción del hecho dañoso.

Sostiene que la recurrente pretende desconocer la existencia misma del accidente, pretensión que se opone a los actos de la propia demandada, toda vez que los testigos ofrecidos por esa parte declararon que conocieron de la existencia del accidente, sin presenciarlo; en tanto no se encuentra controvertido que existió intervención de la ART.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones sometidas a conocimiento de la Alzada, entiendo que el memorial de agravios de la parte demandada, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Consecuentemente no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Comenzando con el análisis de la apelación, he de abordar, en primer lugar, el agravio referido a la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557, declaración que no ha sido ordenada por la jueza de grado, quién ha considerado que su tratamiento devino abstracto como consecuencia de lo normado en el art. 4, último párrafo de la ley 26.773.

Asiste razón a la recurrente en orden a que la ley 26.773 no resulta de aplicación en autos, dado que se ha denunciado que el accidente de trabajo ocurrió el día 16 de abril de 2007, en tanto que la ley 26.773 fue promulgada el día 25 de octubre de 2012, o sea con posterioridad al acaecimiento del hecho dañoso.

No obstante ello, esta Sala II ya se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Al fallar la causa "Gorosito c/ Riva S.A." (expte. n° 200.687/1997, P.S. 2011-II, n° 55) se dijo: "…en la causa "Aquino c/ Cargo Servicios Industriales S.A." (sentencia del 21/9/2004), posterior a la resolución dictada en autos, entiendo que la Corte ha decidido la inconstitucionalidad genérica del inc. 1° del art. 39 de la Ley 24.557.

"La resolución de la Corte Suprema obrante en el sub lite hace hincapié en el concepto de reparación integral y, por ello, subordina

la apreciación de la conformación o no de la tarifación con aquél concepto, a la tramitación de la causa a efectos poder comparar ambas indemnizaciones (la que debería otorgarse por el régimen de la Ley 24.557 y la derivada de la aplicación de las normas del derecho común).

"Más, en el precedente "Aquino", la Corte agrega un nuevo argumento para determinar la invalidez ab initio de la norma en cuestión, y es la violación del principio de igualdad ante la ley: "la igualdad de tratamiento ante la ley –no exenta de razonables distinciones- no admite que se distinga negativamente a quienes ven lesionada su capacidad laborativa por un infortunio, privándole de aquello que se concede a los restantes habitantes en circunstancias similares.

Ello, debido a la ausencia de toda relación lógica y normativa entre la condición de trabajador y la denegación del acceso a la justicia para solicitar la aplicación del régimen general previsto en el Código Civil, que no encuentra compensación adecuada en un régimen sustitutivo de indemnizaciones tarifadas, cuya adopción –y la ponderación de sus eventuales ventajas comparativas- no es producto de la libre elección de la víctima" –voto de la Dra. Higton de Nolasco-. Se destaca también en el mismo fallo que "mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la Ley de Riesgos del Trabajo no ha tendido a la realización de la justicia social, sino que ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formular una preferencia legal inválida por contraria a la justicia social".

"Esta postura asumida por la Corte es mantenida en "Díaz c/ Vaspia S.A." (sentencia del 7/3/2006).

"Se advierte, entonces, que la posición que surge de la sentencia obrante en autos ha sido superada por el mismo tribunal, no siendo adecuado al principio de economía procesal, persistir en la comparación entre ambas reparaciones cuando el criterio ha sido ya dejado de lado. Además, cuando este camino de superación tiene una clara impronta moral, que avanza sobre el utilitarismo determinante de la sanción de la Ley 24.557. Desde esta concepción moral es claro que ningún retaceo al principio de reparación integral puede justificarse ya que la renuncia a un resarcimiento completo importa la subsistencia del daño y el sacrificio de la autonomía de la víctima en beneficio de otro u otros. En otras palabras, importa su explotación en beneficio de un tercero, vedada por el imperativo categórico que impone tratar al ser humano como un fin en si mismo (cfr. Gueselaga, Eladio, "La limitación de la responsabilidad por accidentes y enfermedades profesionales" en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2010-I, pág. 125 y sgtes.).

"Consecuentemente la declaración de inconstitucionalidad determinada por el a quo resulta razonable desde el momento que no se adecua a la manda de los arts. 14 bis, en cuanto brinda especial protección al trabajo y determina como uno de los fines del Estado la realización de la justicia social, 16 –principio de igualdad ante la ley-, 17 –inviolabilidad del derecho de defensa-, 19 –alterum non laedere-, y 28 –prohibición de alterar los derechos y garantías constitucionales mediante las leyes reglamentarias- de la Constitución Nacional, ni a los principios emergentes de los tratados sobre derechos humanos incorporados al texto constitucional, instituir una prohibición de acceso a la vía del derecho común para el trabajador que ha sufrido un infortunio laboral, por el solo hecho de ser tal, negándole a aquél lo que se concede a otros en similares circunstancias".

Conforme lo dicho es que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la manda del art. 39 inc. 1 de la LRT, habilitando la vía civil intentada por el actor de autos.

IV.- La jueza de grado ha tenido por probada la existencia del accidente de trabajo en tanto la demandada efectuó la denuncia pertinente ante la ART; ésta brindó las prestaciones dinerarias y en especie pertinentes como así también indemnizó al trabajador por la incapacidad homologada en sede administrativa (15%).

Resulta ajustado a las constancias de la causa lo afirmado por la apelante respecto a que ella negó la existencia del accidente de trabajo y su mecánica en la contestación de demanda, como así también que ninguno de los testigos que declararon en autos presenciaron el hecho dañoso.

Ahora bien, la empleadora efectuó la denuncia del accidente de trabajo ante la ART, tal como lo corrobora el testigo Hoses –apoderado de la demandada-: "Yo recuerdo que él dio aviso que había sufrido esa lesión pero se dio aviso a la ART, como se hace siempre, se hizo la denuncia de accidente…Pero la denuncia se remitió a sus dicho nomás porque no había nadie en ese lugar…Terminó en lo que él contó porque no había nadie con él" (acta de fs. 443/444).

El testigo enfatiza que la mecánica del accidente responde a los dichos del actor, pero no discute que el hecho dañoso se produjo en horario de trabajo y en el lugar de trabajo.

Luego, la ART detalla la mecánica del accidente y no la cuestiona ni discute, como tampoco lo hizo la demandada. Surge de la prueba documental de fs. 153 que la descripción del siniestro es la siguiente: "Moviendo cajas, se golpea contra el marco de la puerta en la pierna izquierda, a la altura de la rodilla, provocando que ésta gire sobre si misma. Resulta con fuerte dolor e inmovilidad parcial de la pierna". Esta descripción aparece en toda las actuaciones labradas por la ART y, reitero, nunca se discutió

ni cuestionó en sede administrativa.

Los testigos que declararon en autos señalan: "…trabajamos en Talero 360, ahí cerca hay unas oficinas estábamos trabajando ahí, llaman por teléfono a un encargado que estaba conmigo y avisándole que había tenido un accidente Pablo Chandía, ahí volvemos a Talero y cuando ingresamos con la camioneta estaba en una silla de ruedas, y ya estaba lesionado y estaba esperando la ambulancia, preguntamos que le pasó y dijo que levantó una caja y cuando giró se golpeó con un escritorio o una puerta, después se lo llevaron…" (testigo Moreira, acta de fs. 230/vta.); "…nosotros nos encontrábamos trabajando en otro edificio cuando nos avisaron de que había sufrido un accidente. Nos avisan por teléfono que Pablo Chandía había sufrido un accidente, entonces lo que hicimos fue regresar inmediatamente para saber que había pasado, regresamos al edificio de Talero 360, esa es la sede central de YPF…No recuerdo quién nos avisa. Por comentarios él lo que hizo fue que levantó una caja, giró y cuando giró se golpeó en el marco de la puerta, en su rodilla. Nos llamaron a nosotros, cuando llegamos estaba sentado en una silla, esperando que lo vengan a buscar para llevarlo al médico" (testigo Silva, acta de fs. 231/vta.).

Por ende, surgiendo de las constancias de autos que el accidente se produjo en horario laboral y en el lugar de trabajo, que las tareas que desarrollaba el actor en ese momento eran propias de su débito laboral (de ello da cuenta el testigo Pino a fs. 324 vta.), y que la mecánica del hecho dañoso, más allá que responde a los dichos de la víctima, no fue cuestionada por la empleadora en oportunidad de efectuar la denuncia ante la ART, ni posteriormente durante el trámite administrativo seguido en los términos de la ley 24.557, entiendo que asiste razón a la jueza de grado en orden a considerar acreditada la existencia del accidente de trabajo y su mecánica.

La a quo ha atribuido responsabilidad a la demandada, en los términos del art. 1.113 del Código Civil, por servirse o tener bajo su cuidado la cosa productora del daño. No se identifica cuál es la cosa productora del daño, entendiendo, por el desarrollo anterior, que es el bulto o caja que el actor portaba en el momento del accidente.

Si bien la sentencia de grado es imprecisa en este aspecto, la recurrente no se ha agraviado sobre esta conclusión, por lo que la misma llega firme a esta instancia.

Tampoco la accionada ha logrado acreditar que el accidente se produjera como consecuencia de la culpa de la víctima, al no utilizar los elementos de seguridad, conforme se advierte del interrogatorio realizado a los testigo que declararon en autos. No se encuentra invocado, y menos probado, que elementos de seguridad no utilizaba el actor en el momento de lesionarse, ni tampoco en que hubiere incidido la no utilización de esos elementos, dada le mecánica del accidente.

Por ende ha de confirmarse el fallo de grado en cuanto hace responsable a la demandada en los términos del art. 1.113 del Código Civil por los daños que sufre el actor derivados del accidente de trabajo sufrido el día 16 de abril de 2007.

V.- Resta por analizar el agravio de la demandada referido a la procedencia del daño moral.

Si bien la recurrente no es clara al formular este agravio, entiendo que su crítica se centra en que el actor padece una enfermedad (diabetes) que no se vincula con el accidente de trabajo, y que sería la causa de su padecimiento espiritual.

Sin perjuicio de señalar que el resultado de la prueba pericial psicológica es solamente uno de los elementos que la jueza de grado toma en cuenta para condenar a la accionada al pago de la indemnización por daño moral, se advierte que el informe del perito es claro en orden a que se pudo constatar en el actor un elevado nivel de ansiedad, que tiene que ver con la preocupación o frustración por los cambios originados en su vida luego del accidente; cambios que se vinculan con la incapacidad física generada en la rodilla, y que afectan su capacidad laboral, deportiva y de recreación, entre otras (fs. 287). Esta conclusión se reafirma con las explicaciones brindadas por el perito a fs. 295 a la impugnación formulada por la demandada: "Se tuvo en cuenta que el actor padece una enfermedad física, como es la diabetes. Sin embargo, el malestar generado en estado psíquico del actor corresponde a las consecuencias del accidente donde sufrió daño en la rodilla, limitando su capacidad laboral, social y deportiva".

De lo dicho se sigue que si bien el perito psicólogo tuvo en cuenta la enfermedad de base del actor, las consecuencias perjudiciales en su estado anímico son atribuidas al accidente de trabajo, explicando por qué.

En consecuencia, se confirma la procedencia de la indemnización por daño moral y su cuantía.

VI.- Antes de finalizar mi voto cabe llamar la atención sobre la incorrecta foliatura y refoliatura que presentan los cuerpos de este expediente, circunstancia que ha sido oportunamente señalada por la Presidencia de la Cámara de Apelaciones, y que ha obstaculizado la individualización de los aspectos del trámite que se entendió necesario destacar para la fundamentación del voto.

Adviértase que existen hojas donde se cuenta con tres foliaturas distintas, sin que surja cuál es la correcta, debiendo acudirse a las fojas antecedentes o posteriores para conocer la numeración de que se trata.

Por ende, se ha de requerir a la Directora de la Oficina Judicial Civil que, en lo sucesivo, se de cumplimiento al art. 14 del Reglamento de la Justicia, como así también se inutilice la numeración errónea en oportunidad de procederse a la refoliatura total o parcial del expediente.

VII.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio de grado, haciendo saber a la Directora de la Oficina Judicial Civil lo manifestado en el punto VI.- de la presente sentencia.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

resuelve:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 586/591, haciendo saber a la Directora de la Oficina Judicial Civil lo manifestado en el punto VI.- de la presente sentencia.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, se determine 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.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"LOPEZ CARLOS ANTONIO C/ BELMAR BELMAR DOMINGA MIRIAM 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 II – (Expte.: 476036/2013) – Sentencia: 127/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA. FALTA DE PRUEBA. INDEMNIZACION POR DAÑO. DETERMINACION DEL DAÑO. CALCULO DE LA INDEMNIZACION. PREJUDICIALIDAD FRENTE AL DERECHO CIVIL.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado que atribuye responsabilidad exclusiva al demandado en el accidente de tránsito que motivó este trámite, en oportunidad en que el actor circulaba por la Ruta n° 22, y fuera embestido por el vehículo conducido por el demandado, quién circulaba por la ruta referida y al invadir su carril, en contramano, pues si bien la probable velocidad desarrollada por el actor se encuentraba por arriba de la reglamentaria para la circulación en rutas que atraviesan zonas urbanas y de 60km/h (art. 51, Ley 24.449), no puede concluirse en que haya actuado en forma imprudente o negligente y que configure culpa de la víctima, teniendo en cuenta además que se hizo a un lado para evitar la colisión contra el furgón que transitaba por su mano. Por el contrario, tal calificación debe ser atribuida a la

conducta del demandado, quien no solo no ha logrado acreditar que la circunstancia que alega –velocidad del actor- fuera la productora del siniestro, sino que con su accionar imprudente provocó el accidente con un final fatal.

2.- No existe, en autos, prejudicialidad de la sentencia penal respecto de la civil, toda vez que la primera no determina ni la condena ni la absolución del imputado.

3.- En cuanto al cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente, esta Sala ha variado su postura, adoptando el criterio de tomar en cuenta el promedio entre la fórmula de la matemática financiera y la fórmula Méndez.

4.- Para el cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente, si el actor pretende 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. 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 y que la contraria ha desconocido por imperativo procesal la documental acompañada en la demanda en relación al rubro, a más del desistimiento de la prueba, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces.

5.- Es criterio de ésta Cámara que el daño psíquico no tiene entidad autónoma distinta del daño material y moral.

6.- Si bien, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa, cuando ello no ocurra, se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral.

7.- En cuanto al rubro daño moral, 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.

8.- En orden a los gastos materiales, de farmacia, asistencia y gastos varios, esta Sala tiene dicho que tales gastos no requieren prueba directa de su existencia y que aun cuando la víctima haya sido atendida en el hospital público, en atención a que hay insumos o prestaciones que el sistema público de salud no cubre, en tanto el gasto denunciado guarde relación con el daño se presume su realización (cfr. autos “Arriagada c/ Ramírez”, expte. n° 378.616/2008, P.S. 2013-IV, n° 128, entre otros).

9.- La reparación integral que persigue al invocar el rubro lucro cesante comprende tanto la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, como los beneficios económicos esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención.

10.- Al no haber sido probado el ingreso del actor en la causa, y no pudiendo por tanto presumirse las ganancias que dejó de percibir a raíz del accidente, cabe rechazar la indemnización por lucro cesante.

11.- En relación a la privación del uso del rodado, conforme la postura de esta Sala en cuanto a que la existencia de roturas en el rodado y su necesidad de ser reparados justifica por sí mismo la procedencia de la indemnización reclamada, la que, de conformidad con las facultades que el artículo 165 del Código de rito se acuerdan a los jueces, se fija en la suma total de $ 2.000,oo.

12.- En lo que respecta al daño psicológico, si se ha hecho lugar al costo del tratamiento psicoterapéutico aconsejado por el perito médico psiquiatra, no hay una doble indemnización, sino la condena a resarcir los gastos en que el actor deberá incurrir con el objeto de obtener un alivio a su padecimiento psíquico.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “LOPEZ CARLOS ANTONIO C/ BELMAR BELMAR DOMINGA MIRIAM Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, (JNQCI2 EXP Nº 476036/2013), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Mediante la sentencia de fs. 810/815 se hace lugar a la demanda, condenando a los demandados y a la aseguradora citada en garantía a abonar al actor la suma de $88.167,oo con intereses y costas.

Tanto la parte actora como los demandados y su aseguradora, apelan tal decisión.

Fundan sus recursos a fs. 812/852 y fs. 855/861 respectivamente, cuyos traslados son respondidos a fs. 863/870 y fs. 871/873 vta., también respectivamente.

1. Agravios de la parte actora.

En primer lugar, se queja del monto otorgado en concepto de incapacidad sobreviniente, por no considerarse el porcentaje de incapacidad psiquiátrica generadora por sí misma de la incapacidad laboral y por el salario mínimo vital y móvil tomado para el cálculo, el que debe ser el vigente a la fecha de la sentencia.

En segundo, por el monto otorgado por daño moral en función de los padecimientos físicos, psíquicos, molestias, inquietudes, inmovilidad, cambio de hábitos y dependencia de terceros probados en la causa.

En tercero, por el rechazo del rubro gastos materiales, de farmacia, asistencia, etc., los cuales, se encuentran probados (fs. 553, 554, 555, 556) y no fueron reconocidos en su totalidad pese a no encontrarse desconocidos por la contraria.

Y, finalmente, por el rechazo del lucro cesante, dado que quedó probada la indisponibilidad del rodado hasta el mes de mayo de 2005, y la consecuente pérdida de ingresos por los trabajos que dejó de realizar, conforme surge del informe médico agregado a la causa penal.

2. Agravios de los demandados y su aseguradora.

En primer lugar, se queja de la total responsabilidad respecto del accidente, descartándose la culpa de la víctima invocada. Dice que de la pericia accidentológica y del testimonio del Sr. Reyes surge que el actor circulaba a alta velocidad, violando la permitida para la zona –urbana- en que se produjo el accidente como la cartelería existente.

Sigue diciendo que la causa penal fue descartada por la ausencia de elementos probatorios, no mereciendo reproche alguno, lo cual debe tenerse presente en punto a la prejudicialidad penal.

En segundo, por la determinación de la incapacidad sobreviniente fijada al actor, quien fue peritado más de 4 años después del

hecho, resultando arbitrario vincular la tendinitis del hombro izquierdo y la consecuente limitación funcional es ese hombre con el accidente, como así también, en la rodilla.

Asimismo, por no descontarse del sueldo utilizado para el cálculo indemnizatorio el porcentaje correspondiente al consumo propio del accionante, los beneficios provisionales, ni aquellos que representan la percepción anticipada y acumulado de los ingresos netos que habría percibido en el futuro.

En tercero, por el monto fijado en concepto de daño moral por no condecir con las constancias objetivas de la causa y por la insuficiencia de los argumentos utilizados, agregando que la aquo, escudándose en el art. 165 del Ritual, fija un valor exorbitante y discrecional.

En cuarto, por el monto asignado por daño psicológico o tratamiento psicológico, asignándose 2 valores por secuelas que lucen emanadas de la misma causa, solicitando su rechazo o reducción.

En quinto, por el monto de las reparaciones, expresando que su parte desconoció los presupuestos acompañados con la demanda, a más de que no se ofreció pericial mecánica alguna a efectos de acreditarlos.

Finalmente, se queja por los intereses fijados por tratamientos médicos futuros, señalando que esta Cámara tiene dicho que en caso de admitirse, se computan desde la sentencia y no desde la fecha del hecho.

II.- Resumidos los agravios, comenzaremos –por una cuestión metodológica- por el análisis de la queja de la responsabilidad civil que incorporan los demandados.

Así, la crítica apunta a cuestionar la valoración del material probatorio por parte de la quo y, por ende, su conclusión respecto de la configuración de culpa de la víctima que exime totalmente de responsabilidad al demandado, poniendo el acento en la presunta velocidad excesiva con la que circulaba el accionante.

El accidente que involucró a las partes sucedió en oportunidad en que el actor circulaba por la Ruta n° 22, siendo embestido por el vehículo conducido por el demandado, quién circulaba por la ruta referida y al invadir su carril, en contramano. Las partes son contestes en estos extremos.

Del análisis de las pruebas aportadas, de la pericial en accidentología desarrollada en sede penal, surge que el camión del actor consumió una velocidad técnica mínima de 62,33 km/h (fs. 658 y vta.) y que el furgón actuó como vehículo embistente del camión en primera instancia y luego del acoplado.

Por otra parte y de las declaraciones testimoniales aportadas, los Sres. Ceferino y Reyes (fs. 469/vta. y fs. 470/vta. respectivamente) no refieren acerca de la presunta ligereza en la circulación del accionante; no obstante ambos afirman que el furgón del demandado embistió al camión del actor sobre el carril que venía éste último.

Si bien la probable velocidad desarrollada por el actor se encuentra por arriba de la reglamentaria para la circulación en rutas que atraviesan zonas urbanas y de 60km/h (art. 51, Ley 24.449), no puedo concluir en que haya actuado en forma imprudente o negligente y que configure culpa de la víctima, teniendo en cuenta además que se hizo a un lado para evitar la colisión contra el furgón que transitaba por su mano.

Por el contrario, tal calificación debe ser atribuida a la conducta del demandado, quien no solo no ha logrado acreditar que la circunstancia que alega –velocidad del actor- fuera la productora del siniestro, sino que con su accionar imprudente provocó el accidente con un final fatal.

En lo relativo a la causa penal, la a quo ha entendido que no existe, en autos, prejudicialidad de la sentencia penal respecto de la civil, toda vez que la primera no determina ni la condena ni la absolución del imputado.

Es por ello que encuentra legalmente habilitada para analizar todo el material probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal como lo hizo, no advirtiéndose el agravio en este sentido.

Por lo hasta aquí expuesto, se ha de confirmar la responsabilidad atribuida en la primera instancia al demandado en lo concerniente al accidente de tránsito que motivó este trámite.

III.- Sentado ello, pasaré ahora al análisis de los rubros que ambas partes cuestionan en lo relativo a su reconocimiento (o falta) y tasación.

1. Incapacidad Sobreviniente.

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). (En autos “Barros c/ Tripailao”, expte. n° 368.042/2008, P.S. 2013-III, n° 100)

En cuanto a su cálculo, esta Sala ha variado su postura, 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 y que la contraria ha desconocido por imperativo procesal la documental acompañada en la demandada en relación al rubro, a más del desistimiento de la prueba de fs. 473, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces.

La actualización que sobre este último valor cuestiona el actor está contemplada en la medida de los intereses fijados por la a quo en su decisión, y que no aparecen cuestionados.

En cuanto al porcentaje de incapacidad, y la queja del actor en que no se tomó en cuenta la pericial psiquiátrica a tal fin, deberá tener presente que es criterio de ésta Cámara que el daño psíquico no tiene entidad autónoma distinta del daño material y moral.

Si bien, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa, cuando ello no ocurra, se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral.

Por lo cual, resulta ajustado tomar el informado por el perito médico del 37,50%.

En cuanto a la queja de la parte demandada de la omisión en el descuento del sueldo utilizado para el cálculo indemnizatorio del porcentaje correspondiente al consumo propio del accidente, resulta un agravio puramente dogmático, que no podrá ser considerado en atención a la generalidad con la que fue planteado.

Sobre esta base, y aplicando un promedio entre las fórmulas Vuotto y Méndez, es que el importe por el que debe prosperar el rubro

en cuestión debe elevarse hasta la suma de $ 39.800,oo.

2. Daño moral.

En cuanto a este rubro, 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)".

Es así que teniendo en cuenta las características del accidente, las consecuencias de las lesiones físicas y el tiempo que demandó su curación, como así también que tuvo que ser operado, considero que la suma determinada por la a quo resulta ajustada a los padecimientos espirituales que se le han provocado al actor.

3. Gastos materiales, de farmacia, asistencia y gastos varios de fs. 151.

Esta Sala tiene dicho que tales gastos no requieren prueba directa de su existencia y que aun cuando la víctima haya sido atendida en el hospital público, en atención a que hay insumos o prestaciones que el sistema público de salud no cubre, en tanto el gasto denunciado guarde relación con el daño se presume su realización (cfr. autos "Arriagada c/ Ramírez", expte. n° 378.616/2008, P.S. 2013-IV, n° 128, entre otros).

En esa senda, teniendo en cuenta las lesiones sufridas de acuerdo a lo relatado y lo verificado conforme las constancias de la causa, fijo prudencialmente la reparación por los gastos de farmacia en la suma de $ 1.500,oo.

4. Lucro cesante. Privación de uso.

La reparación integral que persigue al invocar este rubro comprende tanto la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, como los beneficios económicos esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención.

Como bien lo indica la sentenciante, al no haber sido probado el ingreso del actor en la causa, y no pudiendo por tanto presumirse las ganancias que dejó de percibir a raíz del accidente, confirmaré su rechazo.

En cuanto a lo mencionado en relación a la privación del uso del rodado, conforme la postura de esta Sala en cuanto a que la existencia de roturas en el rodado y su necesidad de ser reparados justifica por sí mismo la procedencia de la indemnización reclamada, la que, de conformidad con las facultades que el artículo 165 del Código de rito se acuerdan a los jueces, se fija en la suma total de $ 2.000,oo.

5. Tratamiento psicológico (médicos futuros).

En lo que respecta al daño psicológico, la sentenciante de grado no ha indemnizado dicho daño, conforme lo sostiene la parte demandada, sino que ha hecho lugar al costo del tratamiento psicoterapéutico aconsejado por el perito médico psiquiatra (fs. 398).

Por lo cual, no hay una doble indemnización, sino la condena a resarcir los gastos en que el actor deberá incurrir con el objeto de obtener un alivio a su padecimiento psíquico.

Por otra parte, estimo adecuada la suma fijada a tal fin por la a quo, por lo que no corresponderá su reducción en el sentido que se solicita.

6. Reparaciones (daño material).

Respecto de esta queja, observo que resultan suficientemente acreditados los daños sufridos por el actor en lo que respecta al camión de su titularidad, tanto de la informativa que refiere la aquo como en la pericial llevada a cabo en sede penal, razones por las que será confirmado este rubro.

7. Intereses del tratamiento médico futuro.

En punto a esta cuestión, esta Sala tiene que los intereses de gastos por tratamientos futuros deberán computarse a partir de la sentencia y no desde la fecha del hecho. Ello, por cuanto el dinero no ha salido del patrimonio de actor, por lo cual, no hay daño actual.

Consecuentemente, este agravio será admitido.

IV.- Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo modificar la sentencia apelada, elevando el monto de capital en la suma de $ 114.610,oo y por los motivos indicados.

Las costas de segunda instancia serán impuestas a la parte demandada y su aseguradora vencidas.

La regulación honoraria se efectuará sobre la base del art. 15 de la ley 1594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 810/815, elevando el monto de capital en la suma de $ 114.610,oo por los motivos indicados en los considerandos, como así también, disponiendo que los intereses de gastos por tratamientos futuros deberán computarse a partir de la sentencia; confirmándose en lo restante y que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de segunda instancia a la parte demandada y a su aseguradora vencidas (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, se fije 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

**"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ GUTIERREZ JUAN JOSE Y OTRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505230/2013) – Sentencia: 128/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO PROCESAL: Proceso de ejecución.

APREMIO. MULTA. EXCEPCIONES PROCESALES. FALSEDAD DE FIRMA. PRUEBA. PRUEBA PERICIAL CALIGRAFICA. NULIDAD DE LA SENTENCIA. PRODUCCION DE LA PRUEBA.

1.- La impugnación que efectúa respecto a la falsedad de la firma efectivamente hace a la aptitud ejecutiva del título, pues para proceder a su ejecución la infracción y la multa, que es su consecuencia deben encontrarse firme. En el caso de autos, si la firmeza del título fue tenida por cierta a través de considerar que quien suscribió el acta era el infractor, en caso de que resulte efectivamente una persona distinta a la luego demandada, el título necesariamente resultará inhábil.

2.. Cabe declarar la nulidad de la sentencia que rechaza las excepciones de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva, condenando a los demandados a hacer pago al municipio de una suma de dinero, en tanto el accionado invocó que un tercero usurpó su identidad con el fin de evadir su responsabilidad frente a la multa que diera lugar posteriormente a la deuda que origina este proceso, por lo que correspondía admitir la realización de la pericia caligráfica, para diluciadar si la firma era o no de quien resultó demandado para probar aquella excepción, y no postergar para un juicio ordinario posterior.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ GUTIERREZ JUAN JOSE Y OTRO S/ APREMIO", (JNQJE1 EXP Nº 505230/2013), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 87/90 rechazando las excepciones de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva, condenando a los demandados a hacer pago a la Municipalidad de Neuquén de la suma de $ 1.200.

Apela Juan José Gutiérrez, agraviándose de que pese a haber denunciado que un tercero usurpó su identidad con el fin de evadir su responsabilidad frente a la multa que diera lugar posteriormente a la deuda que origina este proceso, el Juez no admitiera la realización de la pericia caligráfica.

Expresa que al tener noticia de este proceso y advertir que el acta contenía una firma que no le era propia recordó que había extraviado un documento nacional de identidad y allí comprendió que quien suscribió el acta se hizo pasar por él.

Se presenta en estas actuaciones y ofrece prueba pericial caligráfica para demostrar esta situación, petición que no tuvo acogida y se dictó sentencia condenándolo al pago de $ 1.200 con más las costas del juicio.

Se agravia que no se haya hecho lugar a la prueba pericial caligráfica cuando resultaba imprescindible, y que el Juez haya entendido que con las constancias obrantes en la causa resultaba suficiente para dictar sentencia.

En esa senda entiende que es erróneo el argumento de la sentencia que sostuviera que la firma reputada falsa no resulta un elemento que haga a la presunción de legitimidad del título.

Agrega que el análisis estricto de la procedencia de las excepciones no puede llevar sin más a sostener que no cabe abrir a prueba pues ésta circunstancia se encuentra prevista en el artículo 549 del Código Procesal Civil y Comercial.

Destaca que el Juez se equivoca al considerar que la falta por la que se labrara la infracción procedió a su respecto en razón de ser titular del vehículo, pues de las constancias de autos surge que el tercero al cual imputa haberle usurpado su identidad era quien conducía el vehículo y no el titular del mismo.

Agrega que presentó una reclamación administrativa ante el Tribunal de Faltas la que adjunta en copia al recurso.

Se agravia también que el Juez haya diferido para un juicio ordinario posterior el reclamo aquí planteado, expresando que ello irrogaría mayores gastos y un mayor dispendio de tiempo, señalando que razones de economía procesal imponen que la cuestión se resuelva en el presente proceso.

Solicita se revoque la sentencia.

II.- Del análisis del recurso y estudio de las actuaciones entiendo que le asiste razón al apelante.

En ese sentido, la impugnación que efectúa respecto a la falsedad de la firma efectivamente hace a la aptitud ejecutiva del título, pues para proceder a su ejecución la infracción y la multa, que es su consecuencia deben encontrarse firme.

En el caso de autos, si la firmeza del título fue tenida por cierta a través de considerar que quien suscribió el acta era el infractor, en caso de que resulte efectivamente una persona distinta a la luego demandada, el título necesariamente resultará inhábil.

La afirmación del Juez respecto a que no medió impugnación por parte del excepcionante en el procedimiento administrativo carece de lógica, pues si el argumento defensista es que quien suscribió es alguien que utilizó el documento que habría extraviado la persona que aquí excepciona, no hay modo que haya podido impugnar esa circunstancia, pues no tuvo forma de tener conocimiento de que estaba tramitándose aquel procedimiento.

El recurso al argumento de que se trata de un instrumento público y el estrecho marco cognoscitivo que rodea al apremio no justifican la decisión de resolver sin abrir a prueba.

En ese sentido, y tal como lo expresa el apelante, la posibilidad de apertura a prueba se encuentra prevista en el artículo 549 del Código Procesal Civil, de modo tal que aún dentro del estrecho marco cognoscitivo de un proceso ejecutivo si se niega la autenticidad de la firma y ello es un hecho conducente, necesariamente debe admitirse la prueba pericial caligráfica.

También le asiste razón al apelante al señalar que la sentencia incurre en el error de considerar que el Sr. Juan José Gutiérrez fue condenado por ser el titular del vehículo y ello no es así.

De la lectura de los antecedentes surge que el Sr. Juan José Gutiérrez resultó imputado por manejar el vehículo sin carnet y cruzar una encrucijada estando el semáforo en amarillo cambiando a rojo, y luego el Sr. Ricardo Ariel Nuñez compareció en su carácter de titular del rodado secuestrado, responsabilizándose de haberle prestado el vehículo a una persona que no tenía carnet

habilitante, habiendo acreditado Nuñez su carácter de titular con la documentación respectiva.

Asimismo, argumentar que lo que aquí el demandado no pudo probar podrá hacerlo en un juicio ordinario posterior no resulta adecuado, pues teniendo en cuenta que la excepción planteada debe necesariamente resolverse dilucidándose si la firma es o no es de quien resultó demandado, y esa prueba es de las admitidas para probar aquella excepción, no se advierte la utilidad de la postergación a un juicio posterior.

De todo lo expuesto y tratándose de una prueba esencial e imprescindible para decidir la cuestión, he de proponer al Acuerdo se declare la nulidad de la sentencia y se remita el expediente a la Receptoría General de Expedientes del Fuero Ejecutivo, para que lo asigne a un nuevo Juzgado que deberá ordenar la producción de la pericia caligráfica y luego dictar una nueva sentencia.

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.- Decretar la nulidad de la sentencia dictada a fs. 87/90.

II.- Remitir las actuaciones a la Receptoría General de Expedientes del Fuero Ejecutivo, para que lo asigne a un nuevo Juzgado y ordene la apertura a prueba dispuesta en los considerandos.

III.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado atento a la falta de oposición de la ejecutante en esta Alzada.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"MUSTAFA JULIAN ARMANDO C/ PARRA RASTELLINI MAXIMILIANO O 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 II – (Expte.: 502207/2014) – Sentencia: 129/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. DECLARACION DE REBELDIA. EFECTOS. PRESUNCION JURIS TANTUM. COLISION ENTRE AUTOMOVIL Y MOTOCICLETA. PRIORIDAD DE PASO. RUBROS INDEMNIZATORIOS. INCAPACIDAD FISICA. GASTOS DE RADIOGRAFIA, ASISTENCIA MÉDICA, ELEMENTOS ORTOPEDICOS. GASTOS DE FARMACIA. GASTOS DE TRASLADO. GASTOS DE VESTIMENTA. DAÑO PSIQUICO. TRATAMIENTOS MEDICOS FUTUROS. TRATAMIENTO PSICOTERAPEUTICO. DAÑO MORAL.

1.- Es cierto que el art. 60 del CPCyC determina que, en caso de duda, el juez está obligado a considerar la verdad de los hechos lícitos invocados en la demanda, pero, de todos modos, quién ha obtenido la declaración de rebeldía del demandado no se encuentra obligado a corroborar mediante prueba los hechos afirmados en su escrito inicial, toda vez que, si el magistrado o magistrada tuviera dudas respecto de tales hechos, y en tanto ellos no fueran contradichos por prueba en contrario, ha de estar a la veracidad de ellos. Destaco que la

presunción del art. 60 del CPCyC es una presunción legal, por lo que el o la sentenciante no puede sustraerse a su aplicación.

2.- En base a estas constancias –testimonial y pericia en accidentología- y la presunción de verdad establecida en el art. 60 del CPCyC respecto de los hechos afirmados por el actor debe tenerse por comprobado que el accidente ocurrió como se relata en la demanda.

3.- El accidente de tránsito ocurrió por la exclusiva responsabilidad del demandado -automovil-, pues si bien el automotor circulaba por la derecha de la moto en la encrucijada, dado que el primero lo hacía por un pasaje […], conforme demuestran las fotografías y los croquis, y que, además era de ripio a la época del accidente, en virtud de lo dispuesto por el art. 41 inc. g) apartados 1 y 3 de la ley 24.449, la prioridad de paso la tenía el motociclista.

4.- En lo concerniente a la indemnización por el daño físico sufrido por el actor – la pericia asigna un 20% de incapacidad- y considerando que tenía al momento del hecho dañoso 26 años […], y que ha afirmado ser empleado de comercio con un sueldo mensual de $ 10.000,00, circunstancias que gozan de la presunción de veracidad del art. 60 del CPCyC, en tanto no han sido contradichas por otras pruebas incorporadas al expediente; y por aplicación de la fórmula de matemática financiera, usualmente utilizada por esta Cámara de Apelaciones, y cuya utilización expresamente solicitó el accionante, entiendo que la suma de $ 300.000,00 resulta adecuada para reparar la incapacidad física del actor.

5.- Respecto de los gastos de radiografías, asistencia médica y elementos ortopédicos, la parte no ha aportado prueba alguna de su realización, la que era necesaria en atención a que fue atendido en el hospital público y, luego, a través de su obra social. Tampoco indica cantidad y tipo de radiografías o de consultas médicas, ni precisa a que elementos ortopédicos se refiere. Por ende no se hace lugar a esta reparación.

6.- En cuanto a los gastos de farmacia esta Sala no requiere prueba directa de su existencia y se ha señalado que son procedentes aun cuando la víctima haya sido atendida en el hospital público, en atención a que hay insumos o prestaciones que el sistema público de salud no cubre como así tampoco la obra social, por lo que en tanto el gasto denunciado guarde relación con el daño se presume su realización (cfr. autos “Arriagada c/ Ramírez”, expte. n° 378.616/2008, P.S. 2013-IV, n° 128, entre otros). Consecuentemente, teniendo en cuenta la entidad de las lesiones sufridas, se estima pertinente fijar la indemnización por este rubro en la suma de $ 1.000,00.

7.- También se hace lugar a la reparación de los gastos de traslado en atención a que, dada la ubicación de la lesión (en el pie), que tuvo que ser sometido a una intervención quirúrgica, y que luego requirió de curaciones y rehabilitación es razonable que haya tenido que afrontar tales gastos. Por ello se fija la suma de $ 1.500,00 en concepto de reparación de gastos de traslado.

8.- No se hace lugar a la reparación de los gastos de vestimenta por cuanto ellos no se encuentran acreditados, no individualizándose tampoco que clase de ropa vestía en el momento del accidente.

9.- […] no se hace lugar a la indemnización por daño psíquico, dada la entidad de los

trastornos que informa la pericia psicológica de autos, y sin perjuicio de valorar dicho dictamen en oportunidad de analizar el daño moral.

10- La perito médica ha informado que el actor no requiere de tratamientos (…), por lo que se desestima la indemnización por tratamientos médicos futuros.

11.- En tanto la perito psicóloga informa que el actor se beneficiaría realizando un tratamiento psicoterapéutico, por un lapso de cinco meses, y con un costo aproximado de $ 3.000,00 (fs. 111), se hace lugar a esta pretensión.

12.- Teniendo en cuenta las características del accidente, sus consecuencias físicas y psíquicas, que la lesión en el pie tuvo que ser tratada a través de una operación, y que si bien permaneció solo un día internado, la curación de la lesión (con incapacidad) demandó aproximadamente sesenta días […], la reparación del daño moral procederá en la suma de $ 90.000,00.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUSTAFA JULIAN ARMANDO C/ PARRA RASTELLINI MAXIMILIANO O Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)", (JNQCI6 EXP Nº 502207/2014), 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 fs. 191/193 vta., que rechaza la demanda, con costas al vencido.

A fs. 197/vta., la parte actora apela los honorarios regulados en el resolutorio de grado por altos, y a la vez, por bajos, en tanto no se computan los intereses en la base regulatoria.

a) La recurrente se agravia en el entendimiento que la jueza de primera instancia ha infringido la manda del art. 1.113 del Código Civil y la jurisprudencia imperante en la materia, apartándose, además, de las constancias del expediente.

Dice que la sentencia recurrida tiene por probado el hecho, pero descarta la participación activa en él del demandado.

Sigue diciendo que la participación del demandado es indudable, y no solo surge del relato del testigo Corsano, sino también de la descripción del hecho realizada por el perito en accidentología.

Destaca que el demandado fue debidamente notificado en su domicilio real y no se presentó a estar a derecho, habiéndose decretado su rebeldía y teniéndoselo por confeso; pero para la a quo estos extremos no justifican el cumplimiento de los efectos propios determinados en el código de rito, aunque si fueron suficientes para disponer la traba de embargo preventivo.

Sostiene que la presunción de la mecánica del hecho como de la responsabilidad del demandado, juega a favor de la actora.

Realiza consideraciones sobre la valoración de la prueba.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, advierto que la cuestión central en base a la cual debe resolverse la queja del recurrente es la referida a los efectos de la rebeldía del demandado de autos.

La rebeldía o contumacia es la ausencia de alguna de las partes en un proceso de conocimiento en el cual normalmente debería intervenir como tal (cfr. Leguisamón, Héctor Eduardo, "Derecho Procesal de los Accidentes de Tránsito", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013, T. I, pág. 252).

En autos el demandado no ha comparecido a estar a derecho, ni ha contestado la demanda, habiéndose declarado su rebeldía.

El art. 60 del CPCyC determina: "La rebeldía no alterará la secuela regular del proceso.

"La sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el art. 356 inc. 1°. En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quién obtuvo la declaración…".

Doctrina y jurisprudencia no son totalmente contestes respecto de la aplicación de la norma señalada, que en términos similares se encuentra presente en todas las legislaciones procesales del país.

La jueza de grado ha tenido por probada la existencia del accidente de tránsito, en cuanto a que el actor circulaba en moto por la calle Arabarco, y que fue interceptado en su circulación por un automóvil color bordó, pero entiende que los efectos de la rebeldía no alcanzan para presumir que el demandado sea el conductor del automóvil o su dueño o guardián, y que el vehículo sea el indicado en la demanda: Seat Toledo dominio BVB-403.

Roland Arazi y Jorge A. Rojas señalan que existen cuatro posturas diferentes respecto del efecto de la rebeldía: a) el solo hecho de la rebeldía importa la condena del rebelde, en tanto se considera la comparecencia como un deber, y la condena, la sanción al incumplimiento de ese deber; b) los hechos afirmados por la parte contraria al rebelde se consideran admitidos por éste, y el juez deberá dictar sentencia teniendo por ciertos tales hechos; c) la rebeldía no puede tener el efecto de acordar un derecho a quién carece de él, y si bien la incomparecencia permite presumir la verdad de las afirmaciones del contrario, esa presunción puede no ser suficiente para producir la convicción del juez, por lo que es necesario robustecerla con otros medios de prueba; d) el silencio del litigante declarado rebelde de ninguna manera puede liberar al órgano de la jurisdicción y a la parte interesada de todos los deberes y cargas indispensables para obtener una sentencia favorable, siendo indiferente aquella declaración en relación con los hechos afirmados por las partes, quienes tendrán la carga de probarlos (cfr. aut. cit., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 360).

En cuanto a la manda del art. 60 del CPCyC, los autores que vengo citando entienden que la norma no se pronuncia claramente por ninguna de las soluciones enunciadas, sosteniendo: “El sistema de la ley ha sido calificado de absurdo e híbrido. Absurdo porque quién no comparece revela que carece de interés en defenderse o en proteger sus derechos disponibles o, finalmente, que carece de defensas y, en tales supuestos, se obliga al actor o a quién obtuvo la declaración de rebeldía a continuar en todas sus etapas un proceso en que, en la mayor parte de los casos, el interés del Estado y del propio interesado es muy remoto. Híbrido porque ha querido sintetizar tendencias opuestas que son inconciliables”, concluyendo, con cita de Isidoro Eisner, en que la incomparecencia e incontestación de la demanda suponen el reconocimiento que hace el rebelde de la verdad de las afirmaciones de su adversario y de la razón que le asiste, debiendo tenerse por cierto lo alegado, mientras en autos no resulte lo contrario. Se trata de una presunción iuris tantum que releva de prueba a quién la ley se la reconoce (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 362/364).

Alfredo Alvarado Velloso entiende, con cita del art. 919 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que en el campo procesal debe suceder lo mismo que en el derecho civil, y que el guardar silencio cuando el juez coloca al demandado en la carga de contestar, es obvio que debe producir algún efecto contrario al interés de éste porque, caso contrario, el proceso sería absolutamente inútil como medio de debate. Agrega que los códigos más modernos legislan que, en tal supuesto, el demandado acepta implícitamente la existencia y exactitud de los hechos afirmados por el actor, a consecuencia de lo cual éste queda automáticamente relevado de confirmarlos. En otras palabras, el silencio genera una presunción establecida por la ley, que siempre es de carácter relativo y, por ende, admite prueba en contrario por parte del demandado (cfr. aut. cit., “Lecciones de Derecho Procesal”, Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2012, pág. 145/146).

Enrique M. Falcón afirma que la rebeldía produce un efecto particular respecto de los hechos afirmados por el actor: una vez declarada la rebeldía siempre que lo haya sido por incomparecencia a la citación para contestar la demanda y no por abandono del juicio después de contestada, los hechos expuestos en la demanda tienen el beneficio legal de presunción de verdad, por disposición expresa de la ley y no por delegación de ella al arbitrio del juez. Esa presunción, continúa su argumentación el autor citado, de haber funcionado lisa y claramente, habría permitido sostener sin dudas que sólo cedería ante una prueba eficaz en contrario, eximiendo al actor de la prueba por él ofrecida, aunque llama la atención sobre que algunos códigos nacionales, entre ello el de Neuquén, establecen que esta presunción opera en caso de duda (cfr. aut. cit., “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. I, pág. 648).

Marcelo López Mesa considera que la presunción de verdad, en el supuesto de rebeldía, funciona en caso de duda y marca una diferencia entre la simple incontestación de la demanda y la rebeldía declarada, ya que, mientras la falta de negación de los hechos articulados por el actor en su demanda puede estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran, en caso de rebeldía, declarada por incomparecencia a la citación y emplazamiento para contestar la demanda, si el juez tiene dudas (que en el supuesto general daría lugar al rechazo de la demanda), los hechos lícitos afirmados por parte de quién obtuvo la declaración de rebeldía de la contraria constituyen presunción de verdad (cfr. aut. cit., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, 2012, t. I, pág. 509).

Finalmente el ya citado Héctor Eduardo Leguisamón dice que, en realidad, el proceso en rebeldía, conforme se encuentra regulado, no varía en mucho de aquél en el cual el demandado se opone en su contestación a la pretensión del actor e interviene en el pleito activamente, ya que aún tratándose de un proceso en rebeldía el actor tiene que probar los presupuestos de hecho en que funda su derecho, al igual que tendría que hacerlo si el accionado hubiera respondido la demanda, puesto que la presunción

legal procesal sólo se aplica en caso de duda (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 255).

La jurisprudencia no aporta demasiado para desentrañar la inteligencia de la manda del art. 60 del CPCyC. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala K) ha dicho que la rebeldía constituye una presunción iuris tantum, eficaz cuando la corroboran los demás elementos del proceso, pero desechable cuando éstos la invalidan, de manera que debe ser valorada entonces teniendo en cuenta las demás circunstancias comprobables de la causa (autos "Coria c/ Ramalli", 5/12/2011, LL AP/JUR/811/2011).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino ha dicho que la rebeldía, lejos de beneficiar al contumaz, lo perjudica, puesto que la ley establece que, hasta en la duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos invocados por quién obtuvo esa declaración (autos "Guardia c/ Toneatti", 11/9/2012, LL AR/JUR/51357/2012).

La Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostiene que la ley consagra una presunción favorable a la parte que se beneficia con la rebeldía de su contraria, sin embargo, ella no exonera al demandante de la carga de la prueba ni produce la inversión de dicha carga, es decir que la declaración de rebeldía no entraña sin más el reconocimiento ficto, por parte del rebelde, de la veracidad de los hechos alegados por la otra parte como fundamento de su pretensión, ni constituye causal para tener por configurada una presunción iuris tantum acerca de la verdad de los hechos (autos "Pasqualino c/ Pino", 20/3/2013, LL AP/JUR/737/2013). Por el contrario, la Sala I de la Cámara citada, entiende que en esos casos se genera una presunción adversa a los intereses del rebelde, que puede ser destruida por los demás elementos de prueba (autos "F., P. c/ Transportes Vesprini S.A.", 26/9/2013, LL AR/JUR/63790/2013).

III.- Entiendo que la declaración de rebeldía tiene que acarrear efectos perjudiciales para el contumaz, por lo que no puedo aceptar que sea igual un juicio donde el demandado compareció y contestó la demanda, que aquél en que el accionado no se presentó ante la citación del juez y fue declarado rebelde.

En un estado de Derecho no es lo mismo comparecer ante una citación de un juez, que no comparecer. Más allá de la libertad de cada litigante de comparecer o no a juicio, quién no lo hace carga con las consecuencias de su conducta, las que están previstas en el art. 60 del CPCyC.

Y esa consecuencia es la presunción de verdad de los hechos afirmados por el demandado. Esta Sala II se ha expedido en este sentido: la rebeldía determina la existencia de una presunción iuris tantum de la veracidad de los hechos afirmados por la parte actora (autos "García c/ Rodríguez", expte. 454.051/2011, P.S. 2015-VII, n° 163; "Martos c/ Girardi", expte. n° 426.519/2010, P.S. 2015-I, n° 15, aunque en realidad en sendos precedentes se trató de incontestación de la demanda y no de rebeldía).

Es cierto que el art. 60 del CPCyC determina que, en caso de duda, el juez está obligado a considerar la verdad de los hechos lícitos invocados en la demanda, pero, de todos modos, entiendo que quién ha obtenido la declaración de rebeldía del demandado no se encuentra obligado a corroborar mediante prueba los hechos afirmados en su escrito inicial, toda vez que, si el magistrado o magistrada tuviera dudas respecto de tales hechos, y en tanto ellos no fueran contradichos por prueba en contrario, ha de estar a la veracidad de ellos. Destaco que la presunción del art. 60 del CPCyC es una presunción legal, por lo que el o la sentenciante no puede sustraerse a su aplicación.

La duda no juega nunca, en caso de rebeldía, a favor del contumaz, sin importar que esa duda provenga de las pruebas aportadas a la causa o de la falta de prueba.

En estos términos es que encuentro que la decisión de la jueza de grado no se ajusta a derecho.

En autos el demandado no compareció a estar a derecho y no contestó la demanda, por lo que la rebeldía es de origen. Más aun, es tal su desinterés que ni siquiera se presentó en el expediente cuando se procedió a embargar preventivamente su salario (fs. 173/174).

El actor en su demanda afirma los siguientes hechos: 1) que el día 7 de febrero de 2014, siendo aproximadamente las 19,30 horas, fue protagonista de un accidente de tránsito; 2) que en esa oportunidad conducía su moto marca Honda CG Titan 150 cc dominio ... por calle Arabarco de esta ciudad, en sentido de circulación norte; 3) que tenía colocado el casco protector; 4) que cuando se encontraba terminando de efectuar el cruce con el pasaje sin nombre que existe entre calles Antártida Argentina y Paranacito se aparece un vehículo marca Seat Toledo, dominio ...3; 5) que este pasaje era de ripio y el automotor circulaba por el pasaje referido; 6) que el automotor era conducido por el demandado y que gira para ingresar en la calle Arabarco; 7) que en ese momento se produce una colisión entre ambos rodados; 8) que como consecuencia de las lesiones sufridas fue atendido en el Hospital Heller; 9) que continuó su tratamiento de rehabilitación en el sanatorio ADOS; 10) que en este último centro asistencial fue intervenido quirúrgicamente para reducción de fractura y colocación de material de osteosíntesis en su pie izquierdo.

Todos estos hechos lícitos gozan de presunción de verdad y no han sido desvirtuados por prueba alguna arrimada a esta causa, antes bien se encuentran, muchos de ellos, corroborados o confirmados por el material probatorio.

En efecto, con la testimonial de fs. 93/94 se corrobora el acaecimiento del accidente de tránsito: "…veo venir una moto color negro, cilindrada baja; sube en sentido hacia la barda. Cuando veo que viene, se intercepta un auto color bordó, no recuerdo la marca porque esto fue hace como un año; y el auto se cruza y la moto choca al auto en el medio. El auto venía a alta velocidad y clava los frenos…es una calle, en realidad es un pasaje que no tiene nombre; es una cortada que va desde Combate de San Lorenzo hasta Arabarco. El auto iba en sentido oeste…Arabarco por la que circulaba la moto, es asfaltada; la otra, el pasaje por el que circulaba el auto, ahora está asfaltada pero en ese momento era de ripio". A pedido de la parte actora el testigo realiza un croquis, que obra a fs. 92.

La pericia en accidentología de fs. 159/170 también confirma aspectos del hecho en el que basa su pretensión el actor. Ilustra sobre el lugar del accidente con las fotos de fs. 159 y el croquis de fs. 170.

En base a estas constancias y la presunción de verdad respecto de los hechos afirmados por el actor debe tenerse por comprobado que el accidente ocurrió como se relata en la demanda.

Ante la duda sobre las características del auto que señala la jueza de grado, debe hacerse valer la presunción de verdad establecida en el art. 60 del CPCyC, y tener por cierto que se trató del Seat Toledo dominio .... De ninguna manera podía la sentenciante de primera instancia hacer jugar dicha duda en contra del actor.

Igual sucede con la persona que conducía el automotor. Ante la falta de prueba sobre su identidad, que genera dudas, juega la presunción de veracidad del hecho afirmado por el accionante: que lo conducía el demandado.

Luego, y si bien el automotor circulaba por la derecha de la moto en la encrucijada, dado que el primero lo hacía por un pasaje que finaliza en la calle Arabarco, conforme demuestran las fotografías y los croquis, y que, además era de ripio a la época del accidente, en virtud de lo dispuesto por el art. 41 inc. g) apartados 1 y 3 de la ley 24.449, la prioridad de paso la tenía el motociclista.

Consecuentemente, el accidente de tránsito ocurrió por la exclusiva responsabilidad del demandado.

IV.- Teniendo en cuenta que lo resuelto en el apartado anterior importa la revocación de la sentencia de grado, debiendo hacerse lugar a la demanda, he de analizar la procedencia de los rubros por los cuales el accionante pretende que se lo indemnice.

En primer lugar, el actor requiere la reparación del daño físico sufrido como consecuencia del accidente.

La prueba informativa de fs. 59/61 da cuenta de que el actor fue atendido por el sector de emergencia de guardia del Hospital Dr. Horacio Heller, el día 7 de febrero de 2014, mismo día de producción del accidente de tránsito, ingresando a las 21,13 horas, constando en el informe de atención de guardia que se trató de un paciente politraumatizado por accidente de tránsito, habiendo sido llevado por personal del SIEN, con diagnóstico de "traumatismo M II y mano izquierda por caída e impacto contra automotor", con más "fractura metatarso desplazamiento".

A fs. 136/145 obra informe del sanatorio ADOS, donde consta que el actor ingresó con fecha 18 de febrero de 2014, egresando al día siguiente para ser tratado por el traumatismo de pie.

El informe pericial médico de fs. 148/150 señala que se constata en el pie izquierdo del actor, sobre el empeine, una cicatriz lateralizada externa, de 12 cm. de longitud, hiperpigmentada, sin adherencias; que existe una zona sobre elevada en el empeine, sobre el tercio medio del 3ro. Y 4to. metatarsiano; que la dorsiflexión del pie es dolorosa y se limita al final del movimiento por la sensibilidad álgica, en tanto que el apoyo del pie izquierdo presenta una inclinación interna. Agrega la perito que con la RMN de pie izquierdo solicitada se advirtió que el actor tiene una fractura del 3ro. y 4to. metatarsiano reducida con placa y tornillo. En definitiva la experta asigna al actor una incapacidad física del 20%.

Dado que la lesión informada por la perito se condice con lo informado por el hospital Heller y por el sanatorio ADOS, he de tener por acreditado el nexo causal entre la secuela señalada en el dictamen pericial y el accidente de tránsito.

Considerando que el actor tenía al momento del hecho dañoso 26 años (ver fs. 61), y que ha afirmado ser empleado de comercio con un sueldo mensual de $ 10.000,00, circunstancias que gozan de la presunción de veracidad del art. 60 del CPCyC, en tanto no han sido contradichas por otras pruebas incorporadas al expediente; y por aplicación de la fórmula de matemática financiera, usualmente utilizada por esta Cámara de Apelaciones, y cuya utilización expresamente solicitó el accionante, entiendo que la suma de $ 300.000,00 resulta adecuada para reparar la incapacidad física del actor.

Respecto de los gastos de radiografías, asistencia médica y elementos ortopédicos, la parte no ha aportado prueba alguna de su realización, la que era necesaria en atención a que fue atendido en el hospital público y, luego, a través de su obra social. Tampoco indica cantidad y tipo de radiografías o de consultas médicas, ni precisa a que elementos ortopédicos se refiere. Por ende no se hace lugar a esta reparación.

En cuanto a los gastos de farmacia esta Sala no requiere prueba directa de su existencia y se ha señalado que son procedentes aun cuando la víctima haya sido atendida en el hospital público, en atención a que hay insumos o prestaciones que el sistema

público de salud no cubre como así tampoco la obra social, por lo que en tanto el gasto denunciado guarde relación con el daño se presume su realización (cfr. autos “Arriagada c/ Ramírez”, expte. n° 378.616/2008, P.S. 2013-IV, n° 128, entre otros).

Consecuentemente, teniendo en cuenta la entidad de las lesiones sufridas, se estima pertinente fijar la indemnización por este rubro en la suma de $ 1.000,00.

También se hace lugar a la reparación de los gastos de traslado en atención a que, dada la ubicación de la lesión (en el pie), que tuvo que ser sometido a una intervención quirúrgica, y que luego requirió de curaciones y rehabilitación es razonable que haya tenido que afrontar tales gastos. Por ello se fija la suma de $ 1.500,00 en concepto de reparación de gastos de traslado.

No se hace lugar a la reparación de los gastos de vestimenta por cuanto ellos no se encuentran acreditados, no individualizándose tampoco que clase de ropa vestía en el momento del accidente.

Reiterada es la postura de esta Sala II referida a que el daño psíquico carece de autonomía a los efectos reparatorios. Así se ha dicho “Deberá tenerse presente que es criterio de ésta Cámara que el daño psíquico no tiene entidad autónoma distinta del daño material y moral. Además de generar daño moral por lesionar la espiritualidad del sujeto que es lo que se repara con la indemnización por ese daño, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa. Cuando ello no ocurra, se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral (en igual sentido la CNCiv., Sala G 22-3-95, DJ del 7-2-96). Se tiene en cuenta, también, que el hombre es un compuesto de cuerpo y alma pero que no interviene un tercer componente y que la psiquis, en definitiva, constituye una manifestación de su espíritu cuyas lesiones se encuentran compensadas por el daño moral. (PS 1996 -III- 421/427, Sala II). Por otra parte las lesiones a la integridad psicofísica no constituyen un daño indemnizable "per se", sino en función de su incidencia en el aspecto patrimonial (capacidad generativa de ganancias) o en la afección de intereses extrapatrimoniales calificables como daño moral. Esta tesitura denegatoria del "tertium genus" representado por la lesión en sí misma, con independencia de su repercusión, predomina en la doctrina y la jurisprudencia” (CC0001 NQ, CA 17 RSD-265-99 S 2-9-99, Juez SILVA ZAMBRANO (SD) Siciliano Jose Abilio c/ Consorcio patagonia UTE s/ Accidente ley P.S. 1999 -IV 625/630, SALA I MAG. VOTANTES: Silva Zambrano-García)” (autos “Borella c/ Indalo S.A.”, P.S. 2011-VI, n° 238, entre otros).

Consecuentemente, no se hace lugar a la indemnización por daño psíquico, dada la entidad de los trastornos que informa la pericia psicológica de autos, y sin perjuicio de valorar dicho dictamen en oportunidad de analizar el daño moral.

La perito médica ha informado que el actor no requiere de tratamientos (fs. 150), por lo que se desestima la indemnización por tratamientos médicos futuros.

Por el contrario, la perito psicóloga informa que el actor se beneficiaría realizando un tratamiento psicoterapéutico, por un lapso de cinco meses, y con un costo aproximado de $ 3.000,00 (fs. 111), por lo que se hace lugar a esta pretensión.

Con relación al daño moral, teniendo en cuenta las características del accidente, sus consecuencias físicas y psíquicas, que la lesión en el pie tuvo que ser tratada a través de una operación, y que si bien permaneció solo un día internado, la curación de la lesión (con incapacidad) demandó aproximadamente sesenta días (fs. 150), estimo la reparación del daño moral en la suma de $ 90.000,00.

Reclama también el accionante los gastos de reparación de la motocicleta y la indemnización por privación del uso del vehículo.

En autos obran fotografías del estado en que quedó la motocicleta después del accidente (fs. 3/4), como así también presupuesto de la reparación del rodado (el que no ha sido foliado, encontrándose entra las fs. 2 y 3), todos los documentos reconocidos por la parte demandada en virtud de la incontestación de la demanda, habiendo informado el perito en accidentología que el presupuesto resulta verosímil, y fue otorgado por un taller homologado (fs. 169 vta./170).

De lo dicho se sigue que se hace lugar a la indemnización por gastos de reparación de la motocicleta por la suma de $ 8.000,00.

Respecto de la indemnización por privación del uso del vehículo, el perito ha informado que la reparación insumirá aproximadamente 10 días (fs. 170).

Con relación a este tema tengo dicho que no resulta necesario acreditar fehacientemente los perjuicios sufridos como consecuencia de no poder utilizar el vehículo. En efecto, se entiende que quién adquiere un rodado, lo hace para usarlo, sin que nos tenga que importar la finalidad de ese uso (trabajo, estudio, recreación, etc.). Por ende, la imposibilidad de utilizar el vehículo para los fines previstos, en atención al tiempo que demanda su reparación, debe ser reparada por quién fue responsable de esa privación de uso, dado que el traslado que se realizaba mediante el auto necesariamente debe ser hecho a través de un medio sustituto. Esta es, por otra parte, la posición mayoritaria de la jurisprudencia. Así se ha dicho 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 y para la fijación del monto debe atenderse, tanto a la falta de comodidad en cuanto elemento de esparcimiento o recreo, como a las erogaciones efectuadas por la utilización de otros medios de transporte, así como que la

privación del rodado implica, necesariamente, que no se realizó desembolso alguno en gastos de combustible ni de mantenimiento" (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala J, 20/12/2005, "Barrientos c/ Autopistas del Sol", LL on line AR/JUR/6688/2005; en similares términos, Trib. Col. Resp. Extrac. N° 4, Santa Fe, 31/5/1996, "Scalso c/ Ocampo", LL on line, AR/JUR/1387/1996) –autos "Ludueña c/ García Barreiros", expte. 390.918/2009, P.S. 2011-V, n° 205)-.

Ahora bien, ante la ausencia de pruebas respecto de los usos concretos que se daba al vehículo, el quantum de la reparación ha de ser fijado prudencialmente, estimando que la suma de $800,00 resulta adecuada a tales fines.

En definitiva la demanda progresa entonces por la suma de $ 404.300,00.

V.- Este capital de condena, con excepción de la indemnización por daño moral, devengará intereses desde la fecha de la mora, que se fija el día 7 de febrero de 2014, y hasta el efectivo pago de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Respecto de la reparación por daño moral, y en atención al criterio adoptado por esta Sala II a partir del precedente "Billar C/ Consejo Provincial de Educación" (expte. n° 421.965/2010, P.S. 2017-I, n° 21), a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad, los intereses se devengarán desde la fecha de la mora y hasta la del dictado de la presente sentencia, de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir de este último momento y hasta el efectivo pago de acuerdo con la tasa activa del mismo banco.

VI.- En atención al resultado de la apelación que impone la necesidad de readecuar las regulaciones de honorarios (art. 279, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento de la apelación arancelaria.

VII.- Por lo hasta aquí dicho propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y declarar abstracto el tratamiento de la queja arancelaria. En consecuencia se revoca el resolutorio de grado y, recomponiendo el litigio, se hace lugar a la demanda y se condena al demandado Maximiliano Parra Rastellini a pagar al actor Julián Armando Mustafá, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 404.300,00 con más sus intereses, conforme lo establecido en el Considerando respectivo. Asimismo, en la instancia de origen debe procederse a refoliar el expediente a partir de fs. 2.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales del letrado apoderado de la parte actora Dr. ... en el 22,4% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses) por su actuación en la primera instancia, de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 20 de la ley 1.594.

Los honorarios de los peritos de autos, psicóloga ..., licenciado ... y médica ... se fijan en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos, considerando la labor cumplida y la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes.

Los honorarios por la actuación en segunda instancia del Dr. ... se establecen en el 35% de la suma que resulte por igual concepto y por la actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I- Revocar el resolutorio de grado y, recomponiendo el litigio, se hace lugar a la demanda y se condena al demandado Maximiliano Parra Rastellini a pagar al actor Julián Armando Mustafá, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 404.300,00 con más sus intereses, conforme lo establecido en el Considerando respectivo. Asimismo, en la instancia de origen debe procederse a refoliar el expediente a partir de fs. 2.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales del letrado apoderado de la parte actora Dr. ... en el 22,4% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses) por su actuación en la primera instancia (arts. 6, 7, 10 y 20, ley 1.594.

IV.- Fijar los honorarios de los peritos de autos, psicóloga ..., licenciado ... y médica ... en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos, considerando la labor cumplida y la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes.

V.- Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia del Dr. ... se establecen en el 35% de la suma que resulte por igual concepto y por la actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

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

**"CORREA SANDRA ITATI C/ NUEVA CHEVALLIER S.A. S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469574/2012) – Sentencia: 133/17 – Fecha: 06/06/2017

DERECHO CIVIL: Responsabilidad civil.

RESPONABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. DEMANDA. FALTA DE CONTESTACION DE LA DEMANDA. INDEMNIZACION POR ACCIDENTE. CUANTIFICACION. INGRESOS MENSUALES. CLASES PARTICULARES. PRUEBA. PRUEBA INDICIARIA. VALORACION DE LA PRUEBA. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION.

1.- […] la falta de contestación de la demanda determina que el juez de la causa podrá estimar como reconocimiento de verdad de los hechos lícitos y pertinentes invocados por el actor (art. 356 inc. 1°, CPCyC). En autos nos encontramos ante un supuesto de incontestación de la demanda y no de rebeldía como afirma el recurrente, ya que la demandada ha comparecido estar a derecho.

2.- Debe ser confirmada la determinación de los ingresos de la parte actora tomados en cuenta a los fines de cuantificar la indemnización a ella reconocida a raíz del accidente que se produjo cuando era transportada por la demandada, ya que […] si bien en la demanda se dice que la actora daba clases particulares –apoyo escolar- y el monto mensual de dinero que percibía como retribución por ellas -$ 2.200,00- no existe en autos prueba alguna que corrobore, aunque sea indiciariamente, esta afirmación. Por el contario, todos los elementos probatorios de autos dan cuenta que la demandante se desempeñaba como docente en relación de dependencia con una institución educativa privada.

3.- El monto fijado por la a quo para reparar el daño moral ($ 50.000,00) no resulta elevado, ya que tengo en cuenta que como consecuencia del hecho dañoso la actora estuvo internada aproximadamente una semana, que luego tuvo que utilizar un corsé durante cuatro meses, que la rehabilitación se prolongó durante un año y que, no obstante ello, todavía utiliza el corsé en forma intermitente (…).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 6 de Junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CORREA SANDRA ITATI C/ NUEVA CHEVALLIER S.A. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.", (JNQCI5 EXP Nº 469574/2012), 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, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 170/176, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La demandada se agravia por entender que el fallo de grado incurre en una incorrecta apreciación de la prueba, que concluye en el reconocimiento de daños no acreditados.

Afirma que no puede confundirse la presunción de responsabilidad objetiva con la presunción de daños.

Señala que no se discute la responsabilidad objetiva de la demandada, si no que se cuestiona el reconocimiento de indemnizaciones respecto de daños inexistentes.

Concretamente se agravia por la valoración del daño moral en la suma de $ 50.000,00, en tanto la actora no ha probado debidamente cuál es el daño moral padecido. Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora se agravia señalando que la jueza de grado ha omitido considerar la totalidad de los ingresos de la accionante al momento del accidente.

Dice que la demandada no contestó la demanda, por lo cual no desconoció los hechos afirmados por su parte. Por ello, a criterio de la recurrente, debe tenerse por cierto que la actora daba clases de apoyo escolar en su domicilio, y que percibía por esta actividad la suma de $ 2.200,00 mensuales.

Cita doctrina.

c) La demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de la actora a fs. 191/192 vta.

Señala que la crítica de la actora no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate el agravio formulado.

Dice que la actora omitió producir prueba para sostener el dictado de clases de apoyo en su domicilio.

Insiste en que solo se debe indemnizar el daño cierto y real.

d) La parte actora rebate los agravios de su contraria a fs. 193/194.

Dice que su contraparte no desconoce la existencia del daño físico y psicológico.

Con cita de jurisprudencia y doctrina señala que el daño moral y su cuantificación no se encuentra sujeto a cánones estrictos, defendiendo el resarcimiento fijado en el fallo recurrido.

II.- En primer lugar, la crítica de la parte actora, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no ha de declararse la deserción del recurso.

III.- Ingresando al tratamiento de los recursos de autos, llega firme a esta instancia el acaecimiento del accidente, en oportunidad en que la actora era transportada por la demandada.

Tampoco se cuestiona en autos la existencia del daño físico que fue constatado y valorado por la pericia médica.

Con relación a este daño, la queja de la parte actora refiere a que la a quo no tomó en cuenta para la determinación de la pertinente indemnización los ingresos que la demandante denunció que percibía por el dictado de clases particulares en su domicilio, hecho que, a criterio del recurrente, quedó reconocido como consecuencia de la incontestación de la demanda.

Asiste razón al apelante respecto a que en la demanda (no en el relato de los hechos, sino al practicar liquidación de los rubros pretendidos), la actora denunció que, además de su salario como docente en un colegio privado, percibía la suma de $ 2.200,00 mensuales por el dictado de clases particulares (fs. 21).

Ahora bien, la falta de contestación de la demanda determina que el juez de la causa podrá estimar como reconocimiento de verdad de los hechos lícitos y pertinentes invocados por el actor (art. 356 inc. 1°, CPCyC). En autos nos encontramos ante un supuesto de incontestación de la demanda y no de rebeldía como afirma el recurrente, ya que la demandada ha comparecido estar a derecho.

Marcelo López Mesa señala que ante el silencio del demandado, la ley trae una desventaja grave, cual es la posibilidad cierta que se tome a ello como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran; más esto no obliga al juez, sino que éste tiene una facultad, por lo que no deja de ser una presunción, importante y casi decisiva, pero que admite prueba en contrario y que incluso requiere prueba que apoye o coadyuve con tal presunción (aut. cit., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, 2012, T. III, pág. 874/875).

Tal criterio ha sido sustentado por esta Sala II en autos “Martos c/ Girardi” (expte. n° 426.519/2010, P.S. 2015-I, n° 15) y “Garabato c/ Villa Correntoso S.R.L.” (expte. n° 371.809/2008, P.S. 2015-VI, n° 423), donde se dijo: “La falta de contestación de la demanda implica un reconocimiento de los hechos en ella expuestos y crea una presunción de verdad de los sucesos afirmados por el accionante (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala D, “J. Grosso S.A. c/ Celasco Aranda”, 13/9/2002, DJ 2003-I, pág. 18; Cám. Apel. Civ. y Com. San Juan, Sala II, “Arrieta c/ Segovia”, 26/6/2002, LL on line AR/JUR/5691/2002), pero esta presunción puede ser

desvirtuada por la prueba que se produzca en el trámite. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Sala Civil y Comercial, “Roatta Urbani c/ García”, 3/3/2010, LL on line AR/JUR/28513/2010) ha sostenido que “la falta de contestación de la demanda, aún cuando exista rebeldía declarada y firme, y se trate de hechos pertinentes y lícitos, no implica necesaria y automáticamente la veracidad de los hechos invocados por la actora porque en definitiva la presunción que crea a favor del accionante debe ser ratificada o robustecida mediante la prueba pertinente. Como sostiene Palacio, cabe señalar que la rebeldía y la falta de contestación de la acción guardan sustancial analogía en lo que atañe a la apreciación de los hechos, ya que tanto una como otra constituyen fundamento de una presunción simple o judicial, de modo que incumbe exclusivamente al juez, en oportunidad de dictar sentencia, y atendiendo a la naturaleza del proceso y a los elementos de convicción que de él surjan, establecer si el silencio del demandado es o no susceptible de determinar el acogimiento de la pretensión deducida por el reclamante…”.

Por ello, y si bien en la demanda se dice que la actora daba clases particulares y el monto mensual de dinero que percibía como retribución por ellas, no existe en autos prueba alguna que corrobore, aunque sea indiciariamente, esta afirmación. Por el contario, todos los elementos probatorios de autos dan cuenta que la demandante se desempeñaba como docente en relación de dependencia con una institución educativa privada.

Los testimonios que hablan respecto de los inconvenientes laborales que tuvo la demandante como consecuencia del accidente sufrido, y que los explican (porque otros testigos afirman solamente que tuvo inconvenientes, pero no los precisan) sólo aluden a su trabajo en relación de dependencia. Así, la testigo Patricia Bonaventa afirma que a la actora la echaron del trabajo; en tanto que la testigo Sofía Fidelibus, dice haber sido compañera de trabajo de la demandante y que la despidieron del trabajo como consecuencia de las lesiones sufridas en el accidente que le impedían el ejercicio de la docencia.

Luego, la pericia médica indica, a raíz del interrogatorio realizado por el perito, que la actora a ese momento estaba desocupada, y que antes trabajaba como docente con 14 años de antigüedad (fs. 93).

En el informe pericial psicológico –apartado anamnesis- se señala que la actora se desempeñó como docente en el Instituto Pablo VI desde marzo de 1998 hasta marzo de 2013, cuando fue despedida, y agrega: “Afirma que el accidente tuvo adversas consecuencias no sólo en su salud sino también en el ámbito laboral, dado que las ausencias prolongadas como producto de licencia laboral otorgada, habrían sido la causa de su despido, según dice la entrevistada…” (fs. 114/vta.).

Como vemos, ni la misma actora reconoce como parte de las consecuencias laborales alguna afectación de otra tarea que no sea su trabajo en relación de dependencia, cuyos salarios han sido tenidos en cuenta por la a quo para determinar la indemnización por incapacidad sobreviniente.

Por ello, y más allá de la incontestación de la demanda, no puede entenderse que, además de su salario como personal docente de una institución privada, la actora tuviera otra actividad laboral remunerada toda vez que, como ya lo dije, no existen elementos en la causa que permitan corroborar este extremo.

La queja de la parte actora no ha de prosperar.

IV.- En cuanto a la apelación de la parte demandada, tampoco resulta procedente.Tengo en cuenta que como consecuencia del hecho dañoso la actora estuvo internada aproximadamente una semana, que luego tuvo que utilizar un corsé durante cuatro meses, que la rehabilitación se prolongó durante un año y que, no obstante ello, todavía utiliza el corsé en forma intermitente (ver pericia médica de fs. 93/96).

También cabe considerar la descripción que del momento del accidente hace la demandante en el informe pericial psicológico: “Cuenta que el micro hubo de volcar sobre la ruta. Describe que habría quedado atrapada entre asientos y equipajes. Refiere haber estado entonces en un lugar oscuro y sin posibilidad de moverse o huir. Esto detonó, según relata, sentimientos de desesperación, ahogo y pánico. Menciona gritos y llantos de los demás pasajeros…” y la existencia de manifestaciones depresivas en la demandante, con indicadores de angustia, producto del accidente de tránsito (fs. 114/115).

Con base en estos elementos estimo que el monto fijado por la a quo para reparar el daño moral ($ 50.000,00) no resulta elevado.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación de autos, y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, en el 4,8% de la base regulatoria para el Dr. …, y en el 4,7% de la base regulatoria para el Dr. ..., 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.- Confirmar el resolutorio obrante a fs. 170/176.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, en el 4,8% de la base regulatoria para el Dr. ..., y en el 4,7% de la base regulatoria para el Dr. ..., 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 a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

**"ORTEGA CRISTIAN MARCOS C/ PEÑA ROSALES JAVIER ORLANDO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472380/2012) – Sentencia: 140/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. CULPA CONCURRENTE. INDEMNIZACION POR DAÑO. CUANTIFICACION DE LA INDEMNIZACION.

Si no pudo determinarse el lugar exacto del accidente y conforme lo dispuesto por el artículo 1.113 del Código Civil y dado que el actor [conductor de la motocicleta] fue el móvil embistente, ambas partes son responsables en partes iguales del accidente que originara estas actuaciones.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 Junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ORTEGA CRISTIAN MARCOS C/ PEÑA ROSALES JAVIER ORLANDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, (JNQCI1 EXP Nº 472380/2012), 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. 211/216 rechaza la demanda deducida, con costas.La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 245/247.

II.- El primer agravio se refiere a la aplicación al caso de lo dispuesto por el artículo 1.113 del Código Civil, para luego señalar que en modo alguno se ha demostrado la culpa de la víctima.

Afirma que la versión dada por la aseguradora reconoce el hecho, pero la versión de su mecánica no resulta razonable siendo que estaba a su cargo la demostración de la culpa de la víctima.

Destaca, luego, que la jueza considera que existió culpa de la víctima por conducir el vehículo embistente y que si bien el informe policial alude a que el auto fue embestido en su lateral derecho, lo cual considera un error del oficial, ello no quiere decir que haya ocurrido así toda vez que no se pudo probar quien transmitió energía al otro vehículo y de hecho así lo determina el perito.

Finalmente cuestiona la versión dada por la accionada acerca de la mecánica del accidente.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada y sin perjuicio del respeto que merece la postura de la jueza interviniente,

esta Sala, como se señala en la propia sentencia propicia que a los accidentes entre un automotor y una moto se aplique lo dispuesto por el artículo 1.113 del Código Civil, y no encuentro razones suficientes como para apartarme de dicha posición.

En tal sentido, entonces, es que correspondía a la demandada acreditar la culpa de la víctima.

Al respecto, considero que la versión que del hecho da la aseguradora no resulta razonable.

Ello, ya que sostiene que luego de haber traspasado la rotonda de la ruta y la calle Dr. Ramón y encontrándose detenido sobre el margen derecho es embestido por la moto.

Ahora bien, dado que ambos vehículos circulaban en la misma dirección por la calle Ramón hacia la Av. Argentina, y toda vez que afirma que se detuvo, luego de pasar la rotonda para dar paso a los vehículos, cabe señalar que dicha afirmación no puede admitirse ya que ni por la derecha ni por la izquierda, luego de la rotonda, pueden aparecer vehículos según puede apreciarse de la foto obrante en la pericial.

Dicha maniobra solo hubiese sido posible, teóricamente, antes de cruzar la rotonda, pero en tal supuesto gozaba de prioridad de paso.

Tampoco resulta creíble la versión dada por la actora, ya que no puede doblarse en U luego de la rotonda en virtud de la existencia de un cantero como se advierte en la foto a que se hace referencia precedentemente.

Lo único cierto es que la moto es el móvil embistente, como bien lo destaca la jueza en el correcto análisis que realiza de la propia prueba aportada por la accionante, ya que si debía reparar la parte delantera de la moto resulta evidente que impactó con dicha parte.

Por consiguiente y si no pudo determinarse el lugar exacto del accidente y conforme lo dispuesto por el artículo 1.113 del Código Civil y dado que el actor fue el móvil embistente, considero que ambas partes son responsables en partes iguales del accidente que originara estas actuaciones.

IV.- Determinada la responsabilidad de las partes, corresponde examinar los daños peticionados por la actora.

En primer lugar y con referencia a la incapacidad física, la pericial médica la determina en un 5% en virtud de la existencia de una tendinitis en el pie derecho lo cual concuerda con lo afirmado en la demanda y lo que resulta del certificado médico de fs. 77/80 emitido por el hospital.

En consecuencia y aplicando la fórmula de la matemática financiera, tal lo pedido por el actor al demandar, utilizada ella como pauta de referencia y dada la ausencia de todo otro elemento probatorio relacionado con las actividades del actor y en función del porcentaje de incapacidad fijado y su responsabilidad en el hecho -2,5%- es que estimo como adecuado fijar el monto en cuestión en la suma de $10.000.

En cuanto al daño psicológico autónomo requerido en la demanda, ya esta Sala incluso con anterioridad a la promoción de la demanda, sostuvo que el mismo no tenía carácter autónomo debiendo ser evaluado dentro del rubro incapacidad física si tenía como consecuencia una disminución en los ingresos o bien dentro del rubro daño moral si producía una lesión espiritual.

En el caso la pericial psicológica, que no fuera cuestionada por las partes, no puede admitirse para su consideración toda vez que mas allá de su evidente exageración por tener por acreditada un estrés postraumático cuando de las constancias de la causa queda claro que la lesión se produjo en el pie y no en la rodilla como afirma el psicólogo y sin que siquiera pueda advertirse que estuvo en peligro su vida como sin fundamento esgrime el perito.

En tal sentido, el daño psicológico basado en la pericial aludida no puede tenerse en cuenta ya que la misma se basa, como se dijera, en lesiones que no fueron acreditadas en la causa y su evidente exageración, cuestiones estas que se tendrán en cuenta al regular honorarios.

En relación al daño moral y toda vez que se le produjeron lesiones tal como se señalara con anterioridad al analizar la pericial médica, es que corresponde fijarlo en $1.000.

Con relación a los daños en la moto y en función de lo que resulta del oficio agregado a fs. 70/71, corresponde fijarlos en el importe de $3.115.

Los gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, elementos ortopédicos y vestimenta serán desestimados toda vez que dada las consecuencias del accidente, tendinitis, no parecen razonables y no haber mediado prueba alguna acerca de su necesidad.

Con respecto a los gastos de traslado y privación de uso y teniendo en cuenta lo informado por el perito médico en el punto 7 y de conformidad con lo previsto por el artículo 165 del Código de rito, se fijan en $1.000.

Asimismo y en función de lo que resulta de dicha pericia, se fijan en $1.500 los gastos por tratamientos futuros.

En definitiva la demanda prospera, en función del porcentaje de responsabilidad en la suma total de $16.615.

Las costas de primera instancia se impondrán en el orden causado, atento a que la responsabilidad de los partícipes se estableció

en partes iguales. Las de
Alzada se impondrán a la demandada vencida.
V.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo se revoque la sentencia apelada, y en consecuencia se haga lugar a la demanda contra Javier Orlando Peña Rosales y la Aseguradora Federal Argentina SA, en la medida del seguro, por un importe total de $16.615 con más sus intereses a tasa activa a partir de la fecha del hecho el 6 de junio del 2.011. Costas de primera instancia en el orden causado y las de Alzada a la demandada y su aseguradora. Los honorarios se fijarán en base a las pautas arancelarias. Los honorarios de los peritos se confirmarán por resultar ajustados los porcentajes.
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 de fs. 211/216 y en consecuencia, hacer lugar a la demanda contra Javier Orlando Peña Rosales y la Aseguradora Federal Argentina SA, en la medida del seguro, por un importe total de $16.615 con más sus intereses a tasa activa a partir de la fecha del hecho el 6 de junio del 2.011.
II.- Imponer las costas de primera instancia en el orden causado y las de Alzada a la demandada y su aseguradora.
III.- Regular los honorarios profesionales correspondientes a la instancia de grado en los siguientes porcentajes, y una vez obtenida la base regulatoria (art. 20, ley 1594): para al Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora, del 18,2% y para el Dr. ..., apoderado en doble carácter de la citada en garantía se establecen en el 18,2% y (arts. 6, 7, 10, 20, 48 39 y cc.; ley 1594).
IV.- Confirmar los porcentajes fijados a los peritos intervinientes en concepto de honorarios.
V.- Regular los honorarios profesionales Alzada para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora, en el 30% de los honorarios que resulten por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).
VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos origen.
Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505337/2015) – Sentencia: 143/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Violencia de Género.

DISCUSIONES EN EL TRABAJO. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. REGULACION NORMATIVA. INTERPRETACION DE LA LEY. VIOLENCIA DE GÉNERO. RAZONES DE GÉNERO. FALTA DE ACREDITACION. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda en la que la actora destaca dos hechos de violencia graves hacia dos de sus compañeras y la encargada del local, que incluyeron amenazas, agresiones verbales y físicas y que se enmarcarían en lo dispuesto por la ley 26.485, pues si bien existieron discusiones de aquéllas con el demandado, las que estuvieron relacionadas con el resparto de propina, sea en relación a su importe como al momento en que dicha acción debía realizarse, no se ha acreditado los términos de las

mismas, al menos desde la perspectiva planteada.

2.- Si bien la acción no es promovida por las afectadas directas, ello no impide que pueda examinarse la cuestión dentro de los parámetros constitucionales y legales relacionados con la prevención de la violencia en el ámbito laboral contra las mujeres.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de Junio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551", (JNQLA3 EXP Nº 505337/2015), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 230/235 rechaza la demanda deducida, con costas.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 238/242 y cuyo traslado es respondido a fs. 245/249.

II.- Sostiene la quejosa que el juez omitió el tratamiento de una cuestión esencial y que es la violencia de género en el ámbito del trabajo.

Así, expresa que en la demanda se destacaron dos hechos de violencia graves hacia dos de sus compañeras y la encargada del local que incluyó amenazas, agresiones verbales y físicas y que se enmarcaron los hechos en lo dispuesto por la ley 26.485.

Destaca que el hecho que las agresiones se produjeran por cuestiones propias de trabajo, como reparto de la propina o por haber salido el demandado en horario de trabajo, no disminuye la violencia de sus agresiones y es por ello que se encuadró la situación dentro de la violencia de género en el ámbito laboral.

El segundo agravio se dirige a que en materia probatoria debe aplicarse el artículo 16 de la ley 26.485, mencionando las declaraciones testimoniales de Robledo, Sánchez y la prueba documental.

Por último, cuestiona que se haya dicho que lo pretendido no resulta proporcional o sea extemporáneo.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, entiendo que le asiste razón a la quejosa en cuanto señala que el sentenciante en momento alguno ha analizado la cuestión dentro del ámbito de la ley 26.485, no obstante que ello fuera expresamente esgrimido en el escrito de demanda.

Al respecto dicha ley, así como la provincial 2.786, han consagrado la tutela efectiva de la mujer, en el caso en el ámbito laboral.

Así, el Tribunal Superior de Justicia ha señalado en el precedente "B. c/ Provincia del Neuquén" del 1 de agosto del 2.016 que:

2.- En el presente caso, se trae a estudio en ésta etapa casatoria una problemática que posee fuerte repercusión en la actualidad, por cuanto la "violencia" como fenómeno social no resulta ajena a la comunidad del trabajo.

Y, una de sus manifestaciones es el acoso psicológico o comúnmente llamado mobbing laboral.

Por tal razón, realizaré algunas consideraciones jurídicas ineludibles para la correcta solución del caso en razón de los diversos recursos deducidos por ambas partes.

Ello así, porque en este fenómeno se encuentran involucrados derechos constitucionales expresamente reconocidos a quienes habitan en la Nación Argentina y en la Provincia del Neuquén.

Así, puede señalarse el derecho a un trato igualitario consagrado por el Art. 16 de la Constitución Nacional –en el sentido formal- aunque la reforma constitucional de 1994 atribuyó al Congreso la competencia para legislar medidas de acción positiva a fin de garantizar la igualdad real de trato, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados.

A su vez, este derecho, se encuentra directamente relacionado con otro de la misma jerarquía, cual es, la dignidad de la persona. Así, el Art. 14 bis garantiza "condiciones dignas y equitativas de labor".

Del mismo modo, en el ámbito local, la Constitución de la Provincia del Neuquén, en su Art. 37 dispone 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". (El subrayado me pertenece para poner énfasis)

También, las fuentes internacionales que completan el denominado bloque de constitucionalidad (Art. 75 inc. 22 de la C.N) tienen influencia decisiva en la temática que nos ocupa, en tanto garantizan la igualdad de trato y la dignidad de la persona trabajadora. Así, los artículos II, V, XII, XIV, primer párrafo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El Preámbulo y los artículos 1°, 2.1, 4°, 7°, 10, 12, 16, 23.1 y 2, 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los Convenios de la OIT N°

100 (artículos 1.B, 2.1); N° 111; N° 183 (artículos 1°, 3°, 8°, 9°) y N° 158 (Arts. 5° y 10). Los artículos 2.2, 3, 6, 7, 12 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Los artículos 1°, 2°, 5°, 11.1, inc. B, 12, 15, 23 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

Concretamente –en lo que a éste caso importa- y con respecto a la mujer que trabaja, ya sea en el ámbito público como privado, resulta operativa la tutela proveniente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Arts. 1°, 2°, 5°, 11.1, inc. B, 12, 15, 23) y –fundamentalmente- la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará" mediante la cual los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

Ahora bien, ese compromiso internacional es cumplido por parte del Estado Argentino con la sanción de la Ley N° 26.485 (B.O. 14.4.09) denominada "Protección Integral a las mujeres" estableciendo -en primer término- que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en toda la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal. Dicha norma se encontraba vigente al momento de resolverse la situación laboral de la actora, tanto en Primera como en Segunda Instancia.

Para este caso, importa el artículo 6° en cuanto establece que una de las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia es el "…hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral."

Y, en éste territorio de la Provincia del Neuquén, a partir de enero de 2012 rige la Ley N° 2.786 "Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres" que adopta la definición, tipos y modalidades de violencia previstos en la Ley Nacional (conf. Art. 2). Y, en el capítulo III instaura el procedimiento judicial que corresponde seguir en casos de denuncia de violencia laboral.

El conjunto de normas citadas garantizan el respeto a los derechos de trato igualitario, a la dignidad, no discriminación y tolerancia laboral respecto de aquellas personas vinculadas por una relación de trabajo –pública como privada-. Se trata de un marco jurídico protectorio contra la violencia laboral.

En tal sentido, cabe puntualizar que la acción no es promovida por las afectadas directas, legitimación que les confiere tanto el artículo 24 de la Ley nacional como el 10 de la Ley provincial, si bien la demandada no dedujo falta de legitimación al respecto.

Ahora bien, no obstante la legitimación conferida por las normas citadas, considero que dada su naturaleza de orden público, expresamente mencionado en el artículo 1 de la ley 26.485 y la normativa constitucional señalada en el precedente el Tribunal que se mencionara precedentemente, obligan a quien examina el tema a analizar la situación dentro del ámbito de dicha normativa legal.

Tampoco se pasa por alto lo argumentado en cuanto a la responsabilidad de la empresa en caso de tolerar la existencia de una conducta discriminatoria o violenta por parte de alguno de sus dependientes, tal como lo ha puntualizado correctamente la actora ya que puede ser responsabilizada por la omisión de aplicar los remedios necesarios a su alcance para evitar la existencia de violencia en el ámbito laboral que de la empresa depende.

Por consiguiente y si bien y formalmente la actora no estaba legitimada para demandar en los términos de las leyes citadas, ello no impide que pueda examinarse la cuestión dentro de los parámetros constitucionales y legales relacionados con la prevención de la violencia en el ámbito laboral contra las mujeres.

Ahora bien, tal como se ha señalado en un precedente de la Sala I en la causa 504813/2015:

Esta ley provincial tiene como objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres tanto en el ámbito público como privado de la Provincia (art. 1).

Al adoptar –en su artículo 2- la definición de tipos y modalidades de violencia previstos en la Ley nacional 26.485, tenemos que "la violencia contra las mujeres" que es prevenida, sancionada y erradica por esta normativa, es "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón" (art. 4º de la ley nacional).

Nótese, entonces, que estas normas especiales tienden a salvaguardar una –también- especial situación de violencia que es la de género; en el presente caso, en su modalidad de violencia laboral (art. 6 inc. c, de la ley 26.485) entendida como "aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de

igual remuneración por igual tarea o función.

Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral".

Desde esta premisa dada por el ámbito de aplicación de la normativa, entiendo que el razonamiento utilizado por el magistrado no es desacertado.

Es que la ley 26.485 "…asume la tesis que la agresión a una mujer es una violencia estructural que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos. Este concepto es importantísimo para comprender la norma, ya que si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender una ley que garantiza derechos que son comunes a hombres y mujeres y que ya contaban con legislación especial.

Es que la ley 26.485 "…asume la tesis que la agresión a una mujer es una violencia estructural que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos. Este concepto es importantísimo para comprender la norma, ya que si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender una ley que garantiza derechos que son comunes a hombres y mujeres y que ya contaban con legislación especial.

Tenemos entonces que la legislación tiende a amparar a las mujeres, cuando la vulneración se produce en un contexto de desigualdad.

Se apunta a problemáticas exclusivas de las mujeres, pero en tanto forman "parte de un grupo desaventajado en la estructura social que conforma el Estado. La mujer se para también frente al Estado en un peldaño inferior. Y la construcción del concepto de violencia que se propone en relación a las mujeres, tiene que ver con esa situación de inferioridad en la cual "la violencia aparece como un instrumento de un sistema de dominación por el cual se perpetúa la desigualdad entre mujeres y hombres, como estrategia de control sobre ellas".

Dentro de esta perspectiva es que debe examinarse el planteo deducido por la actora, y al respecto, entiendo que no se ha demostrado la configuración de una violencia de género por parte del demandado, al menos desde la perspectiva planteada.

Sustenta la actora su postura en la existencia de tres hechos que sucedieron durante un determinado período de tiempo.

En tal sentido, lo primero que puede decirse es que pese a la antigüedad del demandado como empleado y también como delegado, ninguna mención a un comportamiento violento se esgrimió, y por lo tanto, resulta llamativo que los mismos ocurran en un determinado período de tiempo no antes ni después.

Hecha esta acotación, considero que los episodios o mejor dicho discusiones a que alude la actora se encuentran claramente demostrados.

En primer lugar, por cuanto ha sido el propio accionado quien admitió la existencia de discusiones con sus compañeras de trabajo como se desprende de sus manifestación de fs. 54 vta., primer párrafo.

Es más, entiendo que el motivo de la disputa estuvo relacionado con el reparto de las propinas, sea en relación a su importe como al momento en que dicha acción debía realizarse.

Lo que en cambio no tengo por acreditado son los términos de las discusiones, esto es, la existencia de violencia, amenazas o comportamientos agresivos que importen una discriminación o violencia en los términos requeridos por la normativa invocada por la demandante.

Así, Acosta señala a fs. 106 que tuvo problemas con el accionado, sin perjuicio de señalar que prácticamente no tenían trato, salvo el laboral, pero en relación a la discusión con Robledo y Rebeco, lo sabe por cuanto se lo contaron las afectadas. Con relación a Sánchez, dice que se escucharon los gritos de la discusión pero no su contenido. Asimismo, el testigo relata que el único problema que tuvo fue con relación a una autorización para retirarse, que reconoce haber accedido, pero que según su versión, no procedió a dejar constancia de su retiro ni su reingreso, razón por la cual le descontaron el día.

Si bien alude a otros conflictos, los mismos no resultan verosímiles desde el momento en que la actora ni siquiera los denunció en su demanda.

En cuanto a Daniela Robledo, a fs. 112 dice que había momentos tensos y otros no y si bien relata que fue amenazada e insultada y con motivo de ello formuló una denuncia policial, sus afirmaciones no resultan corroboradas por otros elementos del proceso y quedan desdibujadas desde el momento en que afirma el demandado le pidió perdón y reconoce que dejó el trabajo y que luego lo consultó por un tema salarial de su nuevo empleo, conducta esta que no pareciera coherente con la existencia de una violencia de género o laboral.

Cabe destacar que la tercera persona involucrada en los hechos denunciados al demandar no ha declarado.

Asimismo, no puede dejar de señalarse que varios testigos han manifestado el buen comportamiento del accionado como lo destaca al responder los agravios.

En definitiva y si bien pueden aceptarse la existencia de dos discusiones del demandado con dos compañeras de trabajo, sin perjuicio de la relación de uno de ellos con la empresa, lo cierto es que el contenido de ellas no ha sido demostrado indiciariamente, y frente a ello, se advierte que los episodios ocurrieron en un relativo corto espacio temporal, no obstante la antigüedad en el trabajo y como delegado del demandado.

En tales condiciones, considero que no se encuentra demostrada la existencia de una conducta prevista por la normativa invocada por la actora, tanto la nacional como la local, por lo cual, la demanda no puede prosperar.

Dado el tenor de los conflictos que se reconoce, resulta claro que la pretensión de despido del delegado sindical no guarda proporción alguna.

IV.- Por las razones expuestas propongo se confirme la sentencia apelada, con costas a la actora vencida. Los honorarios se regularán conforme las pautas del artículo 15 de la ley arancelaria.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 230/235 vta. en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la parte actora, en su condición de vencida (art. 68, CPCC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia en el 30% de los importes correspondientes a la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

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

**"ALVAREZ ORTIZ ELADIO HUMBERTO C/ U.T.E.D.Y.C. Y OTRO S/ ESCRITURACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 511160/2015) – Interlocutoria: 203/17 – Fecha: 06/06/2017

DERECHO PROCESAL: Excepciones procesales.

JUICIO DE ESCRITURACION. PLANO DE MENSURA. FALTA DE PRESENTACION. EXCEPCIONES PREVIAS. DEFECTO LEGAL. OPORTUNIDAD PARA SU TRATAMIENTO. EFECTO DE LA ADMISION DE LA EXCEPCION. PLAZO PARA SUBSANAR LOS DEFECTOS.

1.- No resulta correcta la decisión de diferir el tratamiento de la defensa de defecto legal deducida a raíz de la falta de presentación por parte del actor del plano de mensura exigido por la ley nacional 14.159 y provincial 2.217. Ello es así, pues, de conformidad con lo expresamente dispuesto por el código procesal es una de las defensas previas dilatorias. En tal sentido, se ha dicho que la defensa aludida procede, como regla, para denunciar el incumplimiento de los requisitos a que se hallan sujetos los elementos de la pretensión contenida en la demanda o reconvención, aunque por extensión, aquella configura la vía adecuada para poner de manifiesto la inobservancia de normas relativas al adecuado desarrollo del proceso (Alvarado Velloso – Palacio, “Código procesal”, tomo 7, páginas 366 y

siguientes). Es claro, entonces, que dada la naturaleza de la defensa interpuesta y su régimen legal en modo alguno su análisis podía ser diferido al momento de dictarse la sentencia.

2.- De la postura de las tres Salas de esta Cámara y de conformidad con la normativa aplicable al caso, la adjunción del plano de mensura resulta un requisito ineludible en relación a la promoción de una demanda por usucapión y es claro que el actor no ha cumplido con dicho recaudo.

3.- La omisión de adjuntar el plano de mensura obsta a la promoción de la demanda con lo cual pareciera que la acción es improponible. Pero en estas actuaciones la accionada ha interpuesto dicha defensa dentro del marco de la excepción previa y dilatoria de defecto legal y el Código Procesal dispone que en dichos supuestos corresponde fijar el plazo dentro del cual debe subsanarse dicho defecto –artículo 354 inciso 4-, razón por la cual y sin perjuicio de que también el accionado ha solicitado el rechazo de la demanda in límine, entendemos que dado el marco jurídico en que el propio accionado planteó la defensa en cuestión, es que resulta pertinente que se cumpla con la manda de lo previsto por el artículo citado en el presente párrafo. En consecuencia y conforme los términos jurídicos en que la propia demandada ha sostenido su postura, excepción de defecto legal, se deberá intimar a la actora a fin de que en el plazo de veinte días hábiles adjunte el plano de mensura del inmueble que pretende usucapir, bajo apercibimiento de desestimar la demanda deducida de usucapión.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 6 de Junio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ALVAREZ ORTIZ ELADIO HUMBERTO C/ U.T.E.D.Y.C. Y OTRO S/ ESCRITURACION", (JNQCI5 EXP Nº 511160/2015), 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.- La parte demandada reconviniente apeló la resolución de fs. 104/vta. por la que se difirió el tratamiento de la defensa de defecto legal e improponibilidad, basadas en la falta de acompañamiento del plano de mensura.

Fundó su recurso a fs. 114/116, cuyo traslado no fue contestado por la contraria.

A fs. 126/vta. obra el dictamen del Agente Fiscal.

II.- Tal como resulta de las constancias de la causa la actora reclama la escrituración de un determinado inmueble y en subsidio plantea la prescripción adquisitiva con respecto al mismo.

Al contestar la demanda, el codemandado Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo plantea las excepciones de incompetencia y de defecto legal.

Mediante la resolución de fs. 104 la jueza interviniente rechaza la defensa de incompetencia y difiere la consideración de las restantes defensas para cuando se dicte sentencia.

Ante ello, el IPVU apela la decisión en lo que se refiere al diferimiento de la excepción de defecto legal que dedujera.

Por consecuencia, el rechazo de la defensa de incompetencia ha quedado firme así como el diferimiento de las defensas interpuestas por el restante codemandado.

La cuestión, entonces, consiste en determinar si resulta correcta la decisión de la magistrada en lo que se refiere a no examinar en esta oportunidad la defensa de defecto legal.

Dicha defensa se sustentó en la falta de presentación por parte del actor del plano de mensura exigido por la ley nacional 14.159 y provincial 2.217 lo cual trae como consecuencia, según sostiene, en una violación del derecho de defensa y en la improponibilidad de la demanda.

Al apelar, el quejoso vuelve a sostener que interpuso la excepción de defecto legal e improponibilidad de la demanda dada la falta

de cumplimiento de adjunción del plano de mensura y ello lesiona su derecho constitucional de defensa al no identificar el inmueble.

Es por ello que entiende que por tratarse de una acción de usucapión el cumplimiento del recaudo aludido no puede ser dispensado, y por el contrario, debe ser exigido previo a la continuación del proceso; y por tal razón la jueza debió resolver la excepción previo a dar continuidad al proceso, rechazándose la demanda in límine.

Pues bien, asiste razón al quejoso en lo que se refiere a la improcedencia de diferir la consideración de la defensa interpuesta.

Ello por cuanto, la accionada interpuso la defensa de defecto legal que de conformidad con lo expresamente dispuesto por el código procesal es una de las defensas previas dilatorias.

En tal sentido, se ha dicho que la defensa aludida procede, como regla, para denunciar el incumplimiento de los requisitos a que se hallan sujetos los elementos de la pretensión contenida en la demanda o reconvención, aunque por extensión, aquella configura la vía adecuada para poner de manifiesto la inobservancia de normas relativas al adecuado desarrollo del proceso (Alvarado Velloso – Palacio, “Código procesal”, tomo 7, páginas 366 y siguientes).

Es claro, entonces, que dada la naturaleza de la defensa interpuesta y su régimen legal en modo alguno su análisis podía ser diferido al momento de dictarse la sentencia.

Corresponde examinar la procedencia de la defensa interpuesta que, como se sostuviera, se sustenta en que el actor no adjuntó el plano de mensura exigido por la normativa vigente.

Al respecto. ya hemos dicho en la causa 381.732:

Respecto de los requisitos exigidos por la Ley 14.159 y en particular en cuanto al acompañamiento del plano de mensura, ya esta Sala se ha expedido al respecto (PI 2000-Nº 260-Tº III-Fº519/520).

En efecto la jurisprudencia ha expresado reiteradamente que en los procesos de usucapión, el requisito de la determinación se relaciona con el plano exigido por el art. 24 de la ley 14.159, recaudo de procedibilidad de la demanda, necesario para determinar con exactitud la cosa objeto del juicio; sin el plano de mensura el juez no sabría a ciencia cierta cual es el inmueble cuyo dominio pretende adquirirse por prescripción.

Así: “Si la ley dicta edicta que cuando la usucapión se plantea como demanda debe acompañarse el plano de mensura con los requisitos que establece para el mismo, produciéndose la omisión de este recaudo aún del modo y forma en que sucediera en autos, la conclusión no puede ser otra que la resuelta en el decisorio rechazando la demanda, pues faltó en la causa un elemento que no puede dejar de darse y existir al hacer al precisa individualización del inmueble” (Galvan Heriberto c/THE PORT MADRYN ARGENTINA COMPANY LIMITED y Otros s/Posesión Veintenaria s-Desalojo Daños y Perjuicios S CAN1 TW 000C 000008 18/4/2001 MA Manino CNCiv., Sala “D”, 04/05/84, E.D., 111-540; id.,Sala “G”, 13/12/88 (LDT).

“A fin de que resulta procedente el modo de adquirir el dominio en la forma prevista por los arts. 2524 inc. 7, 4015 y 4016, todos del Código Civil, deben observarse ciertos requisitos de naturaleza procesal. Tales requisitos han sido incorporados al Código Civil, a través de lo editado por la ley 14159, modificada por el decreto 5756/58 y la inobservancia de ellos condiciona el andamiento de la acción, y a la par, su cumplimiento no puede ser tildado como mera formalidad, dado que por la vía intentada se pretende obtener un título de propiedad. Los requisitos ha que se hace referencia, incorporados al Código Civil, tal como lo pusiera de manifiesto precedentemente, están contemplados en el art. 24, de la ley 14159, modificada por el Decreto Ley 5756/58, el que establece que en el juicio de adquisición del dominio de inmuebles por la posesión continuada de los mismos (arts. 4015 y concs del Código Civil ), se observarán las siguientes reglas: a) el juicio será de carácter contencioso y deberá entenderse con quien resulta titular del dominio de acuerdo con las constancias del catastro, registro de la propiedad o de cualquier otro registro oficial del lugar del inmueble, cuya certificación sobre el particular deberá acompañarse con la demanda, si no se pudiera establecer con precisión quién figura como titular al tiempo de promoverse la demanda, se procederá en la forma que los Códigos de Procedimientos señalan para la citación de personas desconocidas. B) con la demanda se acompañará plano de mensura, suscrito por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción; c) se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial. Será especialmente considerado el pago, por parte del poseedor de impuestos o tasas que graven el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión, d) en caso de haber interés fiscal comprometido el juicio se entendera con el representante legal de la Nación, de la Provincia o de la Municipalidad a quien afecte la demanda. Las disposición precedentes no regirán cuando la adquisición del dominio por posesión treinteañal no se plantea en juicio como acción, sino como defensa” (Ccic 340 25-09-69 Art. 2525 Inc.7; Ccic 340 25-09-69 Art. 4015 Y Conc.; Ccic 340 25-09-69 Art.4016; Leyc 14159 29-09-52 Art 24; Decc 5756-58Cccs14 Rs, L000 37 Rsd-30-96 S) (LDT).

“El análisis de las constancias de autos y las pruebas producidas arrojan, un resultado negativo para la pretensión de adquisición esgrimida por la actora, en tanto no cumple con un requisito formal exigido por el art. 24 inc.b) de la ley 14.159 (decreto ley

5756/58), ni aportó los elementos de convicción suficientes para el acogimiento de la demanda. En efecto, los actores han omitido acompañar con la demanda el plano de mensura requerido por la disposición antes mentada. Tal requisito formal no puede ser suplido o ignorado por los jueces, puesto que los mismos deben fallar conforme a las normas legales pertinentes. El recaudo exigido halla su razón de ser en la necesidad de individualizar plenamente el bien raíz objeto de la litis, en tanto el derecho que en definitiva declare el tribunal debe quedar absolutamente identificado, geográfica y geométricamente, en su objeto: en sus medidas-lineales, de superficie, angulares-, límites y linderos, nomenclatura catastral, etc., tanto más cuanto que, como en el caso, el bien forma parte de uno de mayor extensión. La ley 14159 –de orden público- manda presentar plano de mensura e impone esta exigencia como requisito formal de la demanda. Siendo clara y expresa la normativa (a punto al que detalla minuciosamente este instrumento tendiente a determinar la ubicación precisa del inmueble), ella debe cumplirse estrictamente. Tal detallismo y precisión legal disminuye las posibilidades interpretativas del juzgador que no puede suplir la exigencia, so pretexto de entenderse cumplida la télesis legal mediante otras constancias de autos que identificarían el bien inmueble lo que, por otra parte, no es indubitable en la especie" (JALIL JOSE ALBERTO C/s/PRESCRIPCIÓN ADQUISITVA, Fecha 08/08/2001, Sentencia Nº 624, Corte Suprema de Justicia) (LDT).

"Para promover la acción de usucapión, además de los requisitos comunes a toda demanda, tanto la ley 14.159, como el Código Procesal Civil y Comercial exigen que se acompañen dos documentos específicos: el certificado que acredite la titularidad de dominio y el plano de mensura. Quiere decir, entonces, que la ineludible obligación de acompañar el plano de mensura aprobado por la Dirección de Geodesia en las condiciones que estipula la norma, no puede ser obviado con un plano que no está debidamente visado por la mencionada oficina técnica administrativa" (Ley 14159- Cc0201 Lp 102896 Rsd-109-4 S- Fecha:08/06/2004-Juez: Marroco (sd)(LDT).

En el mismo sentido. se ha pronunciado la Sala III en la causa 467.272: Ingresando al estudio de la cuestión es necesario señalar liminarmente, que la ley de catastro territorial requiere un plano de mensura especialmente destinado a la adquisición del dominio por prescripción adquisitiva (arts. 14 y 20), de modo que constituye un acto preparatorio de la demanda.

Se ha dicho que:

"Según el régimen aplicable, entonces, no puede presentarse cualquier plano de mensura, sino uno especialmente confeccionado para el juicio, en el que consten todos los datos exigidos legalmente (cfr. Areán, Beatriz, Juicio de usucapión, Ed. Hammurabi, p. 456). Sobre la necesidad de un plano de mensura especial, (EXP Nº 500400/2013 del 12/5/16; Exp. 381732/08 05/05/09, Sala II; sent. Del 21/05/09, Exp. 325175/05, sala III)".

Esta exigencia no resulta inocua sino que, por el contrario, constituye un requisito insustituible y condicionante del progreso de la acción. Ello así, por cuanto se relaciona con la delimitación precisa del objeto de la usucapión; por su intermedio se especifica en forma exacta la superficie poseída, que puede o no coincidir con los títulos existentes.

A su vez la Sala I ha indicado en la causa 369.341:

(…) la ley de catastro territorial requiere un plano de mensura especialmente destinado a la adquisición del dominio por prescripción adquisitiva (arts. 14 y 20), de modo que constituye un acto preparatorio de la demanda.

Según el régimen aplicable, entonces, no puede presentarse cualquier plano de mensura, sino uno especialmente confeccionado para el juicio, en el que consten todos los datos exigidos legalmente (cfr. Areán, Beatriz, Juicio de usucapión, Ed. Hammurabi, p. 456). Sobre la necesidad de un plano de mensura especial, también se ha expedido esta Cámara de Apelaciones en distintos precedentes, vgr. RI del 05/05/09, Exp. 381732/08, Sala II; sent. Del 21/05/09, Exp. 325175/05, sala III).

Esta exigencia no resulta inocua sino que, por el contrario, constituye un requisito insustituible y condicionante del progreso de la acción. Ello así, por cuanto se relaciona con la delimitación precisa del objeto de la usucapión; por su intermedio se especifica en forma exacta la superficie poseída, que puede o no coincidir con los títulos existentes.

Así lo ha entendido la jurisprudencia y doctrina mayoritaria:

"El plano de mensura tiene que confeccionarse especialmente para el juicio que persiga una usucapión, a fin de individualizar el inmueble, determinando con exactitud la superficie poseída, sus medidas y linderos, de modo que haya coincidencia entre el bien en su aspecto físico y el título que surja de la eventual sentencia a dictarse (art. 679, cod. procesal y su doc.)" (Cc0001 Lz 61185 Rsd-33-6 S. 16/03/2006. Juez: Basile (sd) Moyano, Anastasia Nelida C/Pena de Gomez, Maria Dolores S/Usucapión. Publicaciones: LLBA 2006, 649. Mag. Votantes: Basile-Igoldi).

"El plano de mensura constituye una exigencia ineludible, pues se vincula con la identificación del objeto de la usucapión, por cuanto puede ocurrir que la fracción prescripta no coincida con las medidas que surgen del título de propiedad registral" (cfr. Bueres-Highton, Código Civil, T. 6B, Ed. Hammurabi, p. 746 y jurisprudencia citada).

"Con este plano se individualiza y describe el inmueble en cuanto a superficie, medidas, linderos y ubicación. Es indispensable el

plano de mensura y no puede suplirse con referencia a los títulos del propietario inscrito, pues no se adquiere del mismo por título sino en forma independiente y según la posesión; con este plano se especifica en forma exacta lo poseído, que puede o no coincidir con los títulos existentes e inclusive formar parte de dos o más inmuebles distintos o ser menor a uno de ellos" (Highton Elena, Dominio y usucapión, segunda parte, Ed. Hammurabi, p.203).

De la postura de las tres Salas de esta Cámara y de conformidad con la normativa aplicable al caso, la adjunción del plano de mensura resulta un requisito ineludible en relación a la promoción de una demanda por usucapión y es claro que el actor no ha cumplido con dicho recaudo.

Ahora bien, determinada la procedencia del recaudo requerido por la demandada queda por analizar las consecuencias de su omisión en el caso concreto.

Como hemos señalado, la omisión de su adjunción obsta a la promoción de la demanda con lo cual pareciera que la acción es improponible.

Pero en estas actuaciones la accionada ha interpuesto dicha defensa dentro del marco de la excepción previa y dilatoria de defecto legal y el Código Procesal dispone que en dichos supuestos corresponde fijar el plazo dentro del cual debe subsanarse dicho defecto –artículo 354 inciso 4-, razón por la cual y sin perjuicio de que también el accionado ha solicitado el rechazo de la demanda in límine, entendemos que dado el marco jurídico en que el propio accionado planteó la defensa en cuestión, es que resulta pertinente que se cumpla con la manda de lo previsto por el artículo citado en el presente párrafo.

Así, alguna jurisprudencia ha sostenido, incluso de la Sala I en su anterior composición:

No obstante lo normado por el art. 24, inc. b), de la ley 14.159, según decreto 5756/58, constituiría un formalismo extremo rechazar la demanda por la sola falta de acompañar el plano de mensura, si puede subsanarse dicha omisión incorporándolo al expediente durante el curso del proceso." Autos: SIGAL BERKO c/MUSA DE VILLAR Amelia y otros s/PRESCRIPCION ADQUISITIVA. Nº Sent.: Fallo completo publicado en: Rev. Gaceta de Paz del 7/11/2000, pág. 1. Diario Judicial del 25/7/2000. (www.diariojudicial.com/ mail-noticia.asp?ID=3515)- Magistrados:José Luis Galmarini, Jorge H. Alterini, Fernando Posse Saguier. Sala C. 22/06/2000 - Nro. Exp.: L.271576

En consecuencia y conforme los términos jurídicos en que la propia demandada ha sostenido su postura, excepción de defecto legal, se deberá intimar a la actora a fin de que en el plazo de veinte días hábiles adjunte el plano de mensura del inmueble que pretende usucapir, bajo apercibimiento de desestimar la demanda deducida de usucapión.

III.- Por las razones expuestas, se propicia: 1) revocar la resolución de fs. 104/105 punto IV en cuanto difiere el tratamiento de la defensa de defecto legal; 2) intimar a la actora para que dentro del plazo de veinte días hábiles adjunte el plano de mensura relacionado con el inmueble cuya usucapión pretende, bajo apercibimiento de desestimar dicha demanda; 3) imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida en el presente incidente, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 104/105 punto IV en cuanto difiere el tratamiento de la defensa de defecto legal.

II.- Intimar a la actora para que dentro del plazo de veinte días hábiles adjunte el plano de mensura relacionado con el inmueble cuya usucapión pretende, bajo apercibimiento de desestimar dicha demanda.

III.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida en el presente incidente, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

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

**"ESPIASSE SILVIO ALBERTO C/ COMPAÑIA TSB S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1013/2017) – Intelrocutoria: 209/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO LABORAL: Derecho colectivo del trabajo.

MEDIDAS CAUTELARES. TUTELA SINDICAL. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. VEROSIMILITUD DEL DERECHO. PELIGRO EN LA DEMORA. FALTA DE ACREDITACION. DISIDENCIA.

1.- Cierto es que la demanda tiene por objeto el cese de lo que entiende una conducta discriminatoria, persecutoria y antisindical violatoria de la tutela gremial, pero no lo es menos que dicha afirmación se sustenta en las medidas que tomó la empresa en relación con el salario del actor, al punto tal que al desarrollar el objeto del pleito, se requiere el dictado de la medida cautelar, pero cuando existe intima relación entre la pretensión y la medida cautelar solicitada, el examen debe ser riguroso en relación a los requisitos exigidos para la procedencia de ésta última, toda vez que importan un adelanto de la jurisdicción y en tal sentido su admisión reviste carácter excepcional. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en mayoría).

2.- Al estar en presencia de una medida cautelar la cuestión debe dilucidarse en base a los elementos existentes en este momento del proceso y que pueden o no diferir a los que se deben examinar al momento de dictarse la sentencia pertinente, conforme la prueba acabada que produzcan las partes. En tal sentido y en función de los elementos existentes en la causa principal, que se tiene a la vista, no se advierte con el suficiente grado de certeza requerido para la concesión de la medida cautelar que quede configurada la conducta antisindical que alega la actora.Lo concreto es que la situación que esgrime el accionante en relación a su actividad laboral no es exclusiva en relación a su persona, sino que pareciera que es general. A ello, se suma la petición formulada por la empresa en relación a su situación financiera y/o económica, que acreditaría la existencia de una presunta crisis sin que quepa analizar, a esta altura, si la misma ha sido homologada por la autoridad de aplicación o no dado que lo que importa es valorar una determinada conducta en relación a una persona y en el caso no se advierte que ello ocurra. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en mayoría).

4.- A quien correspondía acreditar el supuesto fáctico y jurídico a los fines de lograr la cautelar peticionada era al actor y con los elementos adjuntados al demandar y confrontados con los agregados por la demandada, la verosimilitud del derecho en los términos que justifiquen la concesión de la medida, no se encuentran configurados. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en mayoría).

5.- Cabe hacer lugar a la medida cautelar solicitada, pues surge de la prueba documental obrante en el expediente principal la alteración de los diagramas normales de trabajo se reflejó en la remuneración percibida por el demandante, la que se vio reducida en un porcentaje importante, y la demandada no ha invocado siquiera que haya instado la acción de exclusión de la tutela sindical, único medio legalmente previsto para habilitar la aplicación de medidas como las adoptadas respecto del trabajador de autos, más allá de la justificación o no que aquellas pudieran tener considerando la situación económica del sector en el cual desempeña sus actividades la accionada. Lo dicho resulta suficiente para tener por acreditada la

verosimilitud del derecho invocado. (del voto de la Dra. Clerici, en minoría).

6.- En cuanto al peligro en la demora, teniendo en cuenta la naturaleza alimentaria de la remuneración de todo trabajador, su disminución constituye uno de los supuestos que permiten el dictado de la medida cautelar.

Por otra parte, dada la naturaleza de los derechos comprometidos en autos, y la finalidad de las normas legales de protección de la actividad sindical que va más allá de la tutela individual, para proteger la actividad de los gremios en cuanto representantes de los intereses colectivos de los trabajadores en relación de dependencia, garantizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y los Convenios nros. 98 y 135 de la OIT, ratificados por leyes 11.594 y 25.801 respectivamente, su vulneración prima facie acreditada, satisface también el recaudo del peligro en la demora. (del voto de la Dra. Clerci, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de Junio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ESPIASSE SILVIO ALBERTO C/ COMPAÑIA TSB S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR", (JNQLA5 INC Nº 1013/2017), 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.- La resolución de fs. 19/21 rechaza la medida cautelar solicitada por la actora con costas.

La decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 22/24 y cuyo traslado es respondido a fs. 29/30.

Sostiene el quejoso que la medida cautelar que solicitara en nada coincide con la acción de fondo.

En segundo término, sostiene que la empresa no aportó elemento probatorio alguno que permita sostener que se encuentra atravesando una crisis financiera, ya que solamente adjuntó una solicitud de adhesión al programa de procedimiento preventivo de crisis pero no adjuntó la resolución homologatoria.

Luego, afirma que la suspensión que aplicara la demandada no respeta el artículo 51 de la ley 23.551, y en tal sentido, destaca que no se adjuntó el supuesto diagrama de trabajo de los centenares de operarios que trabajan en Añelo y que los recibos de sueldos que agregara de trabajadores no pertenecen al diagrama del actor y ni siquiera se trata de conductores de camiones.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, considero que los agravios vertidos no resultan suficientes como para desvirtuar los sólidos fundamentos de la resolución recurrida.

En primer lugar y no obstante lo afirmado por el quejoso, considero que la medida peticionada coincide en parte con el objeto de la pretensión.

Cierto es que la demanda tiene por objeto el cese de lo que entiende una conducta discriminatoria, persecutoria y antisindical violatoria de la tutela gremial, pero no lo es menos que dicha afirmación se sustenta en las medidas que tomó la empresa en relación con el salario del actor, al punto tal que al desarrollar el objeto del pleito, conforme se advierte a fs. 2, se requiere el dictado de la medida cautelar.

Ello, hace que la afirmación que se vierte en el memorial no pueda ser admitida dada la íntima relación entre la pretensión y la cautelar.

Cuando eso ocurre y como lo hemos señalado en reiteradas oportunidades, se requiere un examen riguroso en relación a los requisitos exigidos para la procedencia de la petición, toda vez que importan un adelanto de la jurisdicción y en tal sentido su admisión reviste carácter excepcional.

Así hemos dicho en la causa "LL. C/ CASINO MAGIC NEUQUEN S.A. S/INCIDENTE DE APELACION", (INC Nº 1618/2014):

“En tales supuestos, las exigencias propias de toda cautelar se incrementan notoriamente toda vez que estamos en presencia de un adelanto de la jurisdicción o lo que es lo mismo, en un pronunciamiento que, aun cautelarmente, supone un pronunciamiento que coincide con lo reclamado, y así lo ha señalado en forma permanente esta Sala cuando ha exigido una casi certeza del derecho invocado y una acreditación rigurosa del peligro en la demora que implique la existencia de un daño cierto e irreparable.”

“En tal sentido, la Sala I, sostuvo en la causa "V. CONTRA CASINO MAGIC S.A. S/INC. DE APELACION" (INC Nº 1510/13) del 6 de agosto del 2.013, similar al aquí al analizado que:

“A mayor abundamiento, corresponde añadir que en autos no surgen prima facie acreditados los requisitos para el dictado de una medida cautelar innovativa, por lo que corresponde confirmar la decisión. Es que, como se señaló, en el marco restringido del presente tratamiento, cabe destacar que deben extremarse los recaudos frente a una cautelar innovativa.”

“Asimismo, debe tenerse en cuenta que: “Según doctrina del Supremo Tribunal Federal `…cuando por medio de una prohibición de innovar pretende modificarse el statu quo existente, esta Corte ha establecido que su admisibilidad reviste carácter excepcional (conf. arg. Fallos: 315:96; 316:1833; 318:2431; 319:1069; 320:2697; 321:695; 323:4188). Es que en esos casos los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia en tanto un pronunciamiento favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos: 316:1833; 320:1633, entre muchos otros)….´ (conf. C.S.J.N., F.34.XL., 20/11/2007, `Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos c/San Luis, Provincia de´)” (CNTrab., Sala V, sentencia 73402, voto del Doctor Zas en autos “NUÑEZ CORTES PABLO MARTIN C/ ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS ENARGAS S/ MEDIDA CAUTELAR”).”

“Además, esta sala ha sostenido que “[...] la solicitud de protección precautoria se perfila como una “cautela innovativa”, medida que tiene una calidad excepcional.”

“Justamente, esta naturaleza excepcional hace que sobre el solicitante pese la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos específicos de procedencia y sobre el magistrado, el deber de que su dictado se encuentre precedido por un análisis detallado y particularmente severo sobre la concurrencia de los requisitos de viabilidad, el que debe ser explicitado.”

“Como 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).”

“No puede perderse de vista que en estos casos –medida innovativa-, y se insiste con el tema, deben extremarse los recaudos de análisis de procedencia, en atención a que lo que se requiere es la emisión de un mandato judicial a la Administración para que ésta observe una conducta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos sino, directamente, una obligación “de hacer”…” (cfr. R.I. 487/11, en autos “ERRECART DELIA MABEL”, entre muchas otras) [...]”.

“Es que si bien no puede descartarse en abstracto la procedencia de una medida anticipatoria que importe un adelanto de la tutela judicial, propia del pronunciamiento definitivo, ello será posible siempre y cuando se alegue y se acredite seriamente que el pronunciamiento de fondo se verá frustrado por el tiempo que irrogue la tramitación del proceso: “…es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva….” (CSJN, causa Camacho Acosta, ya citada).”

“En esta línea, se ha sostenido que cuando una medida cautelar innovativa concede en todo o en parte el objeto de la pretensión en forma anticipada, antes del dictado de la sentencia definitiva, para su despacho favorable se exige la acreditación del perjuicio o daño grave, inminente, irreparable o de muy difícil reparación que sufrirá el solicitante de la misma si no se la otorga favorablemente, ya que si no se la concede, el daño grave que se le causará al actor no podrá ser reparado, porque cuando se dicte la sentencia de mérito que ponga fin al pleito, y ésta quede firme y se haga lugar a la pretensión, llegará tarde y ni siquiera podrá ser sustituida por una indemnización consistente en una suma de dinero, todo lo cual deberá ser suficientemente acreditado por el actor para que el juez despache la misma (“Algunas consideraciones sobre la Medida Cautelar Innovativa” por Ivana María Airasca, en “Medida Innovativa”, Jorge Peyrano Director, Rubinzal Culzoni, Editores. pág. 174) [...], (“MATUS WALTER ARIEL c/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN s/ INCIDENTE DE APELACION”, Expte. Nº 1118/12).”

A lo expuesto, cabe agregar que al estar en presencia de una medida cautelar la cuestión debe dilucidarse en base a los elementos existentes en este momento del proceso y que pueden o no diferir a los que se deben examinar al momento de dictarse la sentencia pertinente, conforme la prueba acabada que produzcan las partes.

En tal sentido y en función de los elementos existentes en la causa principal, que se tiene a la vista, no se advierte con el suficiente

grado de certeza requerido para la concesión de la medida cautelar que quede configurada la conducta antisindical que alega la actora.

Si bien es cierto que existieron descuentos en su salario, cuestión que no encuentro controvertida, no advierto que ello sea una medida que afecte con exclusividad al actor dado que, según los recibos adjuntados por el demandado, que se tendrán por válidos a los solos fines de la presente y en función de lo expresado en los agravios del actor, los descuentos abarcaron a varios trabajadores; y si bien no pertenecen al sector donde labora el accionante, de ello no se sigue que no puedan ser considerados a los fines de evaluar una conducta discriminatoria en relación a la representación que dice ostentar quien acciona.

Lo concreto es que la situación que esgrime el accionante en relación a su actividad laboral no es exclusiva en relación a su persona, sino que pareciera que es general.

A ello, se suma la petición formulada por la empresa en relación a su situación financiera y/o económica, que acreditaría la existencia de una presunta crisis sin que quepa analizar, a esta altura, si la misma ha sido homologada por la autoridad de aplicación o no dado que lo que importa es valorar una determinada conducta en relación a una persona y en el caso no se advierte que ello ocurra.

De todas maneras, a quien correspondía acreditar el supuesto fáctico y jurídico a los fines de lograr la cautelar peticionada era al actor y con los elementos adjuntados al demandar y confrontados con los agregados por la demandada, la verosimilitud del derecho en los términos que justifiquen la concesión de la medida, apreciados en base a las pautas antes indicada, no se encuentran configurados.

III.- Por las razones expuestas propongo se confirme la resolución apelada, con costas a la actora, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Debo disentir con la opinión del señor Vocal que me precediera en orden de votación.

Si bien comparto los conceptos referidos a la rigurosidad con la que deben apreciarse las solicitudes de medidas cautelares cuando ellas coinciden, aunque sea parcialmente como sucede en autos, con la pretensión de fondo del peticionante, entiendo que la situación que se ventila en el sub lite supera el valladar de la estrictez en el análisis.

Y es que a poco que nos situemos en el marco legal en el que se encuadra el presente conflicto aparecen claramente delineados la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, que habilitan el dictado de la medida cautelar, aunque no con los alcances de la petición de la parte actora.

El actor ha invocado contar con la tutela prevista por la ley 23.551 por ser representante sindical, y la demandada no ha negado esta calidad ni la vigencia de la tutela referida.

Asimismo en la contestación de la demanda la empleadora ha reconocido la modificación unilateral de las condiciones de trabajo del actor. En efecto, dice la demandada a fs. 14 vta. de este incidente: "…ante la merma de la actividad y la caída de importantes contratos, mi representada optó –entre otros medios- con alternar a sus trabajadores o darles vacaciones en época de receso.

"Ello implica que sus diagramas se encuentran reducidos, y sus tareas y jornadas se alternan, con la finalidad que ante el escaso trabajo, todos los operarios tengan labores y así continuar la relación laboral…Ese fue el caso del Sr. Espiasse…".

Asimismo surge de la prueba documental obrante en el expediente principal que tengo a la vista que esa alteración de los diagramas normales de trabajo se reflejó en la remuneración percibida por el demandante, la que se vio reducida en un porcentaje importante.

Frente a esta base fáctica, tenemos que el art. 52 de la ley 23.551 establece que los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la misma ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía.

La demandada no ha invocado siquiera que haya instado la acción de exclusión de la tutela sindical, único medio legalmente previsto para habilitar la aplicación de medidas como las adoptadas respecto del trabajador de autos, más allá de la justificación o no que aquellas pudieran tener considerando la situación económica del sector en el cual desempeña sus actividades la accionada.

Lo dicho resulta suficiente para tener por acreditada la verosimilitud del derecho invocado.

II.- Incluso poniéndonos en el caso que se trata de una medida generalizada, conforme se invoca en la contestación de demanda, que queda atrapada por la norma del art. 51 de la ley 23.551, de todos modos la verosimilitud del derecho invocado se encuentra presente.

Disiento aquí con la jueza de grado en orden a que la documental acompañada por la demandada demuestra –prima facie- que se trata de una medida general.

En efecto, la demandada ha acompañado los recibos de haberes del actor, y los de tres empleados más, de los que surge que se

les abona días por “stand by” –extranjerismo que tiene su correlato en el idioma nacional en la palabra suspensión, más precisa y adecuada a la terminología legal-. Luego, la muestra no es suficiente para entender que la medida de suspensión es de carácter general, para la totalidad del personal de la demandada.

Menos aún lo es el escrito de fs. 66 del expediente principal, que refiere a acuerdos celebrados con sindicatos distintos al del actor y para el personal por ellos representados.

Esta documental, como lo adelanté, no resulta suficiente para desvirtuar la tutela sindical con la que cuenta el accionante toda vez que de la misma no surge, ni siquiera indiciariamente, que la suspensión de actividades sea generalizada, ni que, en su caso, se haya respetado el orden legalmente establecido a tal fin. Ello, claro está, sin perjuicio de lo que pueda resultar de las pruebas que se produzcan en el curso del juicio.

III.- En cuanto al peligro en la demora, teniendo en cuenta la naturaleza alimentaria de la remuneración de todo trabajador, su disminución constituye uno de los supuestos que permiten el dictado de la medida cautelar.

Por otra parte, dada la naturaleza de los derechos comprometidos en autos, y la finalidad de las normas legales de protección de la actividad sindical que va más allá de la tutela individual, para proteger la actividad de los gremios en cuanto representantes de los intereses colectivos de los trabajadores en relación de dependencia, garantizada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y los Convenios nros. 98 y 135 de la OIT, ratificados por leyes 11.594 y 25.801 respectivamente, su vulneración prima facie acreditada, satisface también el recaudo del peligro en la demora.

IV.- Ahora bien, como lo dije, la medida cautelar que propongo no se compadece totalmente con lo pretendido por la parte actora.

Teniendo en cuenta las posiciones de las partes y la coincidencia parcial del objeto de la cautela con el de la litis, es que entiendo que la medida precautoria debe limitarse a ordenar a la demandada el cese inmediato de las medidas que han modificado las condiciones de trabajo del actor, debiendo restituirse al mismo en su diagrama normal de trabajo, con percepción de la remuneración que normal y habitualmente le correspondía antes de la implementación de las medidas referidas.

La cautelar será despachada previa caución juratoria a prestar por el demandante.

La imposición de costas en la presente instancia, como la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada, se difiere para el momento de contarse con sentencia definitiva.

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 19/21, con costas a la actora, en su condición de vencida (art. 68, CPCyC).

II.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. FERNANDO GHISINI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"CASCINO FABRICIO NORBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA 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.: 510852/2015) – Sentencia: 45/17 – Fecha: 28/03/2017

DERECHO COMERCIAL: Seguros.

DAÑO PUNITIVO. DERECHO DEL CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. DERECHO A LA INFORMACION. TRATO DIGNO. CULPA GRAVE. PRUEBA.

CUANTIFICACION DEL DAÑO. PAUTAS PARA SU DETERMINACION.

1.- Para la procedencia de los llamados daños punitivos, es necesario que concurran los siguientes requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; y 2) el elemento objetivo, esto es, una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad.

2.- Procede aplicar la multa por daño punitivo a la aseguradora si la conducta asumida por la misma en el cumplimiento del contrato de seguro contra todo riesgo que había celebrado respecto al rodado del demandante [con motivo de haber sufrido un siniestro que provocó la rotura de paragolpe trasero y delantero, y en la parrilla], importó que incurriera en culpa grave, por la indiferencia y desinterés demostrada respecto al ejercicio y goce de los derechos que el actor titulariza. Ello así, porque el actor se ha visto privado de la reparación de su automotor por más de dos años, y circular en tales condiciones cuando para ello había previsto contratar un seguro por el que abonó valores significativos conforme el previo allí fijado por la aseguradora ($2.266,0 por mes para el último contrato). Tanto como que, luego de la denuncia, debió concurrir al taller donde recibió una respuesta negativa, y le siguieron las tratativas ante la aseguradora, hasta que para documentar el requerimiento debió recurrir a una escritura pública, para no dejar dudas sobre la injustificada resistencia a cumplir con el contrato, evidenciando un déficit en la comunicación que importó un severo apartamiento del trato digno que se le exigía a la deudora, incluso cuando ya había operado el vencimiento del plazo legal para expresarse. Situaciones a los que se suma este proceso, en que ensaya hipótesis para eximirse de responsabilidad que no había invocado antes tanto como improcedentes, en los que no demostró, ni intentó demostrar que se había ajustado a un procedimiento transparente, y haber mantenido informando a su co contratante de aquellas vicisitudes que justificaran su proceder.

3.- En atención a la función preventiva a la que se dirige la sanción por daño punitivo, se coincide con la doctrina y jurisprudencia en aquello que para que el valor a imponerse no sea inferior ni superior a la requerida para incentivar a cumplir o disuadir al deudor de repetir la misma conducta, se debe recurrir a fórmulas matemáticas que atienda por un lado el daño generado a otros que no reclamaron judicialmente, para compensándolo con la probabilidad judicial de ser condenados por este concepto.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 28 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CASCINO FABRICIO NORBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, (Expte. Nº 510852/2015), 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 del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que contra la sentencia definitiva del 5 de agosto del 2016 obrante a fs. 85/89, la parte actora y demandada interponen recursos de apelación, expresando agravios a fs. 93/97 y fs. 107/109 y vta., respectivamente.

II.- Agravios formulados por la parte actora.

Señala que tal como surge del escrito de demanda el objeto de la pretensión era el reemplazo de la parrilla y el reemplazo del paragolpes delantero y trasero; habiéndose reclamado el cumplimiento del contrato y no dinero para adquirir los repuestos sino que se lleve a cabo la reparación del vehículo conforme el alea asegurada lo cual incluye materiales y mano de obra.

Critica que sólo se ha contemplado que la demandada asuma el pago de las piezas que deben ser remplazadas y se ha omitido incluir la mano de obra que no es un costo menor en el conjunto del presupuesto siendo que la aseguradora había asumido la responsabilidad del pago de la mano de obra y de los repuestos al momento en que emitió la orden de reparación para el taller mecánico. Por eso, dice que el hecho de que se la condene a abonar las sumas necesarias para adquirir dichas piezas y omitir el costo de la mano de obra, implica ponerlos a cargo del actor- siendo que se encuentran contemplados en el contrato y la demandada debe cumplir por tratarse de un seguro contra todo riesgo.

Consecuentemente, pide la ampliación de la condena e incluya el costo de la mano de obra.

En segundo lugar, controvierte que el juez de grado desestima la pretensión de daño punitivo conforme lo previsto en el art. 52 bis de la Ley 24240 incorporado como norma de derecho positivo mediante la Ley 26361. Agrega que si bien es cierto que estamos en presencia de un reclamo contractual, el mismo se formula amparándose en el derecho constitucional del Consumidor, aclarándose que no se reclama daños y perjuicios sino que se ha planteado la aplicación de una sanción que específicamente prevé la norma, esto es el daño punitivo.

Cita en apoyo a su petición lo resuelto por la Cámara de Apelaciones Civil de Mar del Plata en autos el caso “Acuña Leandro c/ AMX Argentina S.A. s/ Rescisión de contrato” y doctrina de autores (Stiglitz y Briu, Bueres y Picasso, Bustamante Alsina).

Argumenta que en contraposición a las posturas reseñadas por la citada doctrina, el Derecho de Daños –y dentro de él, la responsabilidad civil, puede sin lugar a dudas comprender una finalidad no sólo resarcitoria sino también –según lo casos y dentro de los límites y con las garantías previstas en el ordenamiento jurídico-, una finalidad punitoria y preventiva. Y que los daños punitivos no resultan un instituto privativo del derecho penal desde que –evidentemente- tienden a castigar a aquellos que violan una norma civil; teniendo en cuenta que transpolar las garantías penales al ámbito civil de ninguna manera se encuentra prohibido por nuestro ordenamiento jurídico sino que –por el contrario- tiende a respetar principios y normas constitucionales.

Arguye que la ley no prevé que deba alegarse ni demostrarse un enriquecimiento de la demandada habiendo determinado la doctrina que tampoco basta el mero incumplimiento, siendo requisito el de que se configure una conducta grave, la presencia de dolo directo o eventual o una grosera negligencia; y con la reforma a la ley 24240 de Defensa del Consumidor se incorporó a través del art. 52 bis la figura de los daños punitivos siendo uno de los primeros fallos donde se aplicara el instituto en cuestión “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares”.

Cita que en el orden local, en los autos caratulados “Sydiaha Alejandro Miguel c/ Briceño Ángel s/ cumplimiento de contrato” (expte nro 475715) de la Sala III de la Cámara de Apelación Civil se hizo lugar al daño punitivo al sostener “…para que resulte procedente la sanción pecuniaria del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor –daño punitivo- se requiere no sólo la existencia del aspecto objetivo entendiéndose por éste el incumplimiento legal o contractual, sino también junto con él, un elemento subjetivo que sirva para calificar a dicha conducta de dolosa o gravemente culposa, ya que entiendo que el simple incumplimiento o existencia de faz objetiva no habilita sin mas su aplicación”.

Afirma que en el caso, corresponde tener presente la conducta mantenida por la asegurada quien desde hace más de dos años y medio no cumple con las obligaciones contractuales a su cargo, no ha hecho entrega del expediente formado como consecuencia del reclamo, no ha entregado el informe producido por su inspector ante el siniestro, que dilata el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y continúa cobrando en la actualidad el seguro contra todo riesgo, y tampoco ha acompañado a autos la documental obrante en su poder tendiente a acreditar lo acontecido.

Solicita se modifique la sentencia y se haga lugar al reclamo de pesos cincuenta mil ($50.000) en concepto de daño punitivo conforme el art. 52 bis de la Ley 24240, toda vez, que el objeto del mismo no es indemnizar daños y perjuicios sino sancionar una inconducta o una conducta dolosa o insolente, inadmisible en una relación de consumo.

A fs. 100/105 vta., contesta la demandada en punto al daño punitivo solicitando se desestime el rubro atento que no se configuran en el caso ninguno de los recaudos exigidos por la legislación para sancionar a esta parte con la multa civil peticionada máxime teniendo en cuenta el criterio restrictivo imperante en la materia dado que no hay incumplimiento alguno y menos aún, incumplimiento grave.

Destaca que la demandada ha actuado en el marco del seguro contratado en ejercicio de cláusulas vigentes y aprobadas por la

Superintendencia de Seguros de la Nación y que, no han sido cuestionadas por el actor en la demanda por tanto no puede endilgarse responsabilidad alguna a esta parte. Tampoco ha justificado el actor, el exorbitante monto que reclama por tal concepto ni las pautas utilizadas para su cálculo, lo cual denota la falta de fundamentación del rubro en cuestión.

Cita en apoyo a su pretensión lo resuelto por la Cámara de Apelaciones Civil local, Sala I en autos "SUHS JAVIER C/ ARMORIQUE MOTORS S.A. S/ SUMARISIMO ART. 321" (expte nro. 402344/9, del 20/12/2012), y en tanto niega que haya habido conducta dolosa y enriquecimiento pide se rechace la pretensión de aplicar daño punitivo; con costas al actor.

III.- Los agravios de la parte demandada.- Desarrolla la recurrente que el sentenciante ha interpretado erróneamente la pericial mecánica realizada teniendo por acreditados los daños padecidos del vehículo; siendo que el dictamen del perito carece de todo fundamento que permita tener certeza sobre los hechos invocados.

Señala que el perito no indica de manera fundada en base a que elementos considera como ciertos los daños invocados tampoco brinda explicación suficiente acerca de como concluye que los supuestos daños, sean consecuencia del siniestro de autos; y lo mismo sucede con la mecánica del accidente dado que no se analizaron elementos objetivos que permitan inferir que los hechos sucedieron tal cual el relato del actor.

Destaca que debe considerarse el principio de razón suficiente que rige en materia probatoria "nada es sin que haya una razón para que sea o sin que haya una razón que explica que sea", en atención que tal principio es considerado como un medio de control de la libre apreciación de la prueba pues se exige, una adecuada motivación del juicio valor que justifique la decisión del juez.

Afirma que en este caso el juez, puede y debe apartarse de lo dictaminado por el perito, atento que el principio general es que el informe pericial no es una prueba legal por lo tanto, no está sometido a sus conclusiones sino que tiene libertad para apreciar su informe y aún dictar sentencia en contra de lo que aquel dispone porque no es vinculante.

Por último, peticiona el rechazo de la demanda por cuanto el actor no acredito en el proceso la mecánica del accidente ni que los daños sean consecuencia del siniestro denunciado siendo la carga de la prueba, de quien invoca un hecho determinado y dada la orfandad probatoria existente en autos.

A fs. 111 contestado la actora, solicitando el rechazo del recurso con costas; aclara que se ha contratado un seguro contra todo riesgo y por ende, sufrido un daño, sin importar la mecánica del mismo, la aseguradora debe brindar la cobertura.

En punto al daño sufrido, dice que no se ha cuestionado, de hecho cuando el actor reclamo ante la aseguradora –hace más de dos años- ante la producción del siniestro la aseguradora reconoció el daño y brindo la cobertura pero de modo parcial. Respecto a la mecánica del mismo dice que es irrelevante que el vehículo estuviera estacionado cuando fue dañado o quien o como se lo haya ocasionado porque ello no fue objeto de discusión, ya que no se ha opuesto como defensa la existencia de franquicia alguna por cada evento dañoso.

Rebate que la litis se centra en que la aseguradora dio la orden de reparación y cuando el vehículo ingreso al taller, el paragolpes delantero y el trasero como la parilla debían ser remplazados porque no se los podía reparar; por tal razón se reclamó la entrega de los repuestos y ante el silencio por parte de la aseguradora, se inició del presente cumplimiento del contrato.

Afirma que el recurso es meramente dilatorio por cuanto ahora se cuestiona lo que aceptó antes de iniciar el proceso, y en tanto sólo trasluce la mera disconformidad con el resultado del fallo adverso a su pretensión, deberá ser declarado desierto; con expresa condena en costas a la aseguradora.

IV.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hizo lugar a la demanda por monto indeterminado entablada por FABRICIO NORBERTO CASCINO contra MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. condenando a este último a abonar al actor las sumas necesarias a fin de adquirir un paragolpes delantero, trasero y de parrilla, dentro del plazo de diez días a contar desde que se acompañe en autos el presupuesto correspondiente MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. Ello así, en virtud del contrato de seguro contra todo riesgo suscripto en el año 2014 en relación al vehículo particular Mercedes Benz C200 Kompressor 2009, tipo sedan, dominio HXR 924.

Asimismo, desestimó la pretensión de daño punitivo solicitado por el actor en los términos del art. 52 bis de la Ley 24240 por considerar que los daños punitivos no ha merecido hasta el momento su recepción como regla en nuestro derecho positivo y siendo que en el caso, estamos ante un reclamo principal de índole contractual, la pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios, debe conjugarse necesariamente bajo el prisma de este tipo de acciones.

V.- Que por razones metodológicas, se abordará en primer lugar el agravio de la demandada, y para el supuesto en que el análisis derive en la confirmación de la decisión de grado en dicho punto, atender la crítica del actor respecto a la condena e inclusión del daño punitivo.

A.- Que vale recordar que el demandante reclamó el cumplimiento del contrato de seguro contra todo riesgo que había celebrado

con la demandada respecto al rodado identificado con el dominio HXR 924, que luce a fs. 30vta/31, con motivo de haber sufrido un siniestro cuando estaba estacionado en la ciudad de Neuquén, que provocó la rotura de paragolpe trasero y delantero, y en la parrilla; que habiendo realizado el reclamo a la aseguradora, ésta emitió la orden de reparación que debía realizarse en el taller que le indicaron, más ello no se concretó porque allí se le indicó que se había omitido incluir los repuestos necesarios, en atención a que ello era imposible, porque aquellos debían ser reemplazados.

Que no se encuentra impugnado en autos los alcances de la cobertura ni su vigencia al momento en que se produjeron los daños, y está suficientemente acreditada la exigibilidad de la obligación que se derivó de aquel contrato, por las propias manifestaciones del gerente de la sucursal que posee la aseguradora, que al ser requerido, informó que: “Mapfre no está incumpliendo, que hay quizás una parte que no se está cumpliendo”, admitiendo además que se había emitido orden de reparación al taller que no incluía repuestos (fs. 81/82).

Que por considerar que la crítica introducida como agravio impone al apelante clarificar el error de juicio del pronunciamiento, el planteo en análisis no cumple con los recaudos del art. 265 del CPCyC, dado que se ha dejado incólume el fundamento central de la condena a la aseguradora por incumplimiento.

Que respecto a lo que dicta el art. 265 del CPCyC 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, Carátula: Zannol Félix C/ Ramirez Fernando S/ Inc.art.250 Cpcc, Mag. Votantes: Montes De Oca - Furst – Arazi-LDT).

“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).

Que la crítica de la demandada queda vacía de contenido y sustento a los fines de obtener la liberación de su responsabilidad, porque se limita a señalar que el dictamen pericial carece de fundamentos, en argumentación donde tampoco se informa cual es el elemento que permitiría desvirtuar lo relacionado acerca del mecanismo de producción del daño, y resulte verosímil que haya sido producto de un impacto en la parte trasera del rodado, que impulsado hacia adelante se golpeara con otro, que fue lo denunciado por el actor.

De todas formas, vale recordar que el argumento de la defensa para repeler los hechos invocados en la demanda y no responder por la cobertura o en la medida pactada, habría sido el informe de un inspector de seguros, más además de no habérselo acreditado por medio probatorio alguno, el asegurado nunca fue notificado de ello conforme las previsiones y plazos fijados en el art. 56 de la L.S., presunción a la que se suma la derivada del apercibimiento previsto en el art. 386 del CPCyC, luego que se omitiera aportar a esta causa el expediente interno, cuya existencia fue reconocida en el requerimiento extrajudicial (fs. 81/82).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, se habrá de 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.

B.- Que pasando al análisis de la crítica de la parte actora respecto a los alcances de la condena, cabe recordar que en el punto I de la demanda (fs. 10) se describe la pretensión como cumplimiento del contrato de seguro que a tenor de su texto, comprendía daños parciales por accidente (fs. 31), y se tuvo por acreditado que la perseguida admitió que había dado la orden de reparación (fs. 81/82).

Que el inc. 6° del art. 163 del CPCyC impone que la sentencia debe versar sobre “las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte”, previsión que recepta a la congruencia como principio general, que se integra a los de igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, por los que aquella debe incluir la decisión expresa, positiva y precisa, de

conformidad con los hechos y las pretensiones deducidas en el juicio, según correspondiera por ley, declarando el derecho de las partes y condenando o absolviendo de la demanda o reconvención, en su caso, y en ello que exista correspondencia con la demanda en cuanto a las perronas, el objeto y la causa.

El Tribunal Superior de Justicia Provincial invariablemente ha sostenido que "la conformidad entre la sentencia y las peticiones de las partes, en cuanto a personas, objeto y causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites y los poderes del Juez. De tal manera, el principio de congruencia exige que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que conforma el contenido real de la disputa."(Acuerdo nº 8, Año 199 JUBA7-NQN-6056).

En el caso de autos y atendiendo a los expresos términos de la demanda, hallo razón en el quejoso respecto a que la condena importa la reparación de los daños constatados en el rodado, comprensivos de aquellos los actos y bienes que demande, junto a la provisión de los repuestos que deben ser cambiados –paragolpe trasero y delantero, y la parrilla- la mano de obra, e incluso lo que se requiera para pintar dichas piezas.

Por lo expuesto, se hará lugar al agravio del actor.

C. -Que cuestiona el demandante el rechazo del daño punitivo, y al respecto cabe destacar lo ya anticipado respecto a haberse acreditado que, instado el trámite de cobertura ante la aseguradora en el año 2014 conforme póliza vigente, ésta ordenó la reparación, mas no con los alcances requeridos para que ello se efectivizara, como es la provisión de repuestos exigidos a tal fin.

Luego, requerido por vía notarial el 15 de abril de 2015, se admite la obligación más no se comprueba que desde dicha fecha se haya concretado acto alguno que permitiera al asegurado de la prestación comprometida, obligando al asegurado a promover esta demanda el 17 de noviembre de aquel año.

Y finalmente, sorprende la demandada con su negativa al responder esta acción judicial, donde incluso desconoce que fuera a su cargo lo requerido, diseñando toda su estrategia bajo el argumento de que el reclamo no se condecían con la denuncia realizada por el actor, en base a la consideración de la inspección realizada por un experto al que asignó el caso, y porque corresponderían a distintos eventos no denunciados oportunamente (fs. 32vta y 33).

1.- A su vez, se comprueba que no comunicó ninguna de estas circunstancias conforme lo establece el art. 56 de la L.S., ni aportó la denuncia como tampoco la prueba sobre su extemporaneidad, o que aquella importara fraude, y menos aún, la existencia del experto que contratara.

Que el derecho a la información adecuada, veraz y oportuna del consumidor, cuenta con raigambre constitucional (cfme. arts. 42 de la Const. Nac.; 55 de la Const.Prov.; y 4 de la ley 24.240 Defensa del Consumidor); y es obligación contractual de la aseguradora en particular brindar la información específica que hace a la póliza y a la cobertura del siniestro, al punto que se considera aceptación tácita del mismo ante el silencio de la empresa en el plazo de treinta días de denunciado (art. 56 de la ley 17.418). Se evidencia de esta forma el incumplimiento de las cargas informativas específicas, y al respecto se ha dicho que "En contratos por adhesión como el que nos ocupa se dilata el campo obligacional correspondiente a las obligaciones principales; ambas partes deben -en el respeto por el derecho ajeno- cooperar útilmente al cumplimiento positivo de las expectativas de la otra. Existen deberes de conducta que sirven de contenido ético y aunque secundarios y agregados a los esenciales programados por las partes, dilatan el débito obligacional (Morello A.M. – Stiglitz R., La doctrina del acto propio, LL, 1984-A-866).

A tal fin existen cargas de transmisión, de diligencia, de información, de cooperación, que esperan las partes entre sí. Tratase de comportamientos añadidos a las prestaciones principales, y que representan condiciones de manifestaciones de conductas correctas de cada parte en función de la exigencia de un proceder equivalente de la otra (cfr. De los Mozos, J. L., El Principio de la Buena Fe. Ed. Bosch, Barcelona, 1965, p. 210). Estas reglas secundarias de conducta -sean de fuente legal, estipuladas por las partes o implícitamente acordadas- exorbitan los deberes estructurales del contrato, pero aún como accesorias de estos últimos constituyen contenido contractual, debiendo ser observadas de buena fe (cfr. Stiglitz, R., Derecho de Seguros, t. II, p. 89); amplían el espectro de las prestaciones literalmente comprometidas por las partes. De allí que resulte necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conductas perjudiciales, debiendo desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza suscitada en el otro contratante (CSJN, in re: "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes", del 03/03/92, JA, 1992-1-570).-

2.- Que las partes no controvierten que el vínculo jurídico que las unió constituye una relación de consumo al concurrir los presupuestos atendidos y tutelados por la ley 24240 y que como en el caso, tiene como objeto el aseguramiento de un interés económico que posee una persona sobre un bien, que no contiene una regla expresa que lo exceptúe de su aplicación, y particularmente cuando es su propio el art. 3° el que prevé que "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra

normativa específica".

Dicha ley, cuya causa fin es regular toda actividad que tenga por destino final el consumo, describe su objeto en el art. 1º como "la defensa de los consumidores o usuarios", e individualizando indistintamente como "consumidores o usuarios" a "las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, mientras su art. 2 considera proveedor de aquellos bienes y servicios a todo sujeto de las mismas características, sea de naturaleza pública o privada, que de manera profesional preste servicios a consumidores o usuarios".

En relación al "Trato digno", en el art. 8 bis incorporado por la ley 26361 estipula que "los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato dignos y equitativos a los Consumidores y Usuarios- Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los Consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorios" agregando que "Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al Consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor".

Que respecto a los incumplimientos en que pueda incurrir el prestador de bienes y servicios, el art. 10 bis establece tres alternativas a opción del consumidor, pudiendo exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible (a); aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente (b); o rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato (c), sin que ello pueda implicar renuncia a "las acciones de daños y perjuicios que correspondan".

Que tal régimen especial se integra a lo recientemente regulado bajo el Título III Contratos de Consumo del Libro Tercero, del Código Civil y Comercial (arts. 1092/1122), donde se define el "Contrato de consumo" como "el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social" (art. 1093), con ámbito de aplicación "a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados" (art. 1096), y en los que los proveedores deben garantizar "condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios" y que "La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias" (art. 1097).

Finalmente, por el art. 25 de la Ley 26361 se incorporó el art. 52 bis a la Ley 24240, que regula la procedencia del daño punitivo: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

3.- Que con la aclaración que esta Sala III no hizo lugar al rubro en la causa "SYDIAHA ALEJANDRO MIGUEL CONTRA BRICEÑO ANGUEL AGUSTIN S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (Expte. Nº 475715/2013-Sent. 04.02.2016), estimo relevante destacar que en los autos "MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART." (EXP Nº 476113/2013 Sent. 21.02.2017) reseñé que en reiterados pronunciamientos me había expedido señalando que en materia de daño punitivo impera un criterio restrictivo, que requiere la imputación subjetiva de haber incurrido en un obrar doloso o con culpa grave ("LEFIN MIRTA BEATRIZ C/ HUMBERTO LUCAIOLI S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO -SUMARISIMO", (Expte. Nº 472930/2012 – Sent. 05.06.2014, entre otras) y he adherido al voto del Dr. Fernando Ghisini, en semejante línea interpretativa del art. 52 bis de la LDC, quien ha sostenido que "...al tratarse de una multa civil que tiene naturaleza netamente "sancionatoria" su interpretación debe ser restrictiva, por lo que su aplicación solo resultará procedente -como ya lo adelantara- cuando concurran al menos dos requisitos: 1) incumplimiento legal o contractual y 2) dolo o culpa grave por parte del proveedor o prestador de los servicios que ocasionaron tales faltas". "Desde esta óptica, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor es de carácter excepcional, por lo que el simple "incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor", no autoriza su aplicación automática, sino que a la par de ello debe existir un grave reproche (dolo o culpa grave) sobre la conducta del prestador del servicio o proveedor, aún cuando la norma no lo mencione expresamente. De otro modo, al incluir a la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, se correría el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil" ("SANTOME NORMA EDITH C/

BRENS S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES", Expte. Nº 415912/10 - Sent. 24.04.2014, y "HUECKE KARINA ALEJANDRA C/ IMAGENES S.A. S/ SUMARISIMO LEY 2268", Expte. Nº 419105/10 - Sent. 09.04.2013). …".

Que de todas formas en el expediente citado también señalé mi adhesión a los argumentos desarrollados en "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO – OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 - T 14/12)" de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, respecto a la hermenéutica legal para alcanzar o no la condena por daño punitivo, dentro del marco de las opiniones que admite el art. 52 bis de la LDC:

"a) En primer lugar, destacó que al daño punitivo no le eran aplicables las reglas del resarcimiento del perjuicio derivado del incumplimiento. Ello así, desde que en este supuesto -multa civil- el juzgador debe analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos, no bastando la mera constatación del incumplimiento contractual (vide fs. 813 vta./814).

"Precisó que para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis, L.D.C., "…no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose" (sic., fs. 814; el destacado me pertenece);

"b) Enfatizó que si bien conocía la existencia de doctrina que defiende la tesis según la cual bastaba -para la aplicación del instituto analizado- la responsabilidad objetiva del art. 40, L.D.C., reconociendo que la norma del art. 52 bis únicamente menciona como presupuesto de procedencia de la multa civil el incumplimiento por el proveedor, de sus obligaciones legales o contractuales, también era cierto que la aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, como facultad del juez, que "podrá" aplicarla a pedido de parte (vide fs. 814/814 vta.).

En tal sentido, refirió que la redacción de la norma dejaba mucho que desear por su amplitud e imprecisión, no obstante lo cual entendiera claro que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la sanción pecuniaria. Destacó que un prudente ejercicio de esa amplísima atribución no puede perder de vista la naturaleza y características que tiene este instituto en los ordenamientos jurídicos que le han servido de fuente, como así también la construcción que en nuestro país han realizado la doctrina y la jurisprudencia (vide fs. 814 vta.).

Citando jurisprudencia anglosajona y local, puso de resalto que para aplicar la multa en cuestión es preciso que el proveedor evidencie un menosprecio grave hacia los derechos individuales y de incidencia colectiva, una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte del profesional;

c) Expresó, además, que lo más importante y dirimente era que la multa civil "…tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio […] y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad […] sea que se trate de ´penas` penales, administrativas o civiles" (sic., 815 vta.);

d) En función de esas razones, entendió que para la procedencia de los llamados daños punitivos, es necesario que concurran los siguientes requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; y 2) el elemento objetivo, esto es, una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad (vide fs. 815 vta./816)…".

4.- Que a tenor de los antecedentes reseñados y pautas teóricas expuestas, estimo que en el caso se han configurado suficientes motivos que tornan aplicable la multa civil demandada.

En principio, porque el actor se ha visto privado de la reparación de su automotor por más de dos años, y circular en tales condiciones cuando para ello había previsto contratar un seguro por el que abonó valores significativos conforme el previo allí fijado por la aseguradora ($2.266,0 por mes para el último contrato).

Tanto como que, luego de la denuncia, debió concurrir al taller donde recibió una respuesta negativa, y le siguieron las tratativas ante la aseguradora, hasta que para documentar el requerimiento debió recurrir a unaescritura pública (fs. 81/82), para no dejar dudas sobre la injustificada resistencia a cumplir con el contrato, evidenciando un déficit en la comunicación que importó un severo apartamiento del trato digno que se le exigía a la deudora, incluso cuando ya había operado el vencimiento del plazo legal para expresarse.

Situaciones a los que se suma este proceso, en que ensaya hipótesis para eximirse de responsabilidad que no había invocado

antes tanto como improcedentes, en los que no demostró, ni intentó demostrar que se había ajustado a un procedimiento transparente, y haber mantenido informando a su co contratante de aquellas vicisitudes que justificaran su proceder.

Y en tal sentido, haber omitido exhibir el informe del inspector, que señalara como fundamento para resistirse a cumplir judicial y extrajudicialmente; tanto como ser apercibida por no aportar las constancias del expediente interno, comprensivo de la denuncia del asegurado, cuando en la estrategia judicial le había reprochado impropiedad u extemporaneidad, llegando a insinuar la posibilidad de fraude en relación al hecho antecedente.

Asimismo, con total desinterés, e incluso distrayendo con argumentos vinculados a la actuación del perito, no aportar sus registros importa en los presentes la deliberada decisión de renunciar a demostrar que su gestión se ajustaba a las circunstancias del hecho, o que se requería una investigación especial, y en su caso, que el demandante había actuado con fraude.

Ello le hubiera permitido acreditar que no concurría en el caso lo que la doctrina denomina daño lucrativo, tal el producido por la negativa a afrontar una erogación pactada, y que en el caso representaba proveer los repuestos requeridos para reparar el automotor, con el propósito de abaratar costos e incrementar su ganancia.

De igual forma estaba en mejores condiciones procesales para demostrar que por las particularidades del caso, pudo tratarse de un supuesto aislado en su modalidad de ejecutar los contratos de seguros.

En punto a ello, y finalmente, atendiendo a la falta de aporte del expediente interno del siniestro y a tenor de la respuesta dada por el taller para que se proveyeran los repuestos como única vía para cumplir la orden de reparación, se ha evidenciado que ello fue el resultado de cotejar la diferencia de precio para adquirir las autopartes nuevas y el que insumía una reparación a través de soldaduras o sellado del material quebrado de las piezas averiadas, sin cambiarlas.

Precisamente esta evaluación importó que la aseguradora incurriera en culpa grave, por la indiferencia y desinterés demostrada respecto al ejercicio y goce de los derechos que el actor titulariza, y conforme la más amplia tutela que el ordenamiento le otorga.

Vale recordar que el “trato digno” que debe dispensarse al consumidor según el art. 8bis de la Ley 24240 y el art. 1097 del CCyC, cuando alude a “la dignidad de la persona”, poseen base constitucional, habiendo sido reconocido en el art. 42 de la C.Nacional,: "Los Consumidores y Usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo... a condiciones de trato equitativo y digno", y los criterios generales o estándares lo son conforme ha sido receptado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se reconoce que toda persona tiene derecho "al reconocimiento de su dignidad", y a “la dignidad inherente a la persona humana” en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

También en el preámbulo de la Constitución Provincial se asegura a las personas el goce de los derechos en una “sociedad sin privilegios” y la remoción de los obstáculo que impidan el pleno desarrollo de la persona humana” (art. 22).

Que ello importa que deben evitarse prácticas comerciales o comportamientos por parte del proveedor que en definitiva llegan a limitar o negar tales derechos, que como se ha comprobado no ha sido suficientemente resguardado en el caso en que la persona que cumplía en tiempo y forma con el aporte del premio del seguro, lejos de ello, cuando se trató de la prestación a cargo de la aseguradora, debió tolerar indicaciones contradictorias, participar de la desavenencia con el taller comitente, formular reclamos, hasta el que debió encauzó por la vía de una escritura pública de requerimiento, al no exhibírsele documental sobre el estado de su trámite.

Para llegar a la instancia judicial, en que la aseguradora postula abrir todo el debate relacionado a su responsabilidad, desentendiéndose de sus actos anteriores, y ensayando hipótesis, que llegaron a desconocer el siniestro y, sin prueba alguna, exponer la existencia de un eventual fraude en la denuncia.

Frente a tales antecedentes resulta incuestionable que en el caso tampoco se ha preservado la igualdad y proporcionalidad derivada de la relación de consumo, que sólo puede entenderse a partir de la posición dominante de la proveedora, y a la que el Estado concurre en búsqueda del equilibrio.

Que por ello procede aplicar a la aseguradora demandada las mismas pautas que la hermenética otorga a los alcances del art. 70 de la L.S. cuando la habilita a eximirse de responsabilidad por culpa grave del tomador o el beneficiario, entendiéndose que ello se configura cuando el sujeto voluntariamente se somete a un riesgo innecesario, y creyendo que no se efectivizará, se arriesga y lo desafía, a pesar de la previsibilidad del resultado, que posteriormente lo alcanza.

Que en el caso se han concretado tales presupuestos, a tenor de las consecuencias perjudiciales generadas por la falta de reparación de daño de manera oportuna, y la circunstancias de que no responder por aquel no es otro que el resultado de someterse al riesgo que importaría asumir las consecuencias de un proceso judicial en que podría ser condenada por la provisión de los repuestos frente al menor costo de satisfacerlo a través de la reparación de las mismas piezas dañadas, a menor costo o que no fue susceptible de obtener por los medios técnicos disponibles.

El precepto normativo prevé la aplicación de la multa civil “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”. Qué presupuesto debe verificarse para que proceda una condena por daños punitivos es un extremo de suma importancia. Los autores han señalado, en general, que la previsión legal es demasiado amplia, y que no cualquier incumplimiento debería motivar la multa civil del art. 52 bis. Así, Pizarro habla de “graves inconductas”; Kemelmajer de Carlucci, de “un hecho particularmente grave y reprobable”; Brun se refiere a un incumplimiento “con el propósito deliberado de obtener un rédito o beneficio” o a un hecho que “haya sido extremadamente injusto, evidenciando el autor una conducta totalmente disvaliosa y altamente desinteresada de la integridad y dignidad humanas”. En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave. Por otro lado, Zavala de González sostiene que el presupuesto esencial de procedencia de la condena por daños punitivos es la obtención de beneficios económicos con motivo del hecho ilícito: “(...) Nos parece inexorable pues brinda la principal razón de ser a la institución: la indemnización punitiva tiende a eliminar o desmantelar aquellos frutos del árbol envenenado”. Nosotros entendemos que existen dos supuestos que deben ser diferenciados. En primer lugar, desde la función preventiva del daño punitivo, nos parece sensato exigir del infractor un reproche grave, que en efecto puede ser tanto dolo como una negligencia grosera o temeraria. Ello es así por cuanto del daño punitivo se debe usar pero no abusar: su aplicación ante cualquier incumplimiento (por insignificante que sea) no solo sería injusto sino que también, desde un punto de vista económico, conduciría a que las empresas trasladen sistemáticamente el riesgo a los precios ofrecidos al consumidor. El daño punitivo debe entonces cumplir su propósito disuasorio aplicándose en casos de malicia del proveedor o de culpa marcadamente indiferente o desinteresada respecto de derechos de los consumidores. Ahora bien, existe una segunda situación, y para analizarla nos centramos en el enriquecimiento incausado del proveedor con fundamento en una defraudación a los consumidores.

En este supuesto, probado el beneficio ilícitamente obtenido, que fue percibido a costa del consumidor, y la relación de causalidad adecuada entre ambos extremos, debe proceder el daño punitivo en la medida del enriquecimiento indebido. Este es un factor objetivo que funda per se la restitución de dicha ganancia, ya que el ordenamiento jurídico no puede amparar el lucro obtenido de forma antijurídica. Y ello con total abstracción de que exista conducta reprochable –dolo o culpa– del proveedor…” (DAÑO PUNITIVO: PREVENCIÓN Y JUSTICIA EN EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Jonathan M. Brodsky* Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012, Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. ps. 277-298).

Atendiendo al plexo expuesto hasta aquí, y como anticipara, resulta procedente la condena por daño punitivo reclamado por el actor.

5.- Que a los fines de establecer el monto de la sanción, cabe recordar que el art. 52 bis de la Ley 24240 establece que “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”, recaudos que exigen que se concrete un análisis integral de los antecedentes del caso, cuyo ejercicio y apreciación se delega al juez como una facultad, sin establecer reglas fijas que las señaladas, otorgándole un margen razonable, más que un límite (inc. b) art. 47), y que su cuantificación es independiente de otras indemnizaciones que correspondan, más allá que el daño punitivo difiere en su propósito de aquellos reparadores.

A partir de lo expuesto, la doctrina judicial ha definido algunas reglas que pueden tenerse en cuenta para fijar el importe:

-Guardar proporcionalidad con la gravedad de la falta: la sanción debe guardar proporción con la falta cometida y que se pretende sanciona; en consecuencia el juez debería evitar penas ínfimas, meramente simbólicas, o desproporcionadas por exhorbitantes.

-Considerar el valor de las prestaciones o la cuantía del daño material: A esos fines puede tener en cuenta -esto a nuestro parecer no como una regla inconmovible- tal como dice el artículo 656 del Código Civil al que se puede recurrir por analogía, "... habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso". El valor de las prestaciones o el monto de las indemnizaciones por el daño resarcible podrían ser un referente o un indicador para cuantificar el daño punitivo. Es decir, puede tenerse en cuenta -cuidado: sólo como un dato más, no necesariamente como una tarifación que hay que buscar ni como una relación obligatoria a establecer- el valor de las prestaciones implicadas en el caso de que se trata.

-El caudal económico de quien debe satisfacer: Buscando por analogía en las astreintes encontramos un elemento de valioso auxilio para la cuantificar el daño punitivo. En efecto, el instituto de las astreintes presenta importantes semejanzas con los daños punitivos: Las sanciones conminatorias dispuestas en el artículo 666 bis del Código Civil son vías compulsivas indirectas que la ley autoriza aplicar en contra de un incumplidor mediante la imposición de un castigo en su patrimonio, buscando mover la voluntad del remiso a fin de lograr que cumpla con lo ordenado. Así el Código dispone que las condenas se graduaran "en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas" (segundo párrafo del mencionado art. 666 bis), norma que marca una pauta importante: La situación patrimonial del obligado debe ser tenida en cuenta. Podría decirse que a mayor patrimonio del condenado, mayor debería ser el monto de la sanción. Sin duda un punto de referencia importante.

Podría añadirse por último, dentro de esta pauta evaluadora para justipreciar el monto de la sanción, la incidencia que el

incumplimiento tenga con la vida del acreedor, aumentando el cuantum del daño punitivo de verificarse efectos directos beneficiosos e inmediatos; o morigerando de ser más remotos.

-La equidad como regla para establecer los montos: Si bien el artículo 1069 del Código Civil se refiere a indemnizaciones por daños y el daño punitivo no tiene naturaleza indemnizatoria, creemos que puede seguirse la regla de emplear la equidad preconizada en dicha norma. Sin perjuicios que habrá casos en los que todos estos criterios puedan resultar insuficientes; nosotros pensamos que la regla de la equidad debe ser un elemento que tenga incidencia a la hora de establecer el monto de la pena. Podríamos expresarlo así: Ni una sanción pecuniaria tal alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: Que sea la equidad la base de la estimación. Ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. Se ha dicho en tal sentido que no obstante una fuerte mirada hacia el perjudicado "el juez no puede prescindir de la situación de un dañador no intencional o doloso ... El derecho no es indiferente a la incidencia que el pago del resarcimiento puede originar en el causante del perjuicio y en su familia. Se busca, por esta vía, evitar su ruina, la quiebra de una empresa, el cierre de un establecimiento" (ver: Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A., Código Civil Comentado, Art. 1069, Responsabilidad Civil, p. 44, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003)" (conf. "NAVARRO MAURICIO JOSÉ C. GILPIN NASH DAVID IVÁN. ABREVIADO. EXP N° 1745342/36" Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sent. 27.10.2011).

Que en atención a la función preventiva a la que se dirige la sanción, se coincide con la doctrina y jurisprudencia en aquello que para que el valor a imponerse no sea inferior ni superior a la requerida para incentivar a cumplir o disuadir al deudor de repetir la misma conducta, se debe recurrir a fórmulas matemáticas que atienda por un lado el daño generado a otros que no reclamaron judicialmente, para compensándolo con la probabilidad judicial de ser condenados por este concepto.

Así en la fórmula aritmética desarrollada por el Dr. Matías Irigoyen Testa, mayoritariamente adoptada por los tribunales, importa partir de un dato objetivo consistente en monto del daño reparable que admite la sentencia, y la probabilidad de que un damnificado obtenga una condena resarcitoria que incluya los daños punitivos, análisis que importa atender primero a probabilidad de que se inicie una demanda y resulte victorioso, tanto como que el deudor sea condenado al pago de daños punitivos, y que se expresa en el siguiente cálculo: D = C x [(1 - Pc) / (Pc x Pd)] En ella: "D" = daño punitivo a determinar; "C" = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; "Pc" = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; Pd = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio, los dos últimos medidos en porcentaje de éxito.

Que en el caso, mientras el actor hace una estimación del reclamo sin mayores precisiones ($50.000,00), se presenta la particularidad de que nunca fue cuantificado el costo de la reparación demandada, precisamente porque, tal como se ha admitido al decidir el agravio del actor, la aseguradora ha sido condenada al cumplimiento de la prestación que resulta de contrato, como obligación de hacer, a cuyo fin, y como antes se determinara, deberá erogar a favor de terceros los valores por la provisión de repuestos, mano de obra y pintura.

Que sin embargo ello no puede constituir un obstáculo a la cuantificación del rubro, desde que también habilita considerar la entidad de las prestaciones comprometidas, que como en el caso, también está representado por los premios erogados por el actor para obtener el aseguramiento.

Que como se comprueba, el actor siguió confiando en la empresa con la que inicialmente había contratado desde el 31 de octubre de 2013 (fs. 30 vta), y sucesivamente renovó el contrato hasta junio de 2015, conforme póliza de fecha 13.02.2015 (fs. 7), ello, no obstante el grave incumplimiento y los términos de la reparación que fue incluida en la condena.

Conforme el último contrato, resulta una erogación mensual de $2.266,82 que adoptaré como parámetro económico en concepto de premio al haber sido fijado incluso por la misma aseguradora por igual cobertura a la pactada para el rodado conforme póliza originaria (13.02.2015).

En orden a lo expuesto, y de conformidad a la previsión del art. 165 del CPCyC, estimo prudencial estimar el monto del rubro en $47.603,22 resultante de multiplicar $2.266.82 por los 21 períodos en que las partes actuaron como co contratantes, lapso en que conforme a las constancias de autos, la aseguradora percibió premios por los que, en definitiva y atendiendo a su conducta comprobada, nunca habría efectivizado su principal obligación ante el acaecimiento de un siniestro semejante.

A dicho importe se le adicionarán intereses que se computarán desde el 17 de noviembre de 2015 –fecha de promoción de la demanda- y hasta el efectivo pago a la tasa 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 NEUQUENS/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06).

VI.- Conforme las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, propiciaré al acuerdo el rechazo del recurso interpuesto por la demandada, y haciendo lugar a los agravios del actor, confirmar en su mayor parte de la sentencia de grado, modificándolo en relación a la obligación de hacer a favor del último, comprensivo de los actos y bienes que demande, la provisión de los repuestos del rodado que deben ser cambiados –paragolpe trasero y delantero, y la parrilla- la mano de obra, e incluso lo que se requiera para pintar dichas piezas, con más el pago del daño punitivo por la suma de $ 47.603,22 y los intereses fijados en el capítulo correspondiente al rubro.

VII.- Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC), supeditándose la regulación de honorarios a la previa determinación de la base regulatoria que incluirá el valor de la prestación fijada en especie, y los intereses.

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.- Rechazar del recurso interpuesto por la demandada.

2.- Hacer lugar a los agravios del actor, confirmando en su mayor parte de la sentencia dictada a fs.85/89, modificándola en relación a la obligación de hacer a favor del actor, comprensivo de los actos y bienes que demande, la provisión de los repuestos del rodado que deben ser cambiados –paragolpe trasero y delantero, y la parrilla- la mano de obra, e incluso lo que se requiera para pintar dichas piezas, con más el pago del daño punitivo por la suma de PESOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TRES CON VEITIDOS CENTAVOS ($47.603,22) y los intereses fijados en el capítulo correspondiente al rubro, que integra el presente pronunciamiento.

3.- Imponer las costas de la Alzada a la parte demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC).

4.- Supeditar la regulación de honorarios a la previa determinación de la base regulatoria que incluirá el valor de la prestación fijada en especie, y los intereses.

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

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

**"RAMBEAUD GASTON PEDRO Y OTROS C/ CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508611/2016) – Sentencia: 48/17 – Fecha: 04/04/2017

SEGURIDAD SOCIAL: Jubilaciones y pensiones.

ACCION DE AMPARO. SEGURIDAD SOCIAL. CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN. SISTEMA PREVISIONAL. APORTES Y APORTANTES. DESTINO DE LOS APORTES MENSUALES. CUENTA INDIVIDUAL. CUENTA COLECTIVA. ASAMBLEA DE AFILIADOS. AUMENTO DEL APORTE MENSUAL. FONDO SOLIDARIO. ALTERACION DEL SISTEMA MIXTO.

1.- Es procedente la acción de amparo interpuesta contra la Resolución N° 562/16 emanada de la Asamblea de afiliados de la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia del Neuquén en donde se decidió aumentar el monto del aporte mensual para destinar todo ese incremento

a un fondo de carácter solidario, y se conservan los mismos valores nominales para las cuentas de capitalización individual y colectiva, pues, la decisión asamblearia resulta violatoria del límite impuesto por el art. 51 de la Ley 2223 cuando establece que de los aportes mensuales de cada afiliado se destinarán el 65% a su cuenta individual y un 35% a una cuenta colectiva para atender la invalidez y muerte del afiliado y las otras prestaciones solidarias, al disminuir el aporte al sistema de capitalización. Consiguientemente, la ley no previó la posibilidad de que el mismo ente que administra los fondos pueda modificar el porcentaje estipulado en su art. 51, porque eso hubiera exigido una norma expresa, y semejante atribución no se puede "inferir" de aquella que se vincula a la "Tabla de aportes" del inc. d) del art. 40, que indudablemente se refiere a valores nominales.

2.- […] si se decide aumentar el monto del aporte mensual para destinar todo ese incremento a un fondo de carácter solidario, y se conservan los mismos valores nominales para las cuentas de capitalización individual y colectiva, es imposible eludir la conclusión de que la proporción que la ley impone –un 65% a su cuenta individual y un 35% a una cuenta colectiva- ha sido vulnerada.

3.- Que lejos de no haberse acreditado cómo fue la modalidad que habrían adoptado otras cajas que se citan, lo que resulta incuestionable es que a tenor de los arts. 51 y 75 de la Ley 2223, la Caja carece de atribuciones para habilitar un régimen como el que pretende imponer, y que tendrá consecuencias futuras, porque en definitiva, también incidirá en el eventual monto que quede involucrado en cualquier régimen de reciprocidad al que acceda el afiliado en el futuro. Eso implica alejarse de la proporcionalidad entre aportes y el monto a percibir en la pasividad, pasándose a un régimen que traslada a una circunstancial mayoría de afiliados la definición del monto del beneficio solidario que estime conveniente, y a continuación imponer aumentos de los aportes para financiarlo, sistema muy alejado de aquel en el que el ahorro individual constituye la pauta adoptada por la Ley 2223 como eje central para delimitar cualquier beneficio, sea el ordinario como los extraordinarios que pudieran crearse.

4.- Que si se admitiesen mecanismos dentro de la misma entidad por los que se pueden modificar los porcentajes de los aportes, o crear y luego derogar beneficios en decisiones asamblearias, como surge de la norma impugnada, lo que se estaría consagrando es una práctica que acarrearía anualmente un grave conflicto de intereses entre activos y pasivos actuales o próximos a serlo, ante un eventual cambio en el futuro de la integración o mayoría en los órganos de gobierno que estime necesario introducir cambios.

5.- Que la ilegalidad no sólo puede ser vista desde el apartamiento a la delegación legal, o la alteración sustancial de derechos patrimoniales y de la seguridad social que importa para los actuales aportantes, sino un severo detrimento a la igualdad entre los afiliados en tanto algunos financiarán a todos los actuales -300- y los futuros que en actividad no concretaron su proporción con la suficiencia para alcanzar un beneficio que ahora se les garantiza, que llega a representar hoy –en el mejor de los casos- el doble, o bien porque en su momento no les haya interesado incrementar su cuenta individual, teniendo el derecho de hacerlo conforme el art. 52 de la Ley 2223.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RAMBEAUD GASTON PEDRO Y OTROS C/ CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. Nº 508611/2016), 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, de acuerdo al orden de votación

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de trance y remate del 05 de diciembre del 2016 (fs. 485/493), presentando memorial a fs. 503/520 vta.

Argumenta que causa agravio la sentencia por no haber analizado ni expresado sobre articulaciones formuladas oportunamente por su parte, a pesar de haber sido tratada en sus resultandos, y que son determinantes para resolver el litigio.

Que en efecto, su parte planteo que al momento de interponerse la acción se encontraban excesivamente vencidos el plazo de 20 días hábiles para presentar la demanda que establece la norma, contados a partir de que el titular del interés o derecho lesionado conoció o debió conocer sus efectos.

Cuestiona que la juez asevere que mediante la Resolución 563/16 se haya modificado el destino impuesto por el art. 51 de la Ley 2223 o que se pretenda incluir en él un nuevo beneficio solidario que los afiliados aprobaron crear, y donde se dispuso su sustentabilidad a través de un Fondo de beneficio Solidario, de manera independiente al aporte de aquella norma; que asevere que se modifica la voluntad de un colectivo de intereses, a partir de un grupo que no representa a los mismo, habiéndose probado que las cuestiones de hecho y derecho no son comunes y homogéneas a todo el colectivo, conculcándose el derecho de los afiliados pasivos que adquirieron a partir de la decisión válida de la Asamblea de afiliados, órgano máximo de la Caja Previsional; que no considerara que el derecho previsional y de seguridad social es considerado como un derecho humano primordial por los sistemas jurídicos contemporáneos; que haya reconocido por una parte los beneficios del sistema creado y por el otro hable de lesión al derecho de propiedad de los presentantes, desvinculando la comunidad de afiliados y priorizando la individual, sin observar que en el futuro lo que hoy establece como lesión se constituirá en beneficio de los propios actores; que realice un análisis diminuto sin comprender los fines de un sistema establecido por ley que es equitativo y solidario; que haya optado por navegar sobre la superficie con los remos que le proporcionó la actora, sin bucear en la profundidad del sistema previsión y en la justicia social, olvidando principios elementales del derecho, como el dar a cada uno lo suyo, y en las más actuales exigencias de progresividad de los derechos sociales según los mandatos del estado constitucional, social y democrático; que no haya analizado quiénes son los verdaderos actores del proceso, y que pudo extraer del informe circunstanciado presentado y documental agregada, y que la seguridad social se debe estar siempre a favor de los mejores derechos jubilatorios acordados y que está prohibida la ligera destrucción de las prestaciones vigentes así como todo retroceso en la mejor cobertura social alcanzada; que omita tratar que el nuevo beneficio solidario instituido se adecúa a las prescripciones legales, constitucionales y convencionales vigentes -que cita- habiéndose cumplido el procedimiento dispuesto por la ley 2223 que es una norma participativa de seguridad social que amplía derechos sociales, según principios constitucionales de participación, solidaridad, integridad y progresividad, y que resulta una falacia pretender evaluar la normativa aprobada como una mera reglamentación administrativa de una disposición legal determinada; que haya repetido, siguiendo a la actora, el reduccionismo anacrónico de confrontar en antinomia la normativa de la Caja con una disposición singular de la Ley 2223 según el esquema de la relación decreto reglamentario-ley reglamentada, totalmente ajeno a este desarrollo de los derechos de seguridad social de los afiliados de acuerdo a los principios y formas de creación normativa del Estado constitucional, social y democrático contemporáneo; que al expresar que no habrá pronunciamiento sobre la conveniencia de uno u otro sistema previsional, ni de la justicia o injusticia del haber previsional de los afiliados, ni sobre la finalidad perseguida con la creación del nuevo beneficio solidario, constituye otra confesión del desconocimiento del tema tratado, y que le está vedado al órganos jurisdiccional resolver un amparo omitiendo tratar nada menos que normas legales, la constitución provincial y nacional y tratados internaciones con jerarquía constitucional, como lo requirió.

En segundo punto, critica que en la sentencia se haya omitido de abordar las cuestiones centrales oportunamente planteadas por la caja, concretamente que la resolución aprobada por la asamblea de afiliados según el procedimiento previsto por la Ley 2223 constituye la incorporación de un nuevo beneficio (art. 63 y cc) según los principios constitucionales de participación solidaridad, integralidad y progresividad de los derechos de seguridad social, que no resulta contrario al de legalidad, sino que la propia legislación le brinda reconocimiento y apoyo, mientras los anteriores son desconocidos.

En tercer capítulo objeta que no se haya tratado en la sentencia el conjunto de las normas de la ley 2223, las Constituciones

Provincial y Nacional que otorgan atribuciones a la caja para incorporar nuevos beneficios según normas adoptadas participativamente, reseñando su actividad en la superación de una seria deficiencia en su régimen de cobertura, esto de que los niveles de haberes a los que venía accediendo los afiliados no alcanzaban los mínimos que reconocen otros sistemas jubilatorios aplicables en el mismo territorio provincial, debilidad que llevó a la solución provisoria de agregar subsidios, y se realizaran estudios para determinar una forma permanente y sustentable de mejora de la cobertura, asegurada en el largo plazo por el equilibrio entre haberes garantizados y recursos para sus sostenimiento económico; así se proyecta para el conjunto de afiliados, actuales y futuros una mejora entre el 248% y 347% de los haberes asegurados, según las dos categorías por el que se opte, se respetan los porcentajes asignados a la cuenta individual y la cuenta colectiva para la tabla de aportes regulada por los arts. 51 y 52 de la Ley 2223, y que contra lo afirmado dogmáticamente en la sentencia recurrida, el nuevo beneficio se financia con recursos específicos, sin utilizarse fondos registrados en cuentas de capitalización individual (art. 75 inc. c); que se haya parcializado el planteo reeditando la superada oposición del derecho individual de propiedad contra los derechos de seguridad social, y dogmáticamente se renuncia a argumentar sobre el mejor nivel de cobertura, omitiendo indicar un solo principio de seguridad social que respalde esta decisión, ni realiza un correcto encuadramiento de la normativa discutida, en concreto, que haya sido tratada como mera reglamentación administrativa; cita en aval doctrina y jurisprudencia respecto los arts. 125 de la C.N. reformada en el año 1994 y arts. 19, 52 y 189 inc. 35 de la Provincial, por la que se reconoce el rol de las cajas profesionales como entidades autogestivas de la seguridad social, y la misión de asegurar un sistema de jubilaciones y pensiones congruente, que brinde una cobertura solidaria y equitativa, donde los requisitos y haberes de las prestaciones guarden relación con los recursos previstos para su financiamiento, preservando su sustentabilidad a largo plazo, y ajustado a las condiciones propias de la actividad de cada profesión en cada provincia.

En cuarto lugar, con cita de doctrina de los autores y sentada por la CSJN, denuncia que no fue tratada en la sentencia la cuestión planteada sobre el principio de solidaridad y el nuevo beneficio incorporado acorde con los procedimientos participativos previstos en la Ley 2223, y por la que el derecho de propiedad resulta conciliado con los derechos de la seguridad social solidaria conforme la regulación constitucional, y los instrumentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional; agrega que más allá de la cobertura del nuevo beneficio solidario adoptado, los amparistas y todo afiliado mantiene la posibilidad de ingresar recursos que sólo se destinen a su cuenta individual de capitalización mediante aportes voluntarios que resultan complementarios de las obligaciones solidarias pero que nunca podrían ser excluyentes de los mecanismos principales de todo sistema de seguridad social.

Se agravia porque en la sentencia se omite todo conocimiento sobre la exigencia del mandato constitucional de integralidad en materia de seguridad social y que fuera planteado, y en este sentido, el nuevo beneficio solidario aprobado según ley constituye una medida sólida y sustentable en el largo plazo para superar el problema de los bajos haberes que estaba brindando la Caja.

Critica la falta de tratamiento de la cuestión planteada por la caja sobre el principio de progresividad en toda decisión judicial que afecte derechos sociales, según la jurisprudencia de la CSJN, y a los fines del análisis de la normativa que crea el nuevo beneficio solidario mediante un procedimiento participativo y conforme facultades que establece la ley 2223 a los órganos de la Caja para incorporar nuevos beneficios con la consecuente organización de los recursos de financiamiento; señal que los amparistas buscan retroceder en la calidad de cobertura, suprimir mejoras en las prestaciones, intención recalcitrante de no cumplir con las obligaciones propias de esta cobertura, reclamo de prestaciones más limitada y menos satisfactorias, en notoria violación de prohibición de regresividad que rige como norma fundamental en materia de derechos sociales; denuncian simplismo y voluntad dogmática, como lo decide la sentencia, sin mostrar el mínimo conocimiento de los lineamientos afirmados por la CSJN respecto de la progresividad.

Cuestiona que la sentencia recurrida violente los procedimientos participativos que adoptaron las medidas resistidas por los actores para imponer a todos una peor cobertura e intereses cortoplacistas, falta de conocimiento de los principio propios de la jurisprudencia de la seguridad social argentina; y cuando la caja previsional es una institución auto gestionada que brinda cobertura para un universo de profesionales de la provincial, mediante un sistema jubilatorio que no responde solamente a los dispuesto por la ley 2223 aprobada por los poderes constitucionales, sino que se sostiene en la gestión de los representantes de los afiliados de las distintas profesiones y diversos lugares, y que una de las exigencias constitucionales que la respaldan es la de materializar el principio de participación de los interesados en la seguridad social argentina (art. 14 bis CN).

Recrimina por falsas las afirmaciones de la sentenciante para justificar una lesión al derecho de propiedad, junto a la omisión de aplicar el art. 3 de la Ley 1981, habiendo copiado a la actora en sus invocaciones, pues no ha habido en el caso del beneficio creado un cargo a la cuenta de capitalización individual, y que si hubiese llegado a la lectura del art. 52, habría observado que los afiliados pueden realizar aportes voluntarios que van en un 100% a su cuenta individual, que en caso de mora en el pago de

aportes obligatorios, los voluntarios se transfieren a la cuenta obligatoria, y si hubiera avanzado al art. 58 observaría que el patrimonio de la caja es de pertenencia de sus afiliados; que incurre en contradicción cuando opina que la actividad de su parte se encuentra constreñida o limitada por la ley, o sea que debe ajustarse a ella o a su espíritu, para concluir que allí no se da respuesta a las preguntas "no es el espíritu de la ley en su artículo 2 crear un sistema de jubilaciones basado en la solidaridad … El aumento de aportes es afectar el derecho de propiedad … cuál es el destino que se cambia"?

II.- Sustanciado el recurso (fs. 521), tres de los actores responden solicitando el rechazo de la apelación, denuncian el incumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC, y que la contraparte ha reeditado, incluso en forma incompleta, el cumplimiento de aspectos formales de acción de amparo, sin que surja por qué en su página inicial postula la extemporaneidad de la acción, bajo el erróneo trámite de remitirse a lo dicho en su contestación de demanda; considera adecuado el análisis que se realiza en la sentencia respecto al hecho determinante de la ilegitimidad del destino del aporte mensual por no guardar las proporciones del art. 51 de la Ley 2223, implicando 21 o 28 por ciento a cuentas individuales de ahorro, cuando ese destino debe ser del 65 por ciento, y que la jerarquía ley-reglamento rigen actualmente conforme los arts. 99 inc. 2 de la Const. Nacional, y 214 inc. 3 de la Carta Magna Provincial; piden además se imponga las costas (fs. 524/530).

III.- Que la juez de grado luego de delimitar la cuestión a decidir, esto es, si la Resolución Nro. 563/16 emanada de la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia del Neuquén es manifiestamente ilegal y que con ella se afectan derechos constitucionales de los amparistas, tal la propiedad y previsionales, entendiendo que la vía procesal utilizada es la más idónea para tutelar con mayor eficacia tal control y la tacha que se le formula, concluye en que se presenta manifiesta la ilegalidad de aquel acto cuestionado, decidiendo su nulidad, en los términos del art. 1° de la Ley 1981 y 59 de la Const. Provincial y 43 de la Nacional, y le impone las costas a la vencida.

Ello como resultado de cotejar que con la resolución se altera la directiva contenida en el art. 51 de la Ley 2223 atinente al porcentaje de los aportes de los afiliados actores, que rige el sistema previsional; reseña a tal fin que el art. 1° de la Resolución N° 562/16, bajo la invocación del inc. b) del art. 40 de la Ley 2223, modifica la tabla de aportes, fijando nuevos valores según la edad de los afiliados; toma como ejemplo el de aquel con hasta 32 años que alcanza a $1.039, por el que una parte, $287, se destina al sistema de capitalización individual y otra, $752, al beneficio solidario, que por el art. 3° de aquella se crea una nueva prestación previsional de capitalización colectiva llamada "Beneficio solidario de jubilación" en base al inc. f. del art. 63 de la misma ley, mientras que por el art. 4° se aprueba el reglamento para el otorgamiento del beneficio, que contiene la fuente de su financiamiento, que lo constituye el "Fondo de Beneficio Solidario" (Cláusula 6ta) que se integra con las proporciones provenientes de las escalas que allí se transcriben.

A partir de ello, como se anticipara, concluye que la resolución resulta violatoria del límite impuesto por el art. 51 de la Ley 2223 cuando establece que de los aportes mensuales de cada afiliado se destinarán el 65% a su cuenta individual y un 35% a una cuenta colectiva para atender la invalidez y muerte del afiliado y las otras prestaciones solidarias, al disminuir el aporte al sistema de capitalización.

Entiende que la demandada se ha extralimitado en sus facultades al imponer de manera obligatoria un nuevo sistema previsional distinto al regulado por la Ley 2223, y que el art. 2° de la última es claro cuando establece las atribuciones de la entidad dirigida a administrar un sistema obligatorio de jubilaciones y pensiones y retiros basados en la solidaridad y con capitalización individual, precepto que debe relacionarse con el art. 51 sobre el destino de los aportes y sus porcentajes y el art. 75 inc. c) que manda a que los otros beneficios que se incorporen no pueden hacer cargo a la cuenta de capitalización individual, como ocurre en el presente caso con la disminución del último.

Agrega que la actividad administrativa de la demandada se encuentra constreñida o limitada por la ley, o sea, debe ajustarse a ella o a su espíritu y que su incompatibilidad, provoca la ilegitimidad del acto impugnado; que en ello resulta de importancia el principio de razonabilidad (art. 28 de la C.N.) que debe guiar la actuación de los funcionarios de los diferentes poderes que componen el Estado y también, este tipo de personas jurídicas que ejercen potestades delegadas (arts. 121 y 125 de la C.N.); que una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente, mientras en el caso la contradicción normativa se presenta palmaria puesto que más allá de los loables fines perseguidos por la resolución no se encuentra fundada en el derecho vigente (arts. 2, 51 y 75 inc. c) de la ley 2223); que ello provoca su nulidad y la del reglamento que se aprueba por afectar derechos constitucionales y que emanan de la ley 2223, tales como el de propiedad, por el aumento de los aportes y sus destinos, y de la seguridad social, por la disminución de la cuenta de capitalización.

Explica que lo considerado no significa pronunciamiento alguno acerca de la conveniencia de uno u otro sistema previsional- de reparto, capitalización o mixto- para los profesionales de la provincia, ni de la justicia o injusticia del haber previsional al que tienen

derecho los afiliados, tampoco respecto de la finalidad perseguida con la creación del nuevo beneficio solidario, siendo ello materia ajena a este tipo de proceso constitucional, lo que requiere un debate profundo entre los interesados y ante los órganos competentes, y que una modificación del sistema previsional adoptado en el art. 2° de la ley 2223 conforme facultades conferidas por el art. 125, requiere de otra norma provincial de la misma jerarquía.

IV.- Que esta acción de amparo la promueven afiliados a la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia del Neuquén- la Caja-, creada por Ley Provincial N° 2223, con el objeto de que se anule por ilegalidad manifiesta la Resolución N° 563/16 que dictara aquella, y que fuera publicada en el boletín oficial el 05.08.2016; denuncian la afectación de sus derechos previsionales y patrimoniales por quebrantamiento de la ley y del sistema de jerarquías constitucionales emergentes del art. 31 de la Const. Nacional, atento a que en aquella se impuso un aporte obligatorio en que no se respetó la proporción que fija el art. 51 de la aquella ley que regula el funcionamiento de la entidad y fija el sistema jubilatorio, se perjudica las cuentas de los aportantes, que asegura su art. 75, para darle un destino solidario por el que se crea un fondo para financiar un nuevo beneficio, excediéndose la entidad en las atribuciones otorgadas (art. 2 L. 2223).

A.- Concretamente cuestionan la modificación de la tabla de aportes mensuales a cargo de los afiliados activos respecto de la porción que irá destinado a la cuenta de capitalización individual (art. 2 Res. 563/16), y que a través de la cláusula 6 del Anexo de la resolución se establece otra en la que se detalla su aplicación al sostenimiento de un nuevo beneficio pasivo a través de una cuenta de capitalización colectiva que se integra con proporciones provenientes escalas fijadas por edad y por categorías (dos, A y B), denominado "Fondo de Beneficio Solidario de Jubilación", que también se crea por el art. 3°, previendo en su art. 4° el reglamento para el otorgamiento de dichos beneficios que forma su Anexo.

Consideran acreditado que mediante la resolución se eleva el aporte mensual entre el 81,38 y 135,76% del vigente, según la categoría del nuevo beneficio, sin respetar las proporciones legales del 65% a cuenta individual y 35% a cuenta colectiva para invalidez, muerte y demás beneficios creados, según lo establece el art. 51 de la ley, detallando a tal fin la modificación.

B.- A su tiempo, y para fundar la adecuación legal de su proceder, la demandada responde que lo propiciado y aprobado por la Asamblea se ajustó a un informe de valuaciones actuariales que contratara con el "Objetivo" de "Mantener el sistema de previsión social de capitalización en cuentas individuales y reforzarlo solidariamente con la creación de beneficios iguales para todos los afiliados en base a las categorías de aportación que elijan voluntariamente cada uno de los afiliados, del nivel de los mínimos que otorga el sistema nacional de jubilaciones, en un todo de acuerdo con lo establecido en la Ley 2223" (fs. 21)

Explica haber realizado un cálculo inicial que importa "modificar la Tabla de Aportes" bajo el argumento de que, conforme el art. 40 inc. d) de la Ley 2223, le es permitido a la Asamblea de Afiliados, y por el que se propicia "una reducción de la tabla de aportes actual del 50%" pudiéndose comprobar que, y a modo de ejemplo, como lo sigue la juez de grado, para un afiliado activo de hasta 32 años con un "Ap. Actual" 100% = 573, conforme la "Nueva Tabla capitalización" resulta el 100%=286,50; 65% = 186,23; 29% = 83,09 y 6% = 17,19.

Se aclara que "la cuentas individuales conservan su saldos actuales, incrementando hacia el futuro con los nuevos aportes del sistema de capitalización y la correspondiente rentabilidad de reserva otorgando a la edad jubilaría el beneficio que resulta de su saldo acumulado". (fs. 21vta)

A continuación, explica que se propuso crear un nuevo beneficio solidario en base a la facultad que otorga el artículo 63 inc. f) de la Ley 2223, con dos categorías a elección del afiliado (A= nivel mínimo que otorga el sistema nacional y B= con bonificación del 40%) , detallándose en el cuadro que se financiará con la "Afectación del 50% del aporte de capitalización actual", con el "Nuevo Aporte Adicional", que –también siguiendo el ejemplo- para un afiliado activo de hasta 32 años, representa si adhiere a la Categoría A, $287 y $466 respectivamente, y si lo hace al B de $287 y $778, llevando el "Aporte total al sistema solidario" a $752 y $1064.- (fs. 21vta)

Que también destaca que "De aprobarse lo propuesto quedarían sin efecto los Subsidios Solidarios de jubilación Ordinaria y los Subsidios Adicionales que se están abonando actualmente. Todos los beneficiarios actuales pasarían a cobrar el mínimo de la Categoría B ($6946), respetando los porcentajes de ley de participación en las pensiones, con más el adicional del 50% del beneficio vitalicio que actualmente están percibiendo" y "Los beneficiarios futuros cobrarán el beneficio de la categoría elegida con más el 100% del beneficio de su cuenta de capitalización" (fs. 22).

Que en su informe circunstanciado la demandada postula que en aras de prestar más y mejores servicios a sus afiliados, fue instrumentando a lo largo de su vida institucional distintas prestaciones, creando préstamos a afiliados, inversiones inmobiliarias con destino a la construcción de departamentos y oficinas para los mismos y distintos tipos de subsidios, que al no existir afiliados originarios que complementen el período mínimo de aportes (30) años esto ocasiona que los beneficios jubilatorios otorgados hasta el presente no superan la suma de $3.200 aproximadamente, llevando a que se planteara el incremento del haber previsional

surgiendo la preocupación que nacía de la determinación de su haber previsional futuro y en aquellos que ya gozaban del mismo; que se dictaron resoluciones por la que se creó un Subsidio Solidario Suplementario de Jubilaciones Ordinarias, que fue ampliado en dos oportunidades, y luego para establecer un ajuste para el futuro en base a la rentabilidad. Luego se creó un Subsidio Adicional de Jubilaciones Ordinarias, sólo para afiliados hasta el 27.08.2009 con aportación íntegra, y no a los afiliados posteriores, y que permitieron llevar el mínimo del haber previsional a $4.900, que paralelamente se creó el Beneficio de Gran Invalidez", y que "ante la necesidad de continuar en la decisión de ampliar los beneficios, se puso a consideración en el año 2015, el aumento del aporte individual", al que los afiliados en asamblea se opusieron, manifestando que el aporte no se correspondía con el beneficio que se percibía en ese momento por los jubilados, recibiendo de las Asociación de Profesionales de Neuquén la preocupación de las circunstancias apuntadas, y que se estaría "programando evaluar la posibilidad de establecer una jubilación mínima (digna) y una mayor participación de los colegios, asociaciones, círculos y consejos profesionales".

Agrega "Que la Caja por su parte, continuó en la búsqueda de un mecanismo que permitiera, el incremento de haber jubilatorio, con las características de generalidad, sustentabilidad y equidad. Que en ese camino, y atento los fundamentos vertidos en la Asamblea de Afiliados del año anterior, en el presente año, el Directorio, puso a consideración de la Asamblea de Delegados el sistema que instrumenta la Resolución 563/14, que fue aprobada en forma mayoritaria, el aumento del beneficio y que modifica la tabla de aportes, para decidir su pase a tratamiento de la Asamblea que también por mayoría resolvió su aprobación.

Expresa "Que el nuevo sistema buscó fundamentalmente y bajo las características ya referidas, elevar el haber previsional a otorgar, al mínimo que otorga la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), compensando así las asimetrías que existían entre los distintos sistemas, y tal como lo promoviera recientemente el Gobierno Nacional con el dictado de la Ley 27.260.

"Que en el estudio del proyecto, se contempló la imposibilidad legal de modificar los porcentajes establecidos en el artículo 51 de la Ley 2223, la negativa de los afiliados al incrementar del aporte al Sistema de Capitalización reflejado en la asamblea del año anterior y la preocupación de incrementar el haber jubilatorio. Que en primer lugar debemos señalar que los beneficios previsionales, están estrechamente vinculados al aporte que se realiza y el no incremento de los mimos (durante años se aportó la suma fija de $100), llevó a que las cuenta individuales impidan un beneficio mayor. Que en mérito a ello y a la facultad de modificar la tabla de aportes, conforme lo previsto por el artículo 40 inciso d) de la ley 2223 se proyectó disminuir la misma a la mitad.

Que paralelamente se previó la creación del Beneficio Solidario de Jubilación, financiado por un Fondo de Beneficio Solidario, que también se crea, con dos categorías distintas.

Considera que con ello no se lesiona el art. 51 de la Ley 2223, porque los aportes destinados a la capitalización se disminuyen, garantizando su destino 65% a la cuenta individual y 35% a la cuenta colectiva, ni se afecta el art. 75 pues el nuevo beneficio no hace cargo a las cuentas de capitalización individual ni a los resultados de las inversiones contrapartida de aquellas;

"Que mucho menos la modificación de las tablas de aportes, ya que ello no impide a ninguno de los afiliados, incrementar los montos de su cuenta de capitalización" conforme el art. 52, que para el supuesto que el afiliado pretenda obtener un mayor beneficio puede incrementar voluntariamente sus aportes, siendo falsa la afirmación de la actora que sólo existen "aportes al sistema", ello avalado porque en el libro II, capítulo primero de la ley 2223 se refiere a los aportes mínimos al sistema y la resolución que se impugna en su art. 2° ha establecido cuáles son esos aporte mínimos.

B.- Que la norma cuestionada por los actores, la RESOLUCION N° 563/16 fue aprobada por la Asamblea de Delegados el día 27 de Julio de 2016, y publicada en el Boletín Oficial el día 05 de Agosto de 2016 (fs. 17/20), de la que resulta la derogación del beneficio que antes se había aprobado por Res. 425/14 denominado "Subsidio Adicional de Jubilaciones Ordinarias", y en lo fundamental, dispone:

Arts. 1: Deróguese la resolución 425/14.

Art. 2: Modificase, de acuerdo con lo establecido en el art. 40 inc. d) de la ley 2223, la tabla de aportes del sistema de capitalización individual, la cual quedará vigente a partir de la fecha en los siguientes importes mensuales:…" (detallando valores como "Aporte Sistema Capitalización" en base a las edades de los afiliados).

Art. 3: Dar por creada, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63, inc. f) de la Ley 2223, a partir de la fecha de la realización de la Asamblea de Afiliados, una nueva prestación previsional de capitalización colectiva llamada "Beneficio Solidario de Jubilación".

Art. 4°: Aprobar el texto único y ordenado del Reglamento para el otorgamiento del beneficio del artículo anterior, como Anexo I, que forma parte de la presente norma legal."

C.- Que incluye como ANEXO I, el "REGLAMENTO DEL BENEFICIO SOLIDARIO DE JUBILACIÓN":

Cláusula 1º: Tendrá derecho a la percepción del nuevo beneficio, todo afiliado a la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia del Neuquén, que a partir del 27 de julio de 2016, sea pasivo o activo, cumpla con las condiciones establecidas en el

presente reglamento.

Cláusula 2º: Se establecen dos categorías de beneficios de referencia, “Categoría A” y “Categoría B”.

Cláusula 3º: A partir del mes de julio de 2016, todo afiliado pasivo de esta Caja Previsional pasará a cobrar de acuerdo a su estado de pasividad, el beneficio correspondiente a la “Categoría B”. Para Jubilados Ordinarios, Jubilación Especial Vitalicia, Jubilación Profesional Especial y por Invalidez el 100% y los Pensionados el porcentaje de Ley que les corresponda. Los beneficiarios de Gran Invalidez recibirán el incremento proporcional del aumento de la Jubilación por Invalidez.

Cláusula 4º: El haber jubilatorio solidario a obtener por los actuales y futuros afiliados activos de la Caja estará de acuerdo con la integración efectuada, desde el mes de agosto de 2016, o desde la fecha de afiliación si fuere posterior, en forma íntegra hasta la edad jubilatoria, anualmente a las Categorías A o B señaladas. En el mes de diciembre de cada año, a través de la página Web de la Caja o mediante nota presentada en la sede de la Caja, todo afiliado activo deberá expresar su voluntad de integración a una de las categorías. Si omitiera dicha exteriorización se entenderá que optó por la Categoría B o por la última escala elegida. Si hasta la edad jubilatoria se efectuara la integración sólo en una de las categorías el haber a obtener es el de referencia. Si durante los años hasta la edad jubilatoria se integrara a más de una de ellas, el haber resultante se determinará en forma técnica en base a los años de integración a cada una de ellas.

Cláusula 5º: Los haberes resultantes del presente beneficio se ajustarán, de acuerdo con la Ley 2223, con la porción de rentabilidades netas de lo enviado al Fondo de Fluctuación, de las inversiones que la Asamblea de Afiliados destine a tal fin.

Cláusula 6º: Para el financiamiento de este nuevo beneficio, se crea el Fondo de Beneficio Solidario, que formará parte de los pasivos técnicos de la Caja, y se integrará con las proporciones provenientes de la siguiente escala … En todos los supuestos del total de las integraciones se destinará un 6% para gastos administrativos. La Asamblea de Afiliados determinará anualmente la adecuación de los valores de las presentes escalas. Fijándose a partir de la fecha de creación en los siguientes valores: Categoría A: $4.959 y Categoría B: $6.946. Los importes detallados podrán incrementarse pero no disminuirse.

Cláusula 7º: El Haber Mensual del Beneficio Solidario se compondrá de la suma de los importes que le corresponda de cada categoría de acuerdo a la cantidad de años que integró en cada una de ellas.

Cláusula 8º: El procedimiento para el cálculo del haber que le corresponde a cada afiliado es el siguiente: Afiliado Jubilado al 27-07-2016: Le corresponde el haber de la categoría “B”. Afiliado activo al 27-07-2016: Le corresponde el haber que surja de la siguiente cuenta. a) Al momento de solicitar laJubilación Ordinaria, se multiplica la cantidad de años que el afiliado aportó a la Categoría “A” por el importe vigente de la categoría y se lo divide por la cantidad de años que el afiliado tuvo la obligatoriedad de aportar desde su afiliación. b) Al momento de solicitar la Jubilación Ordinaria, se multiplica la cantidad de años que el afiliado aportó a la Categoría “B” por el importe vigente de la categoría y se lo divide por la cantidad de años que el afiliado tuvo la obligatoriedad de aportar desde su afiliación. El haber final que le corresponda será la suma de a) más b). Afiliado activo con posterioridad al 27-07-2016: Le corresponde el haber que surja de la siguiente cuenta. a) Al momento de solicitar la Jubilación Ordinaria, se multiplica la cantidad de años que el afiliado aportó a la Categoría “A” por el importe vigente de la categoría y se lo divide por 30. b) Al momento de solicitar la Jubilación Ordinaria, se multiplica la cantidad de años que el afiliado aportó a la Categoría “B” por el importe vigente de la categoría y se lo divide por 30. El haber final que le corresponda será la suma de a) más b).

Cláusula 9º: Todo afiliado que acceda a su Jubilación Ordinaria, Prestación Especial Vitalicia o Jubilación Profesional Especial gozará del beneficio solidario siempre y cuando registre aportación íntegra considerando el lapso completo de meses transcurridos desde la aprobación del presente beneficio o su afiliación original a la Caja si fuere posterior y la fecha de obtención de Jubilación Ordinaria. El goce de la presente prestación queda incluido dentro de las disposiciones del Artículo 78 de la Ley 2223.

Cláusula 10º: Tendrán derecho a pensión derivada del beneficio solidario de jubilación el mismo grupo establecido en la Ley 2223 para el sistema de capitalización individual. Los haberes de dichas pensiones se liquidarán en función de los porcentajes establecidos en dicha ley para cada grupo de pensionados sobre el haber solidario que estaba percibiendo el causante en actividad.

Cláusula 11: Para el caso de fallecimiento en actividad, el haber de la pensión resultante para el grupo pensionario, se determinará en forma técnica en base a lo integrado a ambas categorías hasta la fecha de fallecimiento. En el caso de afiliados dados de baja, gozarán del beneficio que se crea, conforme la Categoría A, y en forma proporcional desde su afiliación hasta el mes de julio de 2016, computando los años de aportación.

Cláusula 12: Durante los dos primeros años a partir de la aprobación del presente beneficio, los haberes solidarios que se otorguen estarán disminuidos en un 5%. Los que se otorguen desde el tercer año desde la aprobación hasta el quinto año inclusive, estarán reducidos en un 3%. A partir del sexto año, todos los haberes de beneficio solidario que se otorguen se abonarán en un 100%.

D.- La Ley 2045 (B.O.04.02.94): Facultó a los Colegios Profesionales a crear, organizar y administrar un sistema de jubilaciones, pensiones y retiros con carácter obligatorio para sus matriculados, colegiados o asociados que tengan domicilio real en la provincia del Neuquén, en los términos del art. 3, inc. b) ap. 4, de la ley nacional 24.241 (art. 1º), estableciendo que "La organización y el funcionamiento del sistema de jubilaciones, pensiones y retiros que por esta ley se faculta crear deberá ser establecido por una ley de la provincia" (art. 2).

E.- La ley 2223 (B.O.19.12.97): Dispuso en su art. 1° organizar la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia del Neuquén que "se regirá por la presente Ley y las complementarias que se dicten en el futuro, y las reglamentaciones, disposiciones y resoluciones que establezca la propia entidad"; la que, según el art. 2°, tiene a su cargo administrar "un sistema obligatorio de jubilaciones, pensiones y retiros basados en la solidaridad y con capitalización individual", y "A todos los efectos previstos en esta ley y para la consecución de sus fines propios, gobierno y administración, asignase a la Caja el carácter de persona jurídica de derecho público, no estatal, con autonomía institucional, autarquía financiera y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones" (art. 3°).

En relación a los aportes que debe cumplir cada afiliado, resulta por un lado el art. 51 por el que: "De los aportes mensuales de cada uno de los afiliados se destinarán el sesenta y cinco por ciento (65%) a su cuenta individual y un treinta y cinco por ciento (35%) a una cuenta colectiva para atender la invalidez y muerte del afiliado y las otras prestaciones solidarias", mientras que el en el siguiente (art. 52) se establece que: "Los aportes obligatorios mínimos mensuales que deberán efectuar el afiliado se determinarán en función de la siguiente tabla, que podrá ser modificada por decisión de la Asamblea de Afiliados, en virtud del art. 40, inc. "d" de la presente Ley...", norma por la que se faculta a la Asamblea Anual Ordinaria a … "Modificar la tablas de aportes a propuesta de la Asamblea de Delegados".

Que por el Art. 63 se prevé que: "El sistema de la presente Ley, otorgará las siguientes prestaciones: a) Jubilación ordinaria; b) Prestación especial vitalicia. c) Jubilación extraordinaria por invalidez, mientras ésta persista; d) Pensión por muerte del afiliado; e) Pensión por muerte del afiliado en goce de jubilación ordinaria o prestación especial o extraordinaria por invalidez; f) Otros beneficios o prestaciones que en base a los estudios pertinentes deban incorporarse a la enumeración precedente, previa resolución de la Asamblea de Afiliados, privilegiando la cobertura social y especialmente para quienes accedan a los beneficios contemplados en la presente Ley"; y el Art. 75 prescribe que "El haber de las prestaciones previstas en la presente ley se determinarán en las siguiente forma: .. c) Otros beneficios: todo beneficio que se incorpora previa resolución de la Asamblea de Afiliados, deberá contar con el estudio económico actuarial pertinente sobre la base de condiciones de equilibrio individual y colectivo, no pudiéndose hacer cargo a las cuentas de capitalización individual ni a los resultados de las inversiones contrapartidas de aquellas. No podrá reconocerse haberes de cuantía mínima o fija, independientemente del saldo de la cuenta de capitalización individual".

V.- Que en el abordaje de los cuestionamientos formal y de fondo que se le dirigen a la sentencia de grado, anticipo que habré de seguir aquellas argumentaciones que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos centrales de la litis, y así lo dicta de nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, serán considerados aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para resolver la controversia, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).

Que contra la decisión de grado que anula la Resolución Nº 563/16, la demandada esgrime la falta de tratamiento de planteos, incluso el formal de admisibilidad del art. 3.6 de la ley de amparo, así como que se desconocieran derechos garantizados constitucionalmente y principios con semejante raigambre, centrados en la seguridad social, y en especial, que se ignorara el objeto de la entidad y sus atribuciones en relación a los aportes que le puede imponer a sus afiliados activos, y para decidir beneficios que mejoren la prestación de los pasivos.

Que se coincide con la juez de grado, en cuanto a que la acción no se dirige a controvertir la conveniencia de uno u otro sistema previsional, ni la justicia o injusticia del haber previsional, ni la finalidad perseguida con la creación del nuevo beneficio solidario que implica una mejora que duplica aquel.

Y por cierto, a tenor del responde de la demanda y el planteo recursivo, se observa que la accionada dirige la atención exclusivamente a esto último, es decir, la mejora que importa para los afiliados pasivos la creación de un nuevo beneficio mínimo garantizado, y como formando parte del cumplimiento y finalidad de la ley previsional.

Que de todas formas, en la revisión a concretar en la Alzada que pretende la accionada no habré de seguir el orden de sus planteos, ciertamente reiterativos en cuanto las normas y principios jurídicos de la seguridad social que invoca, los que -cumpliendo

mínimamente los requisitos del art. 265 del CPCyC- quedan subsumidos y habrán de ser abordados en el análisis para dar respuestas a los siguientes tres interrogantes:

¿Se ha acreditado el agravio denunciado por los actores respecto a la alteración de la proporción del aporte que se destina a la cuenta de capitalización individual según lo fija el art. 51 de la Ley 2223?; ¿Conforme la Ley 2223, las Constituciones Nacional y Provincial, y los Convenios citados, la Caja cuenta con facultades para emitir una reglamentación como la Resolución Nº 563/16 para destinar los aportes de los afiliados activos a un fondo solidario que se crea para financiar un beneficio mínimo que se garantiza a todos pasivos, actuales y futuros?; y finalmente, ¿Las previsiones de la Resolución N° 563/16 lesiona derechos a la seguridad social y propiedad que detentan los actores, afiliados activos, que cuentan con amparo constitucional?.

A.- Que por razones de método, al haberse cuestionado que en la instancia de grado se omitió el tratamiento de uno de los recaudos formales exigidos para la procedencia de la acción de amparo, al resultar operativo el art. 278 del CPCyC, inicialmente abordaré el planteo si fue interpuesta dentro del plazo del art. 3.6 de la Ley 1981.

Que en regulación equiparable al art. 43 de la Const. Nacional, la Carta Magna Provincial en la materia establece en su art. 59 que: "Toda persona afectada puede interponer acción expedita y rápida de amparo en las modalidades que se prevean en la ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que garantice una tutela judicial efectiva, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y la Constitución Nacional. Podrán también interponer esta acción en lo relativo a los derechos colectivos, cualquier persona, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas que propendan a esos fines. La acción de amparo puede interponerse mientras subsistan los requisitos exigidos en el presente artículo. … ".

Y a su respecto, la Ley N° 1.981, conforme la reciente redacción dada por la Ley 3049, prescribe en su art. 1 que: "La acción de amparo, en sus aspectos de mandamiento de ejecución y prohibición, procede contra todo acto, decisión u omisión de autoridad pública que, en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia del Neuquén; por las leyes que, en su consecuencia, se dicten; por la Constitución Nacional; y por los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus".

Que este concepto básico de la acción de amparo que reúne los recaudos esenciales de admisibilidad, se integra con lo estipulado en el art.3 de la misma ley, también conforme a la nueva redacción dada por la mencionada Ley 3049, impone: "La acción no será admisible cuando: … 3.6. La demanda no se haya presentado dentro de los veinte (20) días hábiles a partir de la fecha cuando el acto fue ejecutado o debió producirse o, según el caso, de la fecha cuando el titular del interés o derecho lesionado, conoció o debió conocer sus efectos".

Cabe recordar que el inc. e) del art. 2, inc. e) de la Ley Nacional N° 16.986 que regula esta institución en el orden nacional, cuenta con un recaudo equiparable a la provincial transcripta –sólo que lo fija en 15 días- y sobre el que invariablemente la C.S.J.N., desde el caso Ruffolo, Leal y otros (Fallos tomo 307 pag. 1054, Res Nº 150), interpretó que su aplicación no podía impedir el ejercicio de derechos constitucionales (Fallos:307:1054).

Allí, el Procurador había dictaminado que: "V.E. tiene dicho que la aplicación de los preceptos procesales, no puede exceder de una manera irrazonable los limites que impone el respeto de aquella esencial garantía, la cual requiere se brinde a los interesados ocasión adecuada para ser escuchados en sus razones (F. 292: 211)) pues si bien el contenido de las normas rituales posee su reconocida importancia, que exige su riguroso cumplimiento, su desnaturalización, su sobredimensionamiento por encima de su razón de ser, termina por convertir a esos imprescindibles preceptos en una suerte de trampas o valladares tendientes a frustrar el derecho constitucional del debido proceso.", mientras que la Corte interpretó que: "… si bien las cuestiones de orden procesal, aun regidas por leyes federales, no autorizan la intervención de esta Corte por la vía excepcional utilizada (Fallos: 299:186; 300:866; causa R. 372 "Riffolo Basilotta, Fausto R.", fallada el 15 de mayo de 1984, y sus citas), en la especie debe hacerse excepción a tal principio, pues, como lo destaca el señor Procurador General con fundamentos que esta Corte comparte, los jueces de la causa han desnaturalizado en forma inaceptable la norma procesal que fija la fecha a 'partir de la cual debía computarse el plazo de 15 días para la presentación de la demanda. En efecto, el art. 20, inc. e), de la ley 16.986 dispone que el amparo no es admisible cuando "la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse", criterio que en resguardo del derecho de defensa del interesado, exige que el plazo se cuente a partir del momento en que el accionante pudo objetivamente conocer la norma legal que considera lesiva, que no es otro que el de su publicación en el Boletín Oficial y no a partir de la promulgación de la misma … " (el resaltado me pertenece).

Con posterioridad a la Reforma Constitucional del Año 1994, el mismo Tribunal mantuvo tal criterio en "Video Club Dreams c/

Instituto Nac. de Cinematografía" (06/06/1995), entendiendo que había que interpretar con flexibilidad ese plazo, para que una mera cuestión procesal no impidiera ejercer derechos constitucionales.

Que en reiteradas decisiones he validado la aplicación de este recaudo de admisibilidad formal atendiendo las circunstancias del caso ("Gaviorno" -Expte.354104/7- Sent. 28.08.2007, y "ATE" - Exte.467941/12- Sent. 16.08.2012) entre otros, mientras que parte de la doctrina y jurisprudencia dictada con posterioridad a la Reforma de la Const. Nacional del año 1994 y de la Provincial en 2006, ha considerado que aquello ha quedado derogado al no consagrarse un plazo en los arts. 43 y 59 respectivamente, como consecuencia de la superioridad normativa y que las leyes que lo regulaban eran anteriores a las reformas (L.16986 y L.1981).

Que como se anticipara, el legislador provincial ha conservado esta exigencia en la reciente modificación de la Ley de Amparo Nº 1981 –Promulgada el 04.01.2017- con lo que estimo que su aplicación resulta ineludible, tanto como útil la aclaración de que, conforme los criterios de interpretación sentados por la CSJN en la materia, no debe perderse de vista en cada caso la jerarquía de los derechos en juego implicados y las vías disponibles para hacerlos operativos, y en tal tarea, según lo analiza Patricio Alejandro Maraniello "teniendo la posibilidad de que el juez actúe fuera del plazo cuando el derecho o la libertad alterada sea de tal magnitud que requiera una solución inmediata y que no haya otra forma de solucionarla, aplicando de este modo la operatividad temporal excepcional del amparo".

El citado autor razona para justificar la existencia de un plazo para interponer la acción de amparo: "Es lógico considerar que no hay nadie más interesado en la celeridad de la interposición de la pretensión amparística que el propio titular de derecho que fuera vulnerado, siendo éste quien vive en carne propia el grado de urgencia que ostenta la pretensión procesal en la satisfacción jurisdiccional de tutela. En efecto, nadie duda que el tiempo jurídico debe administrarse con razonabilidad y responsabilidad, del cual no escapa el tiempo referido a la interposición del amparo por su sincronismo con el "principio de actualidad", siendo éste un requisito para su admisibilidad.

"En el escenario que se encuentra el legitimado a pretender amparo, a tenor de la importancia, la jerarquía de derechos (en el sentido de su mayor o menor restringibilidad) que se debaten en el amparo, concebido como un instrumento de socorro al sistema procesal; nadie mejor que el afectado para sentir la influencia del tiempo, que como bien señala COUTURE "el tiempo en el proceso es más caro que el oro, en la justicia".

"Con todo ello queremos decir que la acción de amparo no puede ser interpuesta en cualquier momento, sino que siempre deben respetarse sus presupuestos formales para velar por la seguridad jurídica porque nadie se podría considerar seguro de un derecho, que puede ser cuestionado a través de algún amparo", para propiciar como plazo razonable el de 30 días (El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales-IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Vol V-Año 2011).

Que atendiendo a la citada hermenéutica, en los presentes se debe partir de la circunstancia de que es la propia demandada la que dispone que se publique la resolución en el Boletín Oficial, no queda otra posibilidad de razonar que no sea que sus efectos habían quedado sujetos a tal acto; y en su mérito, la indiferencia de la fecha en que se concretó su tratamiento y aprobación por los órganos de la entidad.

De esa forma, debe entenderse que es a partir de la publicidad concretada 05 de agosto de 2016 (fs. 17/20) en que los accionantes pudieron objetivamente acceder a su conocimiento, habilitando la conclusión de que resulta tempestiva la demanda introducida el 02 de septiembre del mismo año (fs. 14vta).

B.- Que en el particular caso, al quedar comprometido el ejercicio de una delegación del Estado a un ente público no estatal, como es la Caja Previsional, así como el sistema previsional adoptado y alcances, el marco fáctico y jurídico, considero relevante integrar a los antecedentes normativos citados antes, el debate parlamentario de la Ley 2223, y de mayor valor aún, los actos cumplidos por la propia entidad oportunidad en que dictaminaron, emitieron opinión los asesores acerca de la materia controvertida, y luego, la forma en cómo se ejecuta la Resolución Nº 563/16, esto último agregado como documental en el legajo agregado por cuerda:

1.- Sesión de la Honorable Legislatura y debate parlamentario del 26.11.1997 (P.L. XXVI - Reunión Nº 29), del que resultan opiniones contrarias en relación a la aprobación del proyecto que luego se convertiría en Ley 2223, que aún implicando un desarrollo extenso, da cuenta de la complejidad de la materia que generaba controversia hace más de 10 años y que hoy vuelve a recobrar actualidad en los presentes, fundamentalmente las objeciones vinculadas con las prestaciones que se derivaban de aquel por la relación entre aportes y beneficios, y eventuales consecuencias en las relaciones con otras cajas previsionales, por el régimen de reciprocidad.

El miembro informante fue el Dip. Gschwind, reseñó que el proyecto "se basa en la Ley número 2045, que a su vez tuvo su origen en una presentación -en su momento- efectuada por los Colegios de Abogados y Escribanos de la Provincia del Neuquén, quienes solicitaban que esta Honorable Cámara arbitrara los medios y los mecanismos legales para que se les autorice a crear, organizar y administrar un sistema previsional de jubilaciones, pensiones y retiros para los colegiados con domicilio en la Provincia del

Neuquén y todo ello encuadrado en la Ley nacional número 24.241 de Jubilaciones y Pensiones. … El artículo 2º de la mencionada Ley dice que el sistema de jubilaciones que por esta Ley se faculta deberá ser establecido por una Ley de la Provincia, cosa para la cual hoy aquí nos convocamos".

Que calificó de "imposible" el proyecto de "propuesta reglamentaria presentado en junio del 1994 por las entidades, y que debieron ponerse a trabajar denodadamente en la búsqueda de una síntesis de las variadas posturas, sin alejarnos del espíritu de concretar en nuestra Provincia una Caja de estas características. Ya en aquel momento otros diputados entendieron que la creación de regímenes especiales como el de esta Caja no era compatible con la política previsional implementada por el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, Ley número 24.241, a pesar de que esta posibilidad de esta Ley, está contemplada en la misma Ley 24.241, negando el apoyo a la concreción del proyecto, argumentando en algunos casos -y en una actitud que yo juzgo personalmente de equivocada- solidaridad con un modelo nacional.".

Que "los Colegios interesados presentaban el proyecto número 3333, que es el que hoy estamos tratando, una propuesta superadora que surgió de las observaciones planteadas por la Comisión y de los estudios financieros y actuariales efectuados por profesionales en la materia, tanto por los que había contratado esta Honorable Cámara como los actuarios contratados por estos profesionales interesados".

Acerca de respecto "a la propia constitucionalidad de la Ley número 2045" y del proyecto en tratamiento "Es un régimen sustitutivo receptado por la Ley número 24.241 y que ampara a los profesionales de las provincias. …

"En cuanto a la reciprocidad" aclara que "este instituto tiene por finalidad la computabilidad recíproca entre las Cajas signatarias de los servicios prestados en una de ellas por parte de las otras. El proyecto recepta la compatibilidad de los beneficios que otorgue esta Caja provincial a sus afiliados y los beneficios que eventualmente le correspondan por otros sistemas previsionales. Lo dicho no implica que el haber de la prestación jubilatoria se haga a prorrata. Adhiriendo a la Resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad Social de la Nación número 363/81, se regulan las relaciones y formas de tratamiento de los beneficiarios entre las Cajas Profesionales, entre éstas y los institutos provinciales y las Cajas Nacionales de Previsión Social. … "

Que el sistema "establece que cada ente previsional otorgará la suma correspondiente a los aportes que fueron efectuados en cada uno de ellos. …

"En cuanto a la solidaridad social obligatoria, otro tema que nos ocupó, que les preocupó y nos preocupó a todos, impuesta por la Ley, ésta deberá ser el marco que permita atender los infortunios individuales de muerte e invalidez. Este aporte sólo conserva la identificación del aportante a los efectos del control pero reconociendo, asimismo, la pérdida del porcentaje individual del aporte en beneficio de este fondo solidario y a su naturaleza.

"El artículo 2º del presente proyecto expresa como base la solidaridad profesional de sus afiliados y el componente de capitalización individual, conformándose un sistema mixto, ya que en principio es netamente solidario y al mismo tiempo de capitalización. Además, cada afiliado tiene la facultad de poder aumentar sus aportes a través del manejo de su cuenta individual con aportes voluntarios.

"Yendo ya al proyecto en sí mismo, como ya dijéramos, el presente proyecto establece un sistema obligatorio de jubilaciones y pensiones basado en la solidaridad y con capitalización individual, asignándose a la Caja el carácter de persona jurídica de Derecho Público no estatal con autonomía institucional, autarquía financiera y capacidad suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones, artículo 3º.

"… El sistema financiero que reglamenta el presente proyecto establece su modalidad a través de una cuenta individual que posee cada uno de los afiliados al sistema y se financian fundamentalmente de los aportes de los propios afiliados, destinándose un treinta y cinco por ciento del aporte para financiar la base solidaria que incluye el sistema, por ejemplo, pensiones por invalidez.

"El porcentaje restante, el sesenta y cinco por ciento, se destina a la cuenta individual que posee el afiliado de la que resultará, a través de los años, su jubilación ordinaria o pensión.

Que se tomaron "todos los recaudos para posibilitar su subsistencia económico-financiera a través del tiempo, se pueda cumplir cabalmente con su objetivo primordial, es decir, cubrir las contingencias de la vejez, de la invalidez y de la muerte, todo ello dentro de un esquema solidario, eficaz y eficiente.

"Si bien el tiempo de debate del presente proyecto fue prolongada y por momentos álgido, en el tema previsional la experiencia nos ha demostrado la necesidad del consenso de los sectores involucrados al igual que contar desde un inicio con los cálculos de factibilidad económico-financiera, así como también proyecciones demográficas orientadas a que el nuevo régimen previsional mantenga su eficiencia y perdurabilidad en los futuros treinta o cuarenta años, debiendo efectuarse periódicamente las evaluaciones del comportamiento del nuevo régimen y su correlación con los cálculos actuariales y en caso de existir desfasaje efectuar las correcciones de cálculos o legislativas necesarias...".

Otro de los Diputados que votó a favor, Vaca Narvaja, sostuvo que el proyecto de ley en tratamiento complementaba la Ley 2045 "y que "esta Ley no solamente incorpora la capitalización obligatoria en un régimen solidario sino también la capitalización voluntaria que va en beneficio de sus propios aportantes. Hablar de esto significa hablar del futuro del mismo profesional que está generando la economía para pasar su vejez como corresponde o proveer la acción solidaria con el treinta y cinco por ciento del aporte de su salario, que significa prácticamente solventar las posibilidades de una invalidez que está perfectamente reglamentada y nomenclada en el sistema. Esto está avalado, señor presidente, por las innumerables notas que constan en los expedientes, cartas, presencias físicas de los equipos que vinieron y que sería muy largo enumerar…", particularizando que "... En el libro II, capítulo I, sobre Aportes, como ya se dijo también, el artículo 51, el treinta y cinco por ciento va a la cuenta colectiva que es de solidaridad y el sesenta y cinco por ciento va a la cuenta individual; a eso súmele la posibilidad de incrementarlo con el aporte voluntario…".

El Diputado Piombo, para fundar su voto favorable sostuvo que el dictado de la Ley número 2045 "conlleva implícitamente una decisión política de apoyar e impulsar la existencia de un sistema previsional para profesionales universitarios, lo que no puede ser soslayado al momento de analizar las conveniencias de su reglamentación, teniendo también en cuenta que todo esto se encuentra plenamente respaldado en la Constitución nacional, tanto en su nueva como antigua redacción, en la Constitución provincial y, fundamentalmente, en la Ley número 24.241. Existe en esta Honorable Legislatura un proyecto de reglamentación presentado por los Colegios e instituciones que, facultados por la Ley provincial número 2045, optaron favorablemente por adherirse al sistema; que el mencionado proyecto ha sido enriquecido con el aporte de los legisladores, sus asesores y los actuarios que fueron oportunamente consultados; que el proyecto -como dijéramos- se ajusta a lo normado en la materia por la Constitución nacional, la Constitución provincial y la Ley nacional que crea el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones; …".

Que propiciando el voto por la negativa, el Diputado Amilcar Sanchez, invocó la necesidad de analizar "la cuestión que nos ocupa con el prisma de quien está defendiendo los intereses de los ciudadanos a quienes representa.

Ningún otro elemento ideológico, político o de carácter personal o grupal ha intervenido en el análisis y en la posterior toma de posición sobre este proyecto de Ley que hoy estamos tratando." Y que "... En todo caso, habrán sido las dudas de los diputados que votaron afirmativamente por la creación de esta Caja el verdadero motivo del tiempo que ha demorado este asunto en la Honorable Legislatura. Y, evidentemente, estas profundas dudas sobre la oportunidad, viabilidad económica, legalidad y equidad subsisten conscientemente en varios diputados que, no obstante, y a nuestro entender, por razones ajenas a este proyecto de Ley en sí mismo votaran afirmativamente, aunque sumidos en un mar de inseguridades".

"… Pero el proyecto que nos ocupa -en nuestra opinión- atenta contra los beneficios previsionales de los profesionales que obliguemos a participar.

Y esto es así por diversas razones.

"En primer lugar, porque la capitalización del aporte que se impondrá en este sistema, deducidos los gastos y seguros necesarios, brindará como resultado jubilaciones tan exiguas que llevaría a que ningún profesional en su sano juicio optara por participar de esta Caja si se le diera la posibilidad de elegir y si se le informara adecuadamente.

"No olvidemos que los promotores de esta Caja comenzaron publicitando que con un aporte de cien pesos, los profesionales obtendrían una jubilación de, por lo menos, mil pesos mensuales.

"Mágica propuesta que no tenía ningún respaldo técnico, pero que era atractiva desde ambas puntas.

"Un aporte sustancialmente menor al del sistema nacional y una jubilación mayor. Menos aporte y más resultado final formaban una oferta muy difícil de rechazar.

"Claro que de haber tenido la más mínima viabilidad, no sólo deberíamos haber aprobado una Caja de Profesionales, sino que también deberíamos adoptar este novedoso y súper conveniente sistema para nuestra Caja provincial de empleados públicos y ante semejante descubrimiento deberíamos, exentos de egoísmo, proponerlo para todos los argentinos, ya que solucionaría sin dudas todos los aspectos de la previsión y la seguridad social en el país.

"Pero objetivamente, pareciera que el sistema y los resultados originalmente propuestos estaban basados más en expresiones de deseos que en estudios serios financieros y actuariales, razón por la cual los mismos diputados que impulsan esta Caja sugirieron a los promotores modificar estos aspectos del proyecto porque eran inviables.

"Tengamos en cuenta, entonces, que los promotores del proyecto en un aspecto sustancial del mismo, tal cual es el haber jubilatorio de los aportantes, habían propuesto un sistema inviable porque con los aportes que se requerían nunca iban a poder cumplir con el resultado propuesto.

"Esto, que debería haber sido el principal punto de análisis de cualquier punto de partida para una Caja de Jubilaciones, fue tratado por los autores y promotores del proyecto con tanta liviandad que se cayó ante los primeros cuestionamientos.

"… Pero el sentido común de los diputados de la Comisión hizo que los promotores modificaran este aspecto central del proyecto.
"Ya no hay jubilaciones extraordinarias con bajísimos aportes. Ahora, el sistema propuesto arroja jubilaciones acordes a los bajísimos aportes requeridos, es decir, bajísimas jubilaciones.
"No obstante, se mantiene ese atractivo de tener un costo mensual sensiblemente menor que el requerido por cualquiera de las variantes del Sistema Integrado Nacional para los profesionales universitarios, claro que con una prestación jubilatoria sensiblemente inferior. Y esta, señor presidente, es a nuestro juicio la verdadera motivación de los promotores de esta Caja. Pagar lo menos posible mensualmente sin importar el haber jubilatorio que finalmente se logre.
"El sistema que regirá, de aprobarse este proyecto de Ley, hará que la administración y básicamente la inversión de la mesa de fondos que se acumule por el aporte de los profesionales esté en manos de quienes, con muy buena voluntad seguramente, pero sin los conocimientos específicos requeridos, ya plantearon a esta Honorable Cámara un sistema que era financieramente inviable.
"Esta situación se verá agravada porque este proyecto de Ley no establece ningún tipo de control adecuado ni los parámetros de inversiones dentro de los cuales pueda moverse el órgano decisorio correspondiente.
"Creemos que estos elementos serían suficientes para votar negativamente este proyecto de Ley en resguardo de los intereses de los propios profesionales involucrados pero existen otros asuntos que nos preocupan.
"… El proyecto de Ley que nos ocupa es manifiestamente una involución, ya que reinstauraría la obligatoriedad, impediría la libre elección y relajaría los controles sobre la administración de los fondos.
"Cabe destacar muy especialmente que el Sistema Integrado Nacional que consagra la Ley número 24.241 prevé un mecanismo solidario mediante el cual hace que los actuales aportantes sostengan el pago de los haberes de los actuales jubilados, haciendo congruente la transición entre el tradicional Sistema de Reparto y el de Capitalización.
"El proyecto de Ley que estamos tratando se desentiende absolutamente de tal situación, restándole financiación al pago de las jubilaciones de los actuales beneficiarios.
"…. Pero volvamos entonces a nuestro caso particular. Queda claro que en el actual sistema, son los trabajadores activos quienes financian el pago de los haberes jubilatorios de los pasivos en este tránsito hacia un Sistema de Capitalización individual. Nos preguntamos entonces, señores diputados, cuál es la razón, dónde está la equidad contributiva si aprobamos un sistema jubilatorio que exime a los profesionales neuquinos de contribuir a solventar el pago a los actuales jubilados. Evidentemente, la legalización de esta Caja comportaría una evidente merma en la recaudación que se utiliza para afrontar el pago de las jubilaciones.
"Pero inmediatamente nos surge otra pregunta. Cuál es la razón para que los profesionales neuquinos queden eximidos de contribuir al pago de los actuales jubilados y los trabajadores neuquinos de, por ejemplo, la construcción, comercio, petroleros o cualquier otro autónomo queden obligados a aportar, incluso, para solventar jubilaciones de profesionales universitarios ya jubilados. Esta es una verdadera inequidad contributiva que esta Honorable Legislatura no debería aprobar porque, además, implica un inaceptable privilegio, que en todo caso debería ser aplicado a quienes tuvieran menos recursos.
"Pero hagamos abstracción por un momento de todas estas objeciones. Supongamos por un instante que este proyecto de Ley es absolutamente viable desde el punto de vista técnico, financiero y actuarial y que tiene todos los resguardos y controles necesarios para salvaguardar el interés de los aportantes. Si esto fuera así, tendríamos que preguntarnos si esta Caja que pretendemos crear es compatible con el Sistema Nacional de Jubilación vigente.
En otras palabras, debemos saber si es posible la reciprocidad con el Sistema Nacional y la Caja provincial. Y este asunto es de vital importancia para resguardo del interés de los profesionales que obliguemos a aportar. Clarificar este tema de la reciprocidad no es una cuestión menor. Es, ni más ni menos que saber si un profesional que ha aportado al Sistema Nacional y/o al Instituto de Seguridad Social del Neuquén, podrá gozar de ese esfuerzo económico cuando llegue a la edad de jubilarse.
"... Al respecto, señores diputados, vale resaltar que el presidente del Instituto de Seguridad Social del Neuquén, máxima autoridad provincial en la materia, ha manifestado en dos oportunidades por escrito no sólo que es muy dudosa y problemática la creación de un sistema de reciprocidad entre la Caja Provincial y esta que pretendemos crear sino que advirtió que si el Instituto fuera la Caja otorgante, los haberes previsionales de los beneficiarios se verían sensiblemente disminuidos. Recalcó además que esas normas de reciprocidad entre ambas Cajas con las equivalencias de reconocimientos de años de aporte y monto año por año a reconocer, deberían estar prescriptas en la ley que hoy estamos considerando, ya que se trata de dos Cajas de carácter provincial y su legislación es materia de esta Honorable Legislatura. ... Pero también opinó al respecto la máxima autoridad nacional en la materia, ante un requerimiento del presidente de la Comisión que estudió el tema. En una nota dirigida al señor diputado Oscar Ermelindo Massei, el doctor Torres informa que la adhesión prevista en este proyecto de Ley a la Resolución número 363/81 no garantiza, bajo ningún concepto, la incorporación al régimen de reciprocidad para Cajas de Profesionales Provinciales ratificados por esa Resolución de la ex-Subsecretaría de Seguridad Social. Por el contrario, explica que la mencionada deja abierta la posibilidad de

que en el futuro se incorporen a ese régimen de reciprocidad otras Cajas de la misma naturaleza. No sería este el caso de la Caja que estamos analizando ya que habría que establecer pautas claras de viabilidad, articulación y compatibilidad de un régimen de reciprocidad entre dos sistemas con distintas lógicas financieras, actuariales y prestacionales según el actual secretario de Seguridad Social. Pero además recomienda con toda claridad no innovar en resguardo de los derechos de los beneficiarios y aportantes.

"Queda claro, señor presidente, que ambas autoridades en materia previsional nos están diciendo que, cuanto menos, este asunto de la reciprocidad es de dudosa e incierta materialización y que dejaremos inmersos a los aportantes en un mar de pleitos para hacer valer sus derechos jubilatorios.

Pero en ese momento, señores diputados, nosotros, los que obliguemos por esta Ley a mucha gente, los que hicimos compulsivo este sistema jubilatorio ya no estaremos en esta Honorable Cámara y los platos rotos de este banquete los pagarán quienes presuntamente hoy queremos beneficiar o el Estado neuquino.

El Diputado Oscar Ermelindo Massei, que votó por la aprobación del proyecto, expresa que "El tema fue arduo, sigue siéndolo como lo vemos en las exposiciones, pero alguna decisión hay que adoptar, habida cuenta de una Ley número 2045 que fue sancionada allá por el año 1993, en el mes de diciembre. …".

"Nosotros queremos poner en claro dos situaciones: por un lado, reivindicar una vocación federalista que está ratificada hoy en la Constitución de la Nación Argentina en la segunda parte, último párrafo del artículo 125, que establece que en el aspecto previsional de seguridad social de los empleados públicos provinciales y de los profesionales conservan las provincias toda su situación de legislar al respecto. En la Convención Constituyente del año '94, en la Comisión de Competencia Federal, este tema fue arduamente discutido en función del lobby ejercido por el ex-ministro de Economía, Domingo Felipe Cavallo, que quería lisa y llanamente eliminar todas las Cajas provinciales. En la discusión, que consta en el libro IV del Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, emerge la interpretación auténtica del significado "conservar" que tiene el artículo 125 y quien lo explicitó con toda claridad fue precisamente el presidente de esa Comisión, hoy gobernador de la Provincia de La Pampa, el doctor Rubén Marín, y que tuvo la aquiescencia de amplia mayoría de distintos sectores políticos que integraban la Honorable Convención Constituyente donde la interpretación de "conservar" no quería decir conservar lo que estaba y no crear en el futuro; lo que se interpreta auténticamente por los convencionales constituyentes es que lo que se conserva es la facultad de tener Cajas provinciales para empleados públicos o seguir creando Cajas Profesionales.

"Desde este punto de vista y como esto tiene que ver con una facultad no delegada de las provincias a la Nación, salvo cuando se quiera ejercer y transferir las cajas de jubilaciones provinciales, como ha sucedido en muchas provincias a la Nación, es una facultad, decía, indelegable de las provincias, una facultad reservada y como tal está salvado el escollo constitucional que algunos plantean si nosotros tenemos la facultad o no de crear estas Cajas tal cual lo estamos haciendo.

"… Algunas inquietudes que observamos y que en honor a la verdad muchos tuvimos dudas, hemos estudiado, hemos profundizado el tema y -reitero- lo vamos a plantear en el tratamiento en particular, tiene que ver con el sistema previsional que instrumenta esta normativa que estamos nosotros, en este momento, debatiendo pero haciéndome eco de lo que expresó recién el diputado que me antecedió en el uso de la palabra y en honor a la honestidad y a la verdad; porque yo he dado copia a cada uno de los distintos Bloques, hemos recibido en el día de hoy un fax para el presidente de la Comisión de Legislación de Asuntos Constitucionales y Justicia, quien les habla, de parte del señor secretario, doctor Carlos Torres, donde todavía no ha respondido a la nota que a pedido de integrantes de la Comisión, y luego asumido por parte de toda la Comisión le requiriésemos, fundamentalmente, junto con la remisión del proyecto una opinión sobre el sistema de reciprocidad y si tiene algunas dudas; la nota no vino respondida, hoy se manda este fax con algunas consideraciones y se nos pide que no innovemos.

"Yo rescato lo que dice la Secretaría de Acción Social en cuanto a autoridad máxima de aplicación en el esquema jubilatorio y, fundamentalmente, en lo que tiene que ver con la Resolución número 363 del año 1981 que fue precisamente la que estableció el sistema de reciprocidad entre las Cajas Profesionales, el Sistema Jubilatorio Nacional y todas las provincias que fueron adhiriendo posteriormente a este sistema que hoy prácticamente es unánime la reciprocidad pero creo que excede su competencia cuando dice que no innovemos porque esta es una facultad excluyente y exclusiva de la Provincia del Neuquén, como explicité antes, conforme al artículo 125.

"... Yo entiendo y así lo vamos a proponer en el tratamiento en particular porque hace también a la seguridad jurídica de quienes comprenden esta situación, porque la Caja ha de presentarse oportunamente ante el secretario de Seguridad Social como lo han hecho todas las Cajas que se crearan con posterioridad a la sanción de la Ley número 24.241 a que por Resolución se le acepte el ingreso al sistema de reciprocidad, aunque nosotros nos estemos adhiriendo por Ley va a ser una propuesta.

"Pero también quiero señalar las contradicciones que tiene la Secretaría de Seguridad Social y quiero defender, por lo menos, el

Sistema Previsional que es un sistema mixto, donde un sesenta y cinco por ciento va a una capitalización individual y un treinta y cinco por ciento es un aporte solidario que tiene que ver con las jubilaciones por invalidez, por muerte y otras contingencias previstas.

"Y digo voy a defender el sistema como está estructurado, respetando la voluntad de las partes y los actores sociales y de lo que ha decidido la Comisión porque no es el único sistema que está aprobado así en el país en las Cajas Profesionales; la Caja Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia del Chaco, por Ley número 3978 de 1994, establece servicios previsionales que se regirán por el sistema de capitalización individual, y servicios sociales que se regirán por el sistema solidario. Establece una complementación.

"La Caja de Previsión para Profesionales de Ingeniería de la Provincia del Chaco, establece un sistema similar de un fondo de capitalización y de un fondo solidario. El Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Entre Ríos del año 1995 establece un sistema de capitalización individual y crea, a posteriori, un fondo compensador para absorber desfasajes en caso de sobrevida y que se agote el saldo de la cuenta de capitalización individual de un afiliado ,…

"Se podrá compartir o no el sistema pero no es la única Caja y no estamos violando, a mi entender, esto es una opinión muy personal, el sistema estructurado a nivel nacional por la Ley número 24.241 en lo que hace al sistema de reparto por un lado y el sistema de capitalización individual, porque no es una competencia con las AFJP; esto está ligado a una facultad propia de la Provincia.

"Yo digo, nosotros tenemos hoy, como empleados públicos, un Instituto de Seguridad Social del Neuquén, que tiene estructurado un sistema solidario y de reparto; no es inviable ni existiría contraposición con la Ley número 24.241 que mañana el Instituto decida transformar ese sistema con algunas formalidades propias de la capitalización, porque es facultad propia que tiene una provincia para legislar en el sistema previsional de sus empleados. En consecuencia, creo que no hay ninguna, por lo menos, salvedad de orden jurídico constitucional que permita decir que estamos en colisión con el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

"..."En otro aspecto que también se señala por ahí y yo esto voy a pedir que se incorpore en el Diario de Sesiones nosotros responsablemente, en la Comisión hemos tenido estudios actuariales; primero, el presentado por el actuario Feliciano Salvia a través de quienes integraban la Caja y posteriormente nosotros contratamos a un actuario, el doctor Eduardo Melinsky quien ratificó la viabilidad del sistema conforme estaba estructurado.

"... Esto lo hacemos para decir que en el marco de esta posibilidad de discusión que así corresponde en el ámbito legislativo, hemos tenido la responsabilidad de adoptar todas las medidas correspondientes en salvaguarda precisamente de los derechos de todos y cada uno de los que corresponden estar afiliados a estas Cajas Profesionales en la Provincia del Neuquén.

"… Pero el sistema de las Cajas Profesionales ha sido probado en el país. Yo sé que es muy cuestionado porque se lo considera elitista y corporativo. Se lo ha intentado cambiar en mucho tiempo, no se ha logrado pero el sistema realmente, más allá de lo corporativo que se le cuestione, ha funcionado bien. Es un sistema que en las sesenta y dos Cajas Profesionales que existen en todo el país no ha tenido ningún tipo de sobresalto, como ha sucedido con el sistema jubilatorio en general. Y, obviamente, que si lo analizamos en el plazo inmediato se da este desfasaje en la transición y en ese aspecto hay que tomar todas las precauciones necesarias; pero lo que hay que pensar cuando se legisla en un sistema de previsión es, fundamentalmente, en aquellos más jóvenes que tienen continuidad en el trámite y en el sistema. Por eso, nosotros también en el tratamiento en particular vamos a introducir una normativa donde entendemos que corresponde así donde aquellas personas que tengan cincuenta y cinco años o más, tengan la opción de ingresar o no al sistema en un plazo perentorio, respetando precisamente esa continuidad que tuvieron en el Sistema de Reparto nacional o en la Provincia.

"Creo que en la Provincia tampoco vamos a tener problemas porque está adherida al Decreto nacional del sistema de reciprocidad, el Decreto-Ley creo que es el número 9316/46 y así lo explicita claramente el artículo 90 de la actual Ley número 611 en su Texto Ordenado. Y por si fuera poco, lo vamos a ratificar en el marco de esta Ley, sin perjuicio de que a posteriori se logre la aprobación correspondiente que insisto ya con los precedentes que tiene la Secretaría de Seguridad Social ha aprobado Cajas anteriormente con el mismo sistema y obviamente, salvo que cambien de opinión, no va a encontrar otro valimiento para decir que esta Caja no puede ir.

"Pero creo que ese debe ser el paso para darle total seguridad jurídica a quienes posteriormente ingresen al sistema, cuestión que vamos a proponer en el tratamiento en particular".

2.- Valuación Actuarial de fecha 19 de mayo de 2016 emanado de Actuarios:

Que fuera solicitada por la Caja Previsional a los efectos de determinar la aportación necesaria para poder otorgar un beneficio jubilatorio similar a los mínimos que otorga el sistema nacional, de tal forma de "Mantener el sistema de previsión social de capitalización en cuentas individuales y reforzarlos solidariamente con la creación de beneficios iguales para todos los afiliados",

que es el antecedente de la citada resolución.

Contiene una tabla y el detalle donde que se citan el aporte total que realizaban los afiliados activos por $573, $693, $808, $917, $1030 y $1155 según la edad, donde se dictamina la posibilidad de hacer "una reducción de la tabla de aportes actual del 50%"; con otra tabla refiriendo la forma de financiar el nuevo beneficio solidario, que consigna una columna "Afectación del 50% del aporte de capitalización actual", y seguido, "Nuevo aporte adicional" también con destino al mismo "sistema solidario"; también acerca de las proporciones legales, registra la "Nueva tabla de capitalización", donde se representa el 65% sobre el 50% del total del aporte mensual, y la columna de "Ap. Actual" de $573 en sus diversas categorías etarias, señalando a cada una el monto que se destina a la cuenta individual; y luego considerando la afectación proporcional del aporte para cada una de las dos Categoría (A y B) (fs. 21/22).

3.- Asamblea Anual Ordinaria de Afiliados del día 27 de julio del año 2016, que aprobó la Resolución Nº 563/16: De cuyo debate resultan las intervenciones y opiniones del Actuario acerca del sistema previsional que regula la Caja, que había sido contratado para emitir la Valuación Actuarial fechada el 19.05.2016 de 2016 citada antes, y del asesor legal.

Allí explica el primero que se trata estrictamente de "una Caja de capitalización individual, tiene… el beneficio se determina en función de la acumulación de fondos que dad uno de ustedes tiene al momento de llegar a la edad jubilatoria. Siempre da equilibrado, o sea porque, el beneficio tiene los recursos necesarios para ser financiado. Lo que ocurre es que si el monto acumulado es menor, la jubilación va a ser más chica y si el monto acumulado es mayor, la jubilación va a ser más grande, pero siempre equilibrado No hay posibilidad de que eso se desequilibre. O se ¿qué hacemos desde que se generó la Caja hasta ahora? Todos los años hacemos una valuación actuarial, ésta valuación actuarial nos indica, si vamos bien o no vamos bien ¿Por qué? Porque puede dar superávit o puede dar déficit. ¿En dónde? No en los beneficios de jubilación ordinaria, porque acabamos de decir que ésos está siempre equilibrados. El tema está en la porción de aportes que van a la cobertura de invalidez y muerte en actividad. ¿Qué ocurre? Indudablemente que nuestro 29%, que va a ese concepto es excesivo porque nos genera siempre superávit. Desde el momento que empezamos a adecuar los aportes , nos dio un superávit que permitieron crearse los subsidios que se están otorgando en éste momento.

Ahora, no tiene ningún secreto esta valuación actuarial" (fs. 026/027).

El asesor legal desarrolla que: "En el análisis de esto se trascurrió un camino importante, atento a la negativa de incremento de aportes, realizada en la anterior asamblea, buscándole una forma de que el beneficio sea mayor para los afiliados, que ya están gozando de la jubilación o de la pensión y las posibilidades, dentro de la ingeniería que permite éste cálculo actuarial. En un primer momento se pensó, o se hizo una propuesta que se… se daba de bruces con el artículo 71, 75, que expresa los porcentajes con los que debe ir el dinero que se aporta a la cuenta individual y a la cuenta solidaria y a los gastos administrativos en un 6%. Bien, este beneficio que se crea, en un beneficio que respeta las normas legales. Y explico: se mantiene el régimen de capitalización, se disminuye el aporte que realizamos respecto a la capitalización individual y se crea un beneficio, como lo permite la ley, con los recursos suficientes para mantenerlo. Es eso lo que se realiza, no hay ninguna, … No hay ningún problema. Yo lo que quería significar también es que esto fue tratado en Delegados, discutido en Delegados. Lamentablemente, a la asamblea de delegados, y esto lo digo, por ahí, con cierto dejo de preocupación, no concurren la mayoría de los Delegados. Entonces, ¿qué pasa?

Durante meses estamos con jubilaciones sin otorgar, u otorgadas ad referéndum, porque no hay quórum para funcionar. En esta última tenían asistencia perfecta, creo, hasta la anterior, no concurrió. Realmente nos asombró, pero bueno, se formó el quórum, se tardó, estuvo el Sr. Actuario, perdón, el Contador , explicando lo mismo que va a explicar ahora, y bueno, se resolvió aprobar. El paso siguiente, es que esta Asamblea de Afiliados lo pueda tratar. Porque si Delegados rechazaba este… no podía tratarse acá en Afiliados. Entonces, e simple, los pasos están cumplidos. Eso es todo…. " (fs. 03/031).

Al volver a tomar la palabra el Actuario desarrolla: "Se nos encargó como objetivo realizar ver qué adecuaciones se podían hacer para nivelar como mínimo las prestaciones de la Caja con las del Sistema Previsional Nacional sin afectar su sistema de financiamiento. O sea, venimos con un sistema de financiamiento, como explicamos recién, suficiente por cien años, es eviterno, no hay ningún inconveniente y con esa misma finalidad se ha hecho análisis.

Como primer medida, y en base a lo que el artículo 40, inc. "d" de la Ley autoriza, es modificar la tabla de aportes, no la distribución de los aportes, se modifica la tabla de aportes. La tabla de aportes vigente hasta hoy terminaba en 1155 pesos. Entonces, lo que se ha hecho acá es, se la modifica a la mitad. O sea que, si esto lo llegara a aprobar de aquí en más el aporte al sistema de capitalización individual va a ser el que está sentado en esta primer columna…. Se sobre entiende que las cuentas de capitalización manteniendo sus saldos, tal cual están hoy. O sea, van a agregar de aquí en más esta aportación y no la anterior. ¿Queda claro en eso? ¿Por qué se hizo esto?

Es para que, la otra mitad que se está aportando a este sistema formara el aporte al nuevo beneficio. Se efectuaron las

valuaciones actuariales necesarias para obtener las relaciones de aporte-beneficio que mantiene la suficiencia como dijimos recién que era el objetivo. O sea ¿qué hicimos? Valuamos, pusimos los aportes nacionales, o sea, los beneficios nacionales. 6946 es el beneficio mínimo que se cobra acá en Neuquén porque está el 40% de zona y cuatro mil y pico de pesos es el que se cobra en el resto de país por no tener el adicional de zona. Entonces, se partieron de esos dos beneficios y se, actuarialmente se hicieron las valuaciones para buscar cuál era el aporte que había que cobrar para financiar esos beneficios de por vida. … (fs. 032).

Y continúa "Entonces, otro ejemplo sería un activo hoy de 62 años que tiene en su cuenta individual 152.219 pesos, está cobrando 2.400, o cobraría 2.435 por el sistema anterior, pasa a cobrar 8.280. Se aclara, que los pasivos del sistema que continúan con actividad profesional realizan la aportación de categoría B, 2723. Activos, actuales y futuros. Pasamos a los Activos. A partir de la aprobación de la asamblea de afiliados pasan a aportar, a su elección a alguna de la siguientes categorías, se crean dos categorías de aportación y beneficio. O aporta a la categoría A o aporta a la categoría B. En la asamblea pasada pedía la voluntariedad del sistema. Es imposible hacerlo voluntario al sistema total, pero buscamos una manera de que el que quiere aportar menos lo haga voluntariamente y el quiere aportar más lo haga de la forma en que ...

Entonces, fijémonos que pasa con los aportes. El beneficio actual, dijimos que era 2000 pesos pasa a 4.959 en categoría A y 6.946 en la B. El aporte total que estaba haciendo hoy, el que hemos disminuido a la mitad, pero hoy está aportando esta cantidad de dinero: 573 la categoría más baja y 1155, la más alta, pasaría a aportar, si eligen categoría A, 1039 a 2094 la más grande. Y si aportan por categoría B, 1351 a 2723. ¿Qué pasa con esto? Hay un incremento en los aportes de un 81% en la categoría A, que es lo que habría que aumentar normalmente si no se aprueba este sistema, el sistema de capitalización que hace dos años que no se actualiza, 35 y 30 le va a dar el 81% que hay que ajustar. Si no, aportan un 136% en categoría B para obtener un beneficio de 6946. La elección a la categoría de aportes debe realizarse una vez al año. …

El beneficio de su cuenta individual, que dijimos hoy quedaba con el saldo que tenia, no se le hace ninguna quita de saldo y de hoy en más va a percibir el 65% del nuevo aporte fijado para capitalización. ... El tema de que la Caja es una Caja de capitalización y que no tiene que tener beneficios.. no es así, porque la ley lo prevé, específicamente en un punto en el que dice que se puede crear los beneficios que mejoren la situación socio-económica de los afiliados.

O sea que si yo creo un beneficio con sus respectivos recursos, está. El 65% se respeta, lo estoy mostrando acá… (fs. 034/035).

"… El tema es que, indudablemente, los pasivos actuales son los más beneficiados en esta propuesta porque reciben el aumento sin tener que aportar más, nada más, van a tener que aportar los que siguen ejerciendo la profesión tiene que aportar la categoría B, pero si no, son lo más beneficiados del tema.

Pero los activos, que son lo que, como bien dijo el Dr. allá, que son los que sustentan el tema, sustentan el tema y se benefician también, porque sus beneficios también se incrementan. Por eso, fíjense que para un aumento del 136% en el aporte, tiene un aumento de casi 300% en el beneficio. O sea, eso, yo creo que el objetivo y el legislador que compuso nuestra ley, tenía como objetivo que la masa de afiliados tenga el mejor beneficio posible. Y esta propuesta, lo que está haciendo es dar un poco de consistencia equitativa al sacrificio que se está haciendo en esta Caja" (fs. 036) "… ese aumento, que es para 300 jubilados, también es para 4700 activos. O sea, no se está aumentando solamente el beneficio del pasivo. Son 300 pasivos y son 4700 activos, que reciben el aumento. Acá se tiene que ser parejo en eso. Si yo doy un aumento, lo doy absolutamente para todos. Ahora, si yo soy egoísta, en pensar que aportamos 4700 para 300 que se pueden llegar a beneficiar un poquito más, bueno está bien, pero es una Caja previsional (fs. 37).

Explicó finalmente: "Hay muchas Cajas en el país que han hecho esto.

Tenían un sistema de capitalización, y crearon sistemas solidarios para mejorarlos. O sea que .. en fin". (fs. 039).

4.-Asamblea Anual Ordinaria de Afiliados del 22 de octubre de 2015 (continuación): En cuyo debate el mismo Actuario responde a distintos requerimientos, señalando:

"… El problema del incremento de aportes lo que está cubriendo no son los beneficios de los que ya están jubilados o pensionados. Está influyendo en los beneficios futuros que van a tener todos los activos, porque va a significar, que si usted no aumento el aporte va a ver menos ingresos a la cuenta individual e indudablemente el monto final va a ser más chico y el haber menor, los actuales jubilados no, ya lo tiene ganado el beneficio y va a tener un ingreso del 33,21 % de acuerdo a las inversiones que los resultados que obtuvieron este año, o sea que son dos temas distintos, una cosa es la rentabilidad. Las Cajas Profesionales se financian con dos temas fundamentales, en realidad es uno solo, la aportación del afiliado, con el aporte del afiliado se sustenta la Caja, que pasa? Hoy recibo la aportación, pago lo que tengo que pagar, en estos momentos y me sobran aportes entonces esos aportes que sobren son los que van al portafolio de inversiones para cubrir su valor, porque si no los invierto se me desvalorizan. Entonces esos aportes se invierten y se obtiene una rentabilidad, entonces con lo que se financia la Caja? Con la aportación de los afiliados y mientras tengamos el portafolio de inversiones, las reservas la rentabilidad de las mismas van a ir a

financiar la Caja y después las propias reservas, porque está previsto que no es que tenemos que tener una Caja superavitaria tenemos que tener una Caja equilibrada. Estas entidades que nacen y nunca pueden morir tengo que pagar siempre, porque tengo que satisfacer los beneficios en forma permanente, para lo cual tengo que garantizar que ese financiamiento funcione, para eso estoy tratando de que las rentabilidades de las reservas sean las mayores que podemos ganar eso se
trasmite directamente a las cuentas individuales y a los beneficios y la aportación que también se me mantenga por el valor de la moneda, porque si la aportación se va disminuyendo como ocurrió 7 años acá después de la convertibilidad que se mantuvo el aporte sin aumentos, eso incide en los beneficios raquíticos que se van obteniendo en el futuro, porque necesito para tener buenos beneficios, necesito una buena aportación, la Caja de Profesionales que mayor jubilación cobra del país es la de Escribanos d la ciudad de Bs. As. Cobran casi $40.000 de jubilación porque aportan montones a mayor aportes, mayor beneficios, no hay otra salida busque el sistema que busque. Una Caja Previsional es como si fuera una caldera donde tengo una entrada, el combustible que son los ingresos, lo que puedo tender de la comunidad de profesionales son aportes y algún beneficio que puede darse en alguna Caja de la comunidad vinculada los abogados por ejemplo que tiene Cajas propias tienen porcentajes sobre los honorarios que paga el cliente, los escribanos también en cada escritura recibe aportación de parte del cliente.
Los ingresos que tengo por todo concepto entran a esa caldera que es la Caja) con el sistema que ustedes le pongan a dentro (capitalización individual, capitalización colectiva, mezclas entre un sistema y el otro), la realidad es que en la salida tengo ingresos y pagos que son los beneficios y ahí es donde tenemos que tener el equilibrio necesario para que estos ingreso alcance, para que estos pagos se puedan hacer siempre, eso es lo que hacen los Actuarios es decir con los datos que tenemos, la población que tenemos, los recursos que me da la reglamentación que tengo que cada Caja yo tengo que proyectar al futuro y ver si estamos en la buena senda, si quiere decir que vamos a poder pagar siempre, hay Cajas que tiene 50 años de horizonte de recurso, hay Cajas que tiene 30 años, otras tiene 10 años están muy mal y esta Caja tiene 100 años.
Por el sistema que tiene de capitalización individual la Caja tiene 100 años y es la proyección que hacemos y equilibrada, uno recibe lo que junto.
Lógicamente que el nivel de beneficios no es sustancialmente más alto, para mejorarlo hay que aportar más. O cambiar, buscar la forma en el horizonte. …
Este tema se contestó específicamente en lo que a mi consulta respecta. Las valuaciones que se han hecho en la Caja Previsional de Neuquén desde el inicio, porque yo estuve en la Legislatura en el año 1994 peleando la salida de esta ley y lo puedo decir con conocimiento de causa, desde la primera valuación hasta la última se ha tomado exclusivamente la población que ha registrado aportes, … hoy la población de la Caja está en 8200 aportantes, y viene creciendo permanentemente, quiere decir que el tema se está regulando bastante bien. … (Pag. 142/143).
Explica también que "…valorizar, a los aportantes y se hace afiliado por afiliado gracias a lo que hoy se puede manejar en cálculos de informática, lo podemos hacer afiliado por afiliados, cuanto tiene que aportar hoy y cuanto el año que viene, el otro y así sucesivamente se hace con los 8400 y se logra ese flujo de aportes de gente que iba a aportar, lo convertimos en flujo de capitales que nos van a ingresar, aportes que nos van a ingresar año a año. De la misma manera se valorizan con los beneficios que tiene que cobrar cada uno, las jubilaciones, las invalideces, las pensiones, lo beneficios actuales, los gastos operativos de la Caja que se sacan los datos del balance y de esa manera tenemos flujo de ingresos y flujo de egresos. Cien años de Ingresos y cien años de egresos, se hace todo a moneda constante, no conocemos cuál es la inflación en los años siguientes, se trabaja a moneda constante. Estos flujos de ingresos y egresos me permiten saber año a año cual va a ser el resultado, me va a ingresar tanto me va a salir tanto, me va a sobrar dinero, me va a entrar tanto me va a salir tanto me va faltar dinero, así sucesivamente, o sea voy a tener positivos y negativos por año, en base al movimiento de ingreso de aportes y pagos de beneficios y gastos. (fs. 160).
"… Esto nos indica que la Caja es superavitaria, en esta Caja especialmente la jubilaciones ordinarias van a dar siempre equilibradas, donde puede venir el desequilibrio en el 35% que no va a la cuenta individual, el 35% que va al fondo solidario y para gastos. Y ahí si, si estoy cobrando un importe que es superior a los eventos que se me dan en la realidad voy a tener un superávit. En esta Caja gracias a lo que se vino haciendo de ajustar los aportes después de los 7 años desde la convertibilidad hasta la asamblea esta se han ajustado los aportes en base a la desvalorización monetaria y los eventos de muerte e invalidez que se dan son menores que el recupero que estamos cobrando, estamos generando un superávit a año a año, ese superávit es el que nos permitió generar dos beneficios nuevos, fue el Subsidio de jubilación ordinaria y el subsidio adicional que se aprobó el año pasado, con o cual se puede hacer frente al pago que ninguna jubilación que sale de la Caja es de menos de dos mil y eso se va a ir. 2 …"(fs. 161).
Refiriéndose al caso particular de un afiliado pasivo, dijo: "usted está cobrando dos mil pesos y si lo analizamos es muy poco, cuantos años de aportes tuvo usted? Catorce, quince años del 98 hasta ahora son quince años, está cobrando dos mil pesos, pero

tiene que cobrar lo que le falta, porque la ley se creó con reciprocidad, falta lo que aportó a otro sistema. Como que tiene ver? Ustedes entraron a esta Caja con edades distintas." (fs. 161).

Agregó a continuación: "… la reciprocidad jubilatorio era la que le daba el derecho a cobrar un beneficio entero, usted cobró por autónomos seis mil como me está diciendo y cobra dos mil por la Caja o sea que su jubilación está cobrando ocho mil pesos. El que no siguió aportando en autónomos sino suspendió la aportación de autónomos siguió aportando acá en la Caja por reciprocidad le corresponde cobrar la proporción de autónomos y esta y ahí tiene el beneficio jubilatorio, acá es directamente proporcional, los beneficios son directamente en proporción a lo que uno pagó. Acá no se puede hacer milagros con once años, doce, trece o catorce, recién en el año 2034 se va a entrar tener jubilados naturales de la Caja " (fs. 162).

"… el tema acá es muy sencillo el que tiene que aportar quiere aportar poco y el que quiere cobrar quiere cobrar mucho. Ese es un principio que no falla, ahora este año va aumentar el porcentaje en dos composiciones una en el beneficio ordinario y el otro es el subsidio. El beneficio ordinario le va a subir un cincuenta y uno con veintisiete por ciento y el subsidio nueve con veintiseis por ciento. Si yo hoy tomo a una persona que ingresa hoy a la Caja y hace toda su carrera aportando acá el beneficio que va a cobrar es superior a los seis mil y pico de pesos siete mil pesos. Señor no hay milagros en los beneficios, los que están en el medio tiene que sacar el beneficio de la Caja más el que le corresponde percibir de donde aportó anteriormente eso es así y no hay solución" (fs. 162/163).

Finalmente, cuando se le preguntó sobre la proyección a cien años y otra a cincuenta años, y cuál es la razón que sea tan longeva la de la Caja Previsional, respondió "que es el sistema que está aprobado por Ley, es donde se dividen los beneficios por capitalización individual, entonces no le queda otro recurso que ese. Ahora si usted cambia el sistema y pone un sistema de beneficios, digamos establecemos un beneficio para todos los profesionales y se hace una aportación en función a edades que también puede ser tranquilamente, se va a a esgrimir que el beneficio v a ser por cantidad de pesos y usted no va a poder aumentar si su horizonte de financiación en vez de cien lo pone en cincuenta y ahí le va dar un poquito más alta". (fs. 166).

5.- Reporte detallado de haberes pagados Desde el 01/06/2016 hasta el 07/09/2016": En cuya página 0001 se registra que para el caso de una "PENSION POR FALLECIMIENTO", antes de la Resolución 563/16, en junio de 2016, se percibía $2.601,05, y que se pasar a cobrar con posterioridad, por el mismo concepto (PENSION POR FALLECIMIENTO) la suma de $1.300,53, es decir la mitad, y a eso se le incorpora el "BENEFICIO SOLIDIARIO DE JUBILACION " el importe de $4.167,60.-

Luego para un supuesto de "JUBILACION ORDINARIA" por la que el pasivo cobraba por tal rubro $1.744,49, más los dos subsidios (Supl. Solidario y el Adicional), pasa a percibir por el mismo $872,25; ya no aparecen los subsidios; y se agrega el BENEFICIO SOLIDIARIO DE JUBILIACION DE $6.946,00; con lo que se vuelve a comprobar que el haber ordinario también se limita al 50%.

Lo expuesto permite observar que aquellos que pasan a cobrar el nuevo beneficio solidario, se les reduce a la mitad el monto correspondiente al haber jubilatorio ordinario, que es el que está en relación al aporte realizado a la cuenta individual capitalizable.

VII.- Que en el proceso de dar respuesta a los interrogantes planteados, habré de anticipar que en asuntos como el aquí analizado se imponía a los actores la tarea de especificar y acreditar su gravamen, que aquí lo concretan, al resultar patentizado y sin necesidad de mayor indagación de la situación claramente objetivable en que se encuentran en su calidad de afiliados activos al sistema previsional que administra la demandada, cuando ésta, mediante una norma dictada a través de uno de sus órganos de gobierno, la Asamblea de Afiliados, aprueba un aumento del aporte que importa modificar la proporción legal del art. 51 de la ley 2223, y no menos, que un sistema mixto con base en la capitalización de lo ingresado en forma individual y solidario para cubrir contingencias extraordinarias (por ej. muerte o incapacidad), fue transformado a otro en que predomina el denominado "de beneficio", por el que se establece un haber previsional que incluye un "beneficio solidario" como mínimo garantizado a solventarse con lo ingresado un nuevo fondo –también creado- distinto del individual y del solidario existente, al que se destina el 50% del valor del aporte obligatorio cuyo monto también fija, como así también que sucesivamente sean modificados de manera anual por asamblea.

Luego, la afectación del derecho al patrimonio y al acceso a la seguridad social está representado por el aumento del aporte y la modificación de la proporción de lo que se destina a la cuenta individual por apartamiento del sistema regulado por el legislador, y que se patentiza en un efecto que también aquel había advertido en el debate, que es la cuestión que se deriva para el futuro por aplicación del régimen de reciprocidad con otra caja, oportunidad en que el afiliado sólo podrá trasladar aquello que figura en su cuenta individual.

Que la conclusión a la que arribo, y sobre cuya argumentación desarrollaré a continuación, surge de las propias explicaciones dadas en las asambleas de delegados y afiliados que, a pesar de su extensión entendí necesario transcribir y resaltar, tanto como relevante cotejarlo con lo analizado y debatido por el legislador del año 1997, en que se exhibieron las dudas que generaban el sistema previsional adoptado, el que por la naturaleza de su origen, la ley, sólo a través de esta forma de creación normativa puede

ser modificado con los alcances pretendidos, e impropio hacerlo a través de una asamblea del órgano delegado.

1.- Que como se anticipara los actores han acreditado que mediante la resolución que viene cuestionada, la demandada aprobó un aumento del valor nominal del aporte mensual y que a la vez reduce la parte de aquel que se destina a las cuentas de capitalización individual de cada uno de aquellos, que es fijada en el 65% por el art. 51 de la Ley 2223, y que tomando el ejemplo de la categoría inicial "hasta 32 años" que antes aportabas en total $573, de los que $372,45 (65%) se debían destinar a la cuenta particular, conforme la nueva asignación esto último pasa a ser de $287 sobre un total obligatorio de $1.039 para la categoría A, representando el 27,2%, o el 21,24% siguiendo el total fijado para la categoría B de $1351.

En definitiva, el nuevo sistema importa que elevado a más del 90% el total del aporte mensual, esa proporción no sólo deja de reflejarse en el monto que se aplica a cada cuenta individual, sino que, por el contrario, además la reducen.

Ello a pesar de que se trata de un sistema que, como bien describieron los legisladores y la propia accionada, con amplio desarrollo de su contador actuario, es de carácter mixto, donde un sesenta y cinco por ciento va a una capitalización individual y un treinta y cinco por ciento es un aporte solidario para destinar a jubilaciones por invalidez, por muerte y otras contingencias, que permite concluir -como se anticipara- que se sustenta fundamentalmente en la administración de las cuentas individuales de cada afiliado, con capitalización de la renta que se genera en la proporción de lo que aporta cada uno, y de la cuenta colectiva para afrontar las circunstancias extraordinarias.

Y esto tiene su correlato, o confirmación lógica, en la previsión del art. 75 de la ley, donde se regula la forma en cómo se determinarán las prestaciones ordinarias que prevé la ley, y en su inc. c) respecto a la incorporación de "Otros beneficios", que son las "otras contingencias" a las que se alude en el debate legislativo, donde se exige:

-resolución de la Asamblea de Afiliados,

-estudio económico actuarial pertinente sobre la base de condiciones de equilibrio individual y colectivo,

-no se hagan cargo a las cuentas de capitalización individual ni a los resultados de las inversiones contrapartidas de aquellas.

Más lo esencial para estos supuestos, es que el legislador prohibió que se reconozcan "haberes de cuantía mínima o fija, independientemente del saldo de la cuenta de capitalización individual".

Lo expresado hasta aquí, resulta definitorio para el destino del recurso y los argumentos de la demandada, porque se tratan de preceptos claros y llanos, a los que las autoridades y afiliados de la Caja –que he resaltado en las sucesivas intervenciones realizadas en las asambleas- se han sometido invariablemente desde su creación, y que impiden otorgarle otra interpretación que aquella estipulada en el art. 51 de la ley 2223 transcripto por la que del total de lo aportado mensualmente, el 65% se destina a la cuenta individual; y será en el proceso de administración y gestión de tal valor en que se prevé obtener una renta, lo que definirá el beneficio ordinario de ese afiliado en su etapa pasiva, e incluso de tener que acceder a cualquier otro régimen por reciprocidad.

La C.S.J.N. ha sostenido invariablemente que: "La organización social, política y económica de la República reposa en la ley y la función judicial debe cumplirse con sujeción a las normas que constituyen la estructura de las instituciones, en los términos de la propia competencia, constitucional y legal"; "Las razones extralegales genéricas no autorizan a prescindir del ordenamiento legal de la materia sometida a la decisión de los jueces ya que el servicio de la justicia debe cumplirse por medio del derecho vigente"; "....Las razones teleológicas o las atinentes a la singularidad del caso, no autorizan a decidirlo prescindiendo del derecho que lo rige y su pertinente aplicación por los jueces." (conf. Fallos: 234:82; 256:474; 185:248; 249:428; entre otros). (C.S. marzo 10-965 - LL 119-861) y "Que la ingente tarea que en la elaboración del derecho incumbe a los magistrados judiciales no llega hasta el extremo de consentirles el poder de prescindir de los dispuesto expresamente por las leyes respecto de los casos sometidos a su decisión, así sea con fundamento en la posible injusticia o desacierto de la solución a alcanzar mediante la aplicación de las normas jurídicas vigentes". (Fallos: 234:82 y 310; 241:121; 249:425, entre otros).

Que como se desarrollará en el punto siguiente, la ley no previó la posibilidad de que el mismo ente que administra los fondos pueda modificar el porcentaje estipulado en su art. 51, porque eso hubiera exigido una norma expresa, y semejante atribución no se puede "inferir" de aquella que se vincula a la "Tabla de aportes" del inc. d) del art. 40, que indudablemente se refiere a valores nominales.

Puede considerarse extenso la transcripción del debate parlamentario de la Ley 2223, donde se informan las consultas profesionales previas, en las que el actuario de la Caja Previsional informa haber intervenido en su génesis, y allí ya se advertía sobre las consecuencias que generaría el sistema creado, por no ser el de reparto, con bajos aportes y bajas jubilaciones, los límites de la proporción que se destina a la cuenta solidaria, el tipo de beneficios que contempla, y como se explicó, lo esencial, que bajo este régimen no se pueden garantizar mínimos o suma fijas que no sigan o tengan como referencia la cuenta individual, porque lo prohíbe la ley, y de ello porque con motivo de la reciprocidad entre las cajas, el proyecto receptó la compatibilidad de los beneficios que otorgue a los afiliados con los que eventualmente le correspondan por otros sistemas previsionales.

Así, resulta incuestionable que el pronunciamiento requerido al Tribunal no es meramente teórico, inútil e inoficioso, ni como también invoca la accionada, que su proceder carece de consecuencias patrimoniales gravosa para los demandantes, o que ello sea consecuencia de cumplir deberes que imponen elevar el haber jubilatorio adicionando un nuevo beneficio del que aquellos también gozarán ("Beneficio Solidario de Jubilación"), y que con ello concreta el mandato legal que titulariza en materia de la seguridad social para los profesionales de la provincia, al amparo de los principios de progresividad de los derechos y solidaridad.

En contrario, de ninguno de los elementos aportados a la causa surge que lo resuelto por la accionada sea neutral o carezca de efectos patrimoniales y en el futuro acceso a la seguridad social, para los afiliados activos, ni que el mecanismo concrete una finalidad que le viene impuesta por la ley a la entidad que administra los aportes, por las normas constitucionales, convencionales y legales citadas, que indudablemente optó por la proporcionalidad entre aportes y beneficios, que incluso debía ser respetado para el supuesto de que se asignaran otros excepcionales (art. 75 inc. c).

Como expresara, para verificar la situación antecedente no se requiere más que observar la tabla y el detalle que obran en la valuación actuarial base de la Resolución N° 563/2016, donde se citan el aporte total que realizaban a esa época los afiliados activos por $573, $693, $808, $917, $1030 y $1155 según la edad (fs. 21), en el que los profesionales contratados por la accionada señalan la posibilidad de hacer "una reducción de la tabla de aportes actual del 50%" (fs. 21), mientras que en la tabla siguiente, respecto a la forma de financiar el nuevo beneficio solidario, es donde se transparenta aquella "Afectación del 50% del aporte de capitalización actual", e incluso se establece un "Nuevo aporte adicional" también con destino al mismo "sistema solidario" (fs. 21vta).

Que para la cabal comprensión de la infracción legal incurrida basta con atender las explicaciones dadas por el Actuario en sus sucesivas intervenciones en la asamblea, donde inicialmente admite que fue contratado por la Caja para determinar la aportación necesaria para poder otorgar un beneficio jubilatorio similar a los mínimos que otorga el sistema nacional, de tal forma de "Mantener el sistema de previsión social de capitalización en cuentas individuales y reforzarlos solidariamente con la creación de beneficios iguales para todos los afiliados", que para eso a "la tabla de aportes … se la modifica a la mitad", que "la otra mitad que se está aportando a este sistema reformara el aporte al nuevo beneficio" (fs. 32), "El aporte total que estaba haciendo hoy, el que hemos disminuido a la mitad" (fs.34/35), y finalmente, que "Hay un incremento en los aportes de un 81% en la categoría A, que es lo que habría que aumentar normalmente si no se aprueba este sistema, el sistema de capitalización que hace dos años que no se actualiza, 35 y 30 le va a dar el 81% que hay que ajustar. Si no, aportan un 136% en categoría B para obtener un beneficio de 6946…" (fs. 033).

En definitiva, y en primer lugar, si se decide aumentar el monto del aporte mensual para destinar todo ese incremento a un fondo de carácter solidario, y se conservan los mismos valores nominales para las cuentas de capitalización individual y colectiva, es imposible eludir la conclusión de que la proporción que la ley impone ha sido vulnerada.

Sorprende entonces que la demandada haya indicado que la norma impugnada no altera las proporciones legales, máxime si llega incólume aquel informe que registra la "Nueva tabla de capitalización", donde –tal como ya se anticipara- si bien se representa el 65%, sólo se calcula sobre el 50% del total del aporte mensual antes duplicado, y elocuente que a partir del "Ap. Actual" de $573 –tomando sólo como ejemplo la categoría del afiliado más joven- dispone que se destine a la cuenta individual $186,23 (fs. 21), mientras que de un simple cálculo matemático, si se aplica el porcentual del art. 51 de la Ley 2223, ello asciende a $372,45.

Siguiendo con el mismo ejemplo etario –hasta 32 años- resulta palmaria la afectación denunciada porque mientras en el supuesto regulado para la Categoría A, del aporte total de $1039, se deriva a la cuenta individual sólo $287,00 cuando según la ley debe ser de $675,35 (65% de $1.039), con lo que se reduce notablemente su expectativa de capitalización individual; comprobándose el mismo resultando en el detalle de la otra categoría B, y para las diferentes edades.

A lo largo de la reseña antecedente realizada, el legislador y los representantes de la demandada señalan que en un sistema como el adoptado por la Ley 2223, que sólo importan cálculos "financieros"; más aún, de estarse el actuario que informa el proyecto, sobre el mecanismo de la capitalización individual, afirma que no hay "magia" y que se trata de cuentas "equilibradas", con lo que la única explicación plausible es que para integrar un fondo como el que prevé el art. 2 de la Resolución 563/16 y el art. 6° de su reglamentación, y garantizar un beneficio fijo mínimo de $6.900, que representa más del doble de los haberes jubilatorios ordinarios actuales de aproximadamente $3.200, la única vía que lo factibiliza es modificar la proporción del aporte mensual, obviamente, en detrimento de lo que deben destinarse a la cuenta individual.

En segundo lugar, no se han aportado a la causa los cálculos actuariales, a pesar de que son exigidos por el art. 75 de la Ley 2223 para el otorgamiento de nuevos beneficios, ni incluida en la resolución impugnada la afectación de otros recursos de la Caja al fondo solidario, sin que pueda pasar desapercibido a la observación que la ejecución de aquella en las planillas del "Reporte detallado de haberes pagados …" ha importado la reducción al 50% del haber jubilatorio ordinario de los pasivos.

Y a tenor de ello, siguiendo a la tabla de fs. 21 que contiene la "Valuación Actuarial" que anticipa el supuesto de "una reducción de la tabla de aportes actual del 50%", cabe ensayar como explicación plausible que se haya limitado la expectativa de financiamiento de la caja de 100 a 50 años, tal como lo describe el actuario en la Asamblea de delegados del año 2015 al referirse al sistema aprobado por la Ley 2223 y el denominado "de beneficios":

"… el sistema que está aprobado por Ley, es donde se dividen los beneficios por capitalización individual, entonces no le queda otro recurso que ese. Ahora si usted cambia el sistema y pone un sistema de beneficios, digamos establecemos un beneficio para todos los profesionales y se hace una aportación en función a edades que también puede ser tranquilamente, se va a esgrimir que el beneficio va a ser por cantidad de pesos y usted no va a poder aumentar si su horizonte de financiación en vez de cien lo pone en cincuenta y ahí le va dar un poquito más alta". (fs. 166).

En conclusión, con lo hasta aquí expuesto no queda más que concluir que la respuesta al primer interrogante es la de haberse acreditado la modificación del destino de los aportes que denuncian los actores en cuanto a la proporción legal que va a las cuentas individuales de capitalización.

Infracción legal que está en directa relación con otra de mayor entidad, porque será a través de una decisión asamblearia que pretende alterar un sistema previsional fijado por ley de tipo mixto, a otro que se conoce como "de beneficio", el que a tenor de su incidencia como mínimo garantizado en los haberes pasivos se impone en relación al generado a partir de las cuentas individuales, alterando la exigencia sobre la proporcionalidad que debe guardar con cualquier beneficio solidario respecto a las últimas.

B.- Que para dar a entender a las restantes preguntas, sea si la Caja Previsional cuenta con atribuciones o se excedió cuando modifica la proporción que se destina a los aportes mensuales de los afiliados activos, al elevar el monto nominal mensual a ingresar a un nuevo fondo o cuenta previsional, llamado "solidario", y si en tal actividad pudo alterarse el ordenamiento jurídico vigente, debe atenderse a que en materia de seguridad social, la Corte Nacional ha señalado que es de incumbencia del legislador reglamentar el art. 14 bis de la Constitución Nacional y establecer el modo de hacer efectivo ese derecho a partir de la vigencia de la normativa que sancione, teniendo en cuenta la protección especial que ha otorgado la ley fundamental al conjunto de los derechos sociales (conf. causa S. 2758.XXXVIII, "Sánchez", C.S.J.N., 17-V-2005 -voto de la mayoría- cons. 4º).

Mientras aquella norma de la Carta Magna Nacional declara que "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable... jubilaciones y pensiones móviles", en el inc. 19) de su art. 75 se establece un mandato imperativo al legislador por el que debe "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social..." y en el inc. 23) respecto a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los ancianos.

Ya respecto a la organización del Estado y la distribución de atribuciones para que cada departamento concrete los derechos antes citados, el art. 99 limita la atribución presidencial de que al expedir instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, debe cuidar "de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

El "Derecho a la Seguridad Social" también fue contemplado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del año 1948, cuyo Art. 16 prevé que "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia", mientras que el Art. 28 "Alcance de los derechos del hombre" dispone que "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático".

En aproximación de lo que es materia de los presentes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Resolución 217, del 10.12.1948), en su Art. 22 agrega que su satisfacción deriva del "esfuerzo nacional y la cooperación internacional", y atenderse a "la organización y los recursos de cada Estado".

Que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Resolución 2200 A (XXI) ONU del 16.12.1966), por el que los Estados declaran reconocer tal derecho en su art. 9°, se integra con el Art. 2 donde se dispone que "...Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos", y el Art. 4 donde que establece que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en San José de Costa Rica el 22.11.1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 23.054, en el Cap. 3 “Derechos económicos, sociales y culturales”, Art. 26 “Desarrollo progresivo” dispone que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados americanos, reformada por el Protocolo de buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”; mientras el Art. 30 sobre el “Alcance de las restricciones” dispone que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidos”; y el Art. 32.2. “Correlación entre deberes y derechos” declara que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común”.

Que el Art. 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, expresa: “(1) Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus descendientes.”.

Que en el ámbito provincial, la Constitución declara inviolable el derecho de propiedad, por el que ”Ninguna persona puede ser privada ni desposeída de ella, ni limitada en su uso, sino por sentencia firme fundada en ley” (art. 24); que el trabajo es un deber social y un derecho reconocido a todos los habitantes (art. 37); que el Estado mediante la sanción de leyes especiales, asegurará a todo trabajador en forma permanente y definitiva “Jubilaciones y pensiones móviles” (art. 38 inc. c), mientras que “La legislación social garantizará un nivel decoroso de vida para el trabajador y su familia” (art. 41).

También garantiza la libertad de asociación para fines lícitos, en su art. 31, previendo que “Ninguna asociación podrá ser compulsivamente disuelta o impedida sino en virtud de sentencia judicial”.

Acerca de la jerarquía normativa, y atribuciones de los departamentos en que se divide el Estado, regula en el inc. 19 del Art. 101, que corresponde al Poder Legislativo dictar leyes generales de jubilaciones, pensiones y subsidios, y en el art. 214 como mandato al Gobernador, jefe de la administración de la Provincia, el de “Expedir las instrucciones, decretos y reglamentos necesarios para poner en ejercicio las leyes de la Provincia, no pudiendo alterar su espíritu por medio de excepciones reglamentarias; (inc. 3°), mientras que en su art. 18 sienta el principio de inalterabilidad, por el que “Los derechos y garantías consagrados por esta Constitución y por la Constitución Nacional, no podrán ser alterados, restringidos ni limitados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Finalmente, en su art. 21, reconoce como Derechos enumerados que todos “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 reglamenten 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”.

1.- Analizando los antecedentes fácticos y jurídicos respecto al segundo de los interrogantes, cabe reflexionar que la decisión de pasar a un sistema mixto a otro que se conoce bajo la denominación “de beneficio”, donde se garantiza un mínimo a todos los afiliados sin considerar su aporte a la cuenta particular, quedó demostrado a partir de lo informado por los propios órganos de la Caja y las personas contratadas a tal fin cuando explican que el objetivo fue definir primero cuál sería un haber previsional razonable, resultando la elección del mínimo que se paga a nivel nacional, y después buscar la forma de financiarlo.

Este es el mecanismo que se consagra a través de la reglamentación de la Resolución 563/16, concretamente su art. 6°: “La Asamblea de Afiliados determinará anualmente la adecuación de los valores de las presentes escalas” en directa relación al monto de ese beneficio y la forma de financiarse.

Eso implica alejarse de la proporcionalidad entre aportes y el monto a percibir en la pasividad, pasándose a un régimen que traslada a una circunstancial mayoría de afiliados la definición del monto del beneficio solidario que estime conveniente, y a continuación imponer aumentos de los aportes para financiarlo, sistema muy alejado de aquel en el que el ahorro individual constituye la pauta adoptada por la Ley 2223 como eje central para delimitar cualquier beneficio, sea el ordinario como los extraordinarios que pudieran crearse.

Asimismo, luego de ser invocado como antecedente de la resolución impugnada, tampoco se acredita la existencia de reclamos por haberes previsional exiguos por parte de afiliados pasivos; y por el contrario, en las asambleas se explica con meridiana claridad que tratándose de profesionales que habían ingresado a la Caja desde su creación (1996/1997), el resto de la jubilación lo

debían ir a buscar a los sistemas a los que habían aportado hasta esa fecha.

Tampoco se evidenció que las asociaciones que incluyen a los profesionales que se integran obligatoriamente a la caja, estuvieran realizando gestiones para obtener en tales entidades beneficios equivalentes; la que por otra parte constituye una decisión cuanto menos legítima conforme el régimen de mutualidad vigente.

Menos sobre la existencia de trámites judiciales pretendiendo un haber mayor, ni dictámenes que avalen la posibilidad de que pudieran prosperar.

A su vez, y como anticipara, sin apoyo expreso en la norma cuestionada, se observó que a los actuales pasivos se les redujo a la mitad el beneficio ordinario derivado de su aporte individual, cuando en la asamblea se manifestó reiteradamente que las cuentas individuales no serian alteradas por aquella, y de igual forma, que en la posibilidad elevar el monto de los beneficios incide el horizonte de financiamiento de la caja, como lo previó el legislador y avalado todos estos años, en el caso es de 100 años y podría pasar a 50, existiendo otras que es de 20 y 30 años.

Que más allá del optimismo sucesivamente informado en las asambleas que se citan respecto del horizonte de financiamiento de la Caja (100 años) sea respecto de la administración de las cuentas particulares como el superávit generado por la cuenta colectiva, no se exhibe prueba actuarial que avale una definición en tal sentido, incluso respecto a la situación que conservaría la anterior cuenta colectiva –máxime considerando que se dejaban sin efecto otros beneficios- y el del nuevo “fondo solidario” creado.

-Retomando acerca de las atribuciones del Estado en la materia, como obligado a garantizar los beneficios de la seguridad social, lícito es concluir que ninguna de las previsiones constitucionales y convencionales antes reseñadas exigen que lo deba efectivizar por sí, ni prescriben que se concrete bajo un sistema determinado.

Que como ocurre en el presente caso para los profesionales de esta provincia, a instancia de las mismas asociaciones que aportan sus afiliados al sistema, el legislador optó por delegar tal actividad y constituir una persona jurídica de derecho público, no estatal, con autonomía institucional, autarquía financiera y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 3°) con la particularidad de que en su gobierno tuvieran intervención los distintos colegios y asociaciones que los nuclean por especialidad, tal la existencia de la Asamblea de Delegados en que existe una representación igualitaria de aquellas organizaciones (art. 31 ).-

Ahora bien, el núcleo duro del sistema mixto adoptado, según las propias palabras del legislador, lo constituye en el caso la previsión de tratarse de un sistema obligatorio de jubilaciones, pensiones y retiros, basado en la solidaridad y con capitalización individual (art. 2), más –como ya se citó- la norma que articula la centralidad es precisamente el art. 51 que contiene la prescripción por la que a la “cuenta individual” y para su “capitalización”, se debe destinar el 65% del aporte mensual mínimo que fije la Asamblea de Afiliados, mientras que el aspecto solidario es cubierto con el restante 35% que se ingresa a una “cuenta colectiva”, dirigido a atender la invalidez y muerte del afiliado y las otras “prestaciones solidarias”; y es muy precisa a qué beneficios se refiere, por ser extraordinarios, por anticiparse a aquello esperado.

Que tales reglas constituyen el núcleo duro del sistema y no puede llegarse a otra interpretación por la que, mediante el ingreso de los montos que en su mayor parte deben dirigirse a la cuenta individual de capitalización –y se confirma con la posibilidad de que cada afiliado activo lo haga por encima del mínimo (art. 52°)- sentando los pilares de un régimen fundado en la proporcionalidad, de tal forma que el haber futuro está determinado por la entidad del aporte o ahorro individual que durante la etapa activa se concreta.

A su vez que, para cubrir las contingencias por las que se anticipa la pasividad para afiliados y causahabientes –incapacidad o muerte-, se prevé una cuenta colectiva a la que se destina el otro porcentaje, habilitando incluso que pueda ser destinado a mejorar el haber jubilatorio, más siempre respetando la relación de lo generado o aportado por cada activo.

Tales reglas son irreductibles, y las normas que autorizan la administración y la autarquía financiera de la Caja relacionadas con su patrimonio, lo son en relación a aquellos aportes que recauda según una modalidad y un sistema; por lo que no pueden ser entendidas en el sentido de que a través de ellas se pueda alterar la “sustancia” del derecho subjetivo que se generó y fue reconocido a cada afiliado, constituyendo un límite infranqueable a las facultades de la entidad delegada.

Que de allí que previsiones que se dirigen a atender determinadas contingencias o la excepcionalidad, como la contenida en el inc. c) del art. 75, no pueden ser interpretadas de tal forma de habilitar constituir un régimen paralelo de beneficios a partir de la evaluación que un grupo de afiliados tenga respecto a la insuficiencia del haber, cuando en definitiva es el derivado de la previsión o ahorro de cada uno de ellos.

Tampoco, a tenor de las normas constitucionales transcriptas, se puede inferir que en el contexto de poderes delegados por la Legislatura o de la interpretación de los principios jurídicos de solidaridad y progresividad, se puedan derivar facultades normativas para la Caja, máxime si implican modificar el sistema previsional regulado.

Y en su caso, si lo que se pretende es reducir la incidencia del ahorro individual, acentuando las modalidades adoptadas en los

sistemas públicos de reparto o en donde cuente con mayor incidencia el interés colectivo, como bien también cita la juez de grado, inexorablemente se requiere una reforma legislativa; y el miembro informante fue claro al respecto:

"Si bien el tiempo de debate del presente proyecto fue prolongada y por momentos álgido, en el tema previsional la experiencia nos ha demostrado la necesidad del consenso de los sectores involucrados al igual que contar desde un inicio con los cálculos de factibilidad económico-financiera, así como también proyecciones demográficas orientadas a que el nuevo régimen previsional mantenga su eficiencia y perdurabilidad en los futuros treinta o cuarenta años, debiendo efectuarse periódicamente las evaluaciones del comportamiento del nuevo régimen y su correlación con los cálculos actuariales y en caso de existir desfasaje efectuar las correcciones de cálculos o legislativas necesarias...".

Que es incuestionable la acreditación de que la Caja recurrió a la excepcionalidad para reducir la brecha de aquellos que no habían ni tendrán tiempo de aportar a su cuenta individual antes de acceder a la jubilación ordinaria, que no queda reducido a los actuales pasivos admitidos (300), sino indudablemente a muchos más, actuales activos, que por la fecha en que ingresaron como aportantes nunca podrían acceder a obtener un beneficio ordinario de la entidad del actual mínimo garantizado.

Ahora bien, pretender cubrir lo que circunstancialmente ha advertido como un desfasaje en los beneficios, y garantizar uno que implica triplicar el monto que legítimamente le hubiera correspondido al afiliado pasivo actual, y cuyo horizonte se trasladará a aquellos que nunca podrían alcanzar la condición de aportantes plenos- no se puede descartar que en virtud de la autonomía que aquí pretende ejercer el órgano delegado e incluida en la cláusula 6°, en el próximo período, instado por una mayoría circunstancial de afiliados –tal vez aquellos próximos a llegar a la edad jubilatoria- se reedite este procedimiento, y así en lo sucesivo, donde los que siempre habrán de cargar con sus consecuencias son los afiliados activos.

Que esta modalidad, tanto como el interminable conflicto de intereses que se podría suscitar, dista de lo buscado por el legislador, que expresamente previó un sistema mixto con base en la capitalización individual con una proporción fija y otra con fines solidarios, prohibiendo el otorgamiento de beneficios extraordinarios basados en la solidaridad que no respondan al ahorro de cada uno de los afiliados.

Que en este sentido, y a pesar de lo extenso de la transcripción realizada de las dos últimas asambleas ordinarias cuyos contenidos son relevantes porque surgen del actuario que lo informa, acerca de la situación de la Caja anterior a la Resolución 563/16, cuando refiere que el creado por Ley 2223 es "sistema de financiamiento" de beneficios "suficiente por cien años", "es eterno", que "hay Cajas que tiene 50 años de horizonte de recurso, hay Cajas que tiene 30 años, otras tiene 10 años están muy mal y esta Caja tiene 100 años y es la proyección que hacemos y equilibrada, uno recibe lo que juntó.

Lógicamente que el nivel de beneficios no es sustancialmente más alto, para mejorarlo hay que aporta más. O cambiar, buscar la forma en el horizonte … y "no hay milagros en los beneficios, los que están en el medio tienen que sacar el beneficio de la Caja más el que le corresponde percibir de donde aportó anteriormente eso es así y no hay solución", que con la Resolución N° 563/16 "lo que está haciendo es dar un poco de consistencia equitativa al sacrificio que se está haciendo en esta Caja"; que al responder sobre la longevidad de la caja señaló que "es el sistema que está aprobado por Ley, es donde se dividen los beneficios por capitalización individual, entonces no le queda otro recurso que ese. Ahora si usted cambia el sistema y pone un sistema de beneficios, digamos establecemos un beneficio para todos los profesionales y se hace una aportación en función a edades que también puede ser tranquilamente, se va a esgrimir que el beneficio va a ser por cantidad de pesos y usted lo va a poder aumentar si su horizonte de financiación en vez de cien lo pone en cincuenta y ahí le va a dar un poquito más alta"; y para culminar "Hay muchas Cajas en el país que han hecho esto. Tenían un sistema de capitalización, y crearon sistemas solidarios para mejorarlos".

Que lejos de no haberse acreditado cómo fue la modalidad que habrían adoptado otras cajas que se citan, lo que resulta incuestionable es que a tenor de los arts. 51 y 75 de la Ley 2223, la Caja carece de atribuciones para habilitar un régimen como el que pretende imponer, y que tendrá consecuencias futuras, porque en definitiva, también incidirá en el eventual monto que quede involucrado en cualquier régimen de reciprocidad al que acceda el afiliado en el futuro.

Que induce a la confusión la postura de la demandada, pretendiendo que la atribución de modificar la tabla de aportes habilita a distribuir el aporte sin respetar el porcentaje legal, como no haber sido más categórica en la información a los afiliados acerca del real alcance de la resolución aprobada, a pesar de que ya en la asamblea del año anterior se había explicado como una de las posibilidades, de tal forma de evitar tener que "nadar en aguas superficiales" –como le critica a la sentenciante de grado- y que importaría consentir un método por el que año a año, ante el exiguo monto que pueda representar el aporte individual y la frustración de que la rentabilidad de la Caja no cubra el desfasaje de los haberes ordinarios en relación a lo que en ese momento se estime adecuado a la realidad, para luego fijar un mínimo garantizado con carga a los afiliados activos.

Lo acontecido, insisto, es que puesto el objetivo en un mínimo a garantizar de $6900, frente a jubilados cuyo aporte individual en el mejor de los casos no los habilitaba a cobrar más de $3.200, se elaboró un programa que lo permitiera conseguir mediante el

aporte de los afiliados activos, y tuvo como resultado imponer un aumentar el 100% del aporte, para destinarlo a un fondo especial autónomo en detrimento de las cuentas individuales y la colectiva que prevé la ley.

Y esto, como se señala, va más allá de aquello vinculado a la proporción del aporte, porque implica modificar el actual régimen establecido por la ley, y muy alejado de las atribuciones que pudieran habérsele asignado a la entidad que lo administra y gestiona; que en su caso, y no hay dudas, tampoco fue objeto de debate en la Asamblea.

También se argumenta acerca de que "Hay muchas Cajas en el país que han hecho esto. Tenían un sistema de capitalización y crearon sistemas solidarios para mejorarlos", más no se ilustra acerca de cuáles fueron las soluciones implementadas y sus consecuencias, y de no menor importancia, el procedimiento legal seguido.

Indudablemente en lo que respecta a la aplicación en el contexto de la vigencia de la Ley 2223, un mecanismo como el aprobado por la asamblea requiere de una modificación legislativa, con lo que el exceso reglamentario en que incurre la demandada resulta más que palmario.

Por ello, aún relativizado por la recurrente, el análisis de los presentes va más allá del resultado que pueda surgir del cotejo de la jerarquía normativa, porque la necesaria adecuación al principio de legalidad impregna a todo el sistema republicano, y se dirige a evitar las distorsiones derivadas de su reglamentación o ejecución, máxime en el caso que se trata de una ley, emanada de los representantes del Pueblo siguiendo el procedimiento constitucional, cuyos alcances y limitaciones fueron suficientemente definidos en el debate parlamentario transcripto que no dejan dudas sobre su finalidad, los medios para concretarla, tanto como la expresa prohibición a apartarse de la proporcionalidad.

Y en punto a ello, no se explica el planteo de la recurrente, respecto a que constituiría una "falacia pretender evaluar la normativa aprobada como una mera reglamentación administrativa de una disposición legal determinada", o cuando afirma que el juez de grado no "realiza un correcto encuadramiento de la normativa discutida, en concreto, que haya sido tratada como mera reglamentación administrativa", máxime cuando omite precisar a qué rango se equipara la resolución a los fines del control de legalidad propuesto por los actores a la que cualquier disposición queda sometida en un sistema republicano de gobierno; y lo que en definitiva termina postulando es asignarle el que detenta la propia Ley 2223, consideración muy alejada de cualquier interpretación o análisis constitucional que se intente.

Luego, aún cuando a tenor de los argumentos esgrimidos por la demandada –bajos haberes previsionales- se hubiera concretado el panorama que habían advertido aquellos que justificaron su oposición al sistema e ilustra la intervención transcripta del Dip. Sanchez, es indudable que de considerarse necesario su saneamiento, y en tanto ello puede importa afectar derechos ya adquiridos por los afiliados, requiere del mismo abordaje legislativo que le dio origen, como lo había postulado el diputado informante de la ley.

Que se comprueba en el caso el exceso reglamentario vedado por los citados arts. 99 inc. 2 de la Const. Nacional, 18, 21, 101, inc. 19, y 214 inc. 3 de la Const. Provincial, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del régimen previsional dispuesto por la Ley 2223 y particularmente que por él se crea un ente público no estatal que actúa por expresa delegación de la autoridad pública, sustituyéndolo en el marco de la previsión social, para cubrir riesgos clásicos, ámbito en que indiscutiblemente rige el principios de subsidiaridad en relación al Estado.

Así, sometida a reglas, que en el caso se trata de una ley de la legislatura local, indudablemente su actividad no puede traspasar lo que allí fue delimitado, concretamente en su art. 2°, donde se cita el verbo "administrar", en relación a un "sistema obligatorio de jubilaciones, pensiones y retiros basados en la solidaridad y con capitalización individual".

Que respecto a los aportes y el destino al que deben integrarse, constituyen el núcleo o esencia del sistema inderogable por vía reglamentaria, y que a tenor de los desarrollados hasta aquí, ha sido desconocido.

Por ello es que los alcances de aquella norma sobre las proporciones a que debe aplicarse el monto de aporte, lejos está de poder quedar subordinada a las atribuciones que tiene una Asamblea Anual Ordinaria respecto a las "tablas de aportes" que estipula el art. 40 en su inc. d), y particularmente si tal modificación, por el fondo al que se dirige, importa una alteración del sistema expresamente regulado en sus alcances.

En este sentido estamos frente a una norma que es de derecho público, que tiene por único objeto organizar, implementar y administrar un sistema previsional y de seguridad social, cuyos obligados y beneficiarios son los afiliados comprendidos en la ley y sus derechos habientes, siempre lo será en las condiciones que allí se establece y se delegan a la entidad intermedia para su administración, de tal forma de cumplir con aquellos fines públicos que originariamente corresponden al Estado.

Que en definitiva, no se comparte la interpretación de la ley que postula la demandada, en cuanto a que incluya previsiones que importen delegar al ente previsional, y en particular a la Asamblea de afiliados –como afirma el recurrente- el ejercicio de semejantes facultades como es el de alterar la proporcionalidad del destino de los aportes y del propio sistema regulado, porque lo

que ha querido el legislador es atribuirle determinados cometidos instrumentales, como medios que posibiliten el cumplimiento del objetivo en que se fundamentó su creación –organizar, implementar y administrar un sistema de previsión y seguridad social-, y que no incluye modificar el vínculo jurídico generado con cada uno de los afiliados que, en esencia, tiene su sustento basilar en el aporte a cada cuenta individual, ni tampoco desatenderse que a su vez determinante o dirimente para otorgar otros beneficios, y que la ley prohíbe garantizar beneficios mínimos que no atiendan a tal aporte.

Y si bien ese sujeto es un ente privado, "sin embargo, no se identifican con el común de las asociaciones o sociedades regidas únicamente por el derecho privado, ya que deben su existencia y posibilidades de actuación a la ley que las instituye sobre la base del principio de solidaridad profesional, o sea que su origen deriva de un acto de poder público; conforman una categoría intermedia de asociaciones que, por una parte, se encuentran regidas por normas del Derecho Administrativo y, por otra, actúan con la capacidad de personas jurídicas de derecho privado" (conf. C.S.J.N., Fallos: 229:304; 272:299; 273:63).

Que si se admitiesen mecanismos dentro de la misma entidad por los que se pueden modificar los porcentajes de los aportes, o crear y luego derogar beneficios en decisiones asamblearias, como surge de la norma impugnada, lo que se estaría consagrando es una práctica que acarrearía anualmente un grave conflicto de intereses entre activos y pasivos actuales o próximos a serlo, ante un eventual cambio en el futuro de la integración o mayoría en los órganos de gobierno que estime necesario introducir cambios.

Que una interpretación de la Ley 2223 como la que postula y reglamentó la Caja Previsional, en tanto potencialmente generadora de controversias como la aquí acreditada, por la misma razón de ser que tiene toda entidad asociativa, nunca pudo estar en la mente del legislador del año 1997.

En este sentido, y finalmente, de las constancias de autos la demanda debe prosperar porque se ha demostrado que la Caja Previsional ha excedido las limitaciones legales vinculadas a su desenvolvimiento y atribuciones, y en lo esencial, respecto del marco legal que regula el vínculo jurídico generado con los actores, máxime tratándose de una afiliación obligatoria, que no es susceptible de modificarse sin afectar aquellos derechos adquiridos.

3.- Que lo último reseñado trae la respuesta al último interrogante, luego de haberse demostrado en el caso la alteración del porcentaje que se destina a la cuenta individual del total mensual, con modificación de la incidencia que aquella tendrá en el futuro haber pasivo, al incluirse una proporción del aporte en el proceso de capitalización previsto por la ley, y particularmente luego del sustancial aumento del total mensual que también se aprobó, por la mayor incidencia proporcional que se dirige a la cuenta colectiva (50%).

Y con ello, que tales importes no vayan a ser considerados en una futura compensación entre cajas previsionales a la que pueda acceder el afiliado por el régimen de reciprocidad también garantizado a tenor de la regulación nacional vigente, tal como lo explicara el miembro informante del proyecto en este punto, tanto como por el asesor en las asambleas, por la necesaria adecuación de los aportes para poder integrarse a otros regímenes por la reciprocidad.

La conclusión ineludible es que se afecta el derecho a la seguridad social y el patrimonio de los actores, garantizado por los arts. 14 bis de la Const. Nacional, y los Pactos Internacionales citados, y en particular, el arts. 2 de la Ley 2045 y art. 2, 51 y 75 de la Ley 2223, y que como derecho subjetivo titularizan luego de haber accedido a la calidad de afiliados y realizado aportes, que por otra parte resulta de ineludible cumplimiento conforme la misma ley.

Y lo que la accionada no demostró es que alterando el sistema de la proporcionalidad de los aportes que eleva la incidencia del fondo colectivo o solidario, ello representará una mejora aún mayor que si los aportantes activos lo destinaran a su cuenta individual.

Agrego acerca de lo último, que la reducción de la proporción se emparenta con la necesidad de integrar la cuenta solidaria de la que provendrán los fondos para permitir duplicar y triplicar en algunos casos lo que perciben todos los afiliados pasivos actuales, atento a que, según el nuevo reglamento se acceden en forma inmediata a un haber jubilatorio mínimo garantizado de la Categoría B (art. 6° del Anexo) cuando la propia demandada admite que mientras la mejor retribución actual para un pasivo que se había afiliado al tiempo de su creación es de $3.200, pasa a percibir $6.946,00.

Que la ilegalidad no sólo puede ser vista desde el apartamiento a la delegación legal, o la alteración sustancial de derechos patrimoniales y de la seguridad social que importa para los actuales aportantes, sino un severo detrimento a la igualdad entre los afiliados en tanto algunos financiarán a todos los actuales -300- y los futuros que en actividad no concretaron su proporción con la suficiencia para alcanzar un beneficio que ahora se les garantiza, que llega a representar hoy –en el mejor de los casos- el doble, o bien porque en su momento no les haya interesado incrementar su cuenta individual, teniendo el derecho de hacerlo conforme el art. 52 de la Ley 2223.

Por consiguiente, ante la severa afectación que representará para los afiliados al genérico cambio del destino de sus aportes a otros fines, tampoco se ha evidenciado en qué medida podría estar en juego el principio de solidaridad sucesivamente invocado,

que quedaría reducido a un mero enunciado teórico, o ciertamente limitado en su enfoque, y muy alejado del concepto que ha querido reconocer la misma ley 2223.

Luego, considero fundada la sentencia de grado dictada, fundamentalmente por cuanto claramente reconoce la configuración de la lesión de derechos fundamentales, como son el de igualdad, propiedad y a la previsión social, en forma actual, y los principios de legalidad y subsidiariedad, como derivación de una resolución administrativa de un ente público no estatal que alterado sustancialmente el sistema mixto de capitalización individual y solidario regido por la Ley 2223.

VIII.- Por las consideraciones expuestas, propiciaré al acuerdo la confirmación de la sentencia de grado en todas sus partes, con expresa imposición en costas a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 1981), regulando los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% a los letrados de la actora y en el 25% a los de la demandada, de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 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.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 485/493, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921).

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 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

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"S. C. A. S/ DIVORCIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 72560/2015) – Sentencia: 59/17 – Fecha: 25/04/2017

DERECHO DE FAMILIA: Divorcio.

ACCION DE DIVORICIO. FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE. PROYECTO DE VIDA EN COMUN. AUSENCIA DE VOLUNTAD DE LOS CONYUGES. VOCACION HEREDITARIA. CONYUGE DIVORCIADO. EXCLUSION DE LA HERENCIA.

1.- Si el fallecimiento de la parte que había promovido el divorcio, acaece el mismo día en que se dicta la sentencia que así lo declara, y la contraparte pretende que hasta el fallecimiento había conservado su condición de casada y que el matrimonio se extinguió por dicha causa, prevista en el inc. a) del art. 435, y no por el divorcio vincular decretado conforme los arts. 437 y 435 inc. c del CCyC), planteando la nulidad de la sentencia y/o la ineficacia de sus efectos; corresponde su rechazo, confirmando la pérdida de la vocación hereditaria, toda vez que su conducta antecedente y jurídicamente relevante exteriorizada en el proceso de homologación del convenio de alimentos y en los presentes en los que ha instado sucesivamente la intervención jurisdiccional para que se reconozcan sus derechos, reflejan que había cesado en la convivencia con el actor sin voluntad de unirse.

2.- En orden a la integración del acervo conyugal, atendiendo al carácter ganancial del único bien que ambas partes admiten en común, son los dos hijos los únicos que titularizan la calidad de herederos universales del actor en relación al 50% tanto como que la contraparte goza del derecho de habitación, al reconocer que se trata del lugar donde estaba asentado el hogar conyugal. Lo expuesto resulta suficiente para evidenciar que el divorcio por sí no genera daño alguno a la recurrente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "S. C. A. S/ DIVORCIO" (Expte. Nº 72560/2015) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO.2 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que a fs. 83/84 obra la expresión de agravios de la parte, fundando el recurso de apelación concedido contra la sentencia de divorcio de fecha 12 de noviembre de 2015; pide se decrete su nulidad de conformidad al art. 389 del CPCyC, teniendo como efecto la inexistencia, y subsidiariamente se declare su ineficacia.

Argumenta que la sentencia no es atacada por su contenido sino por haberse dictado bajo presupuestos inexistentes que invalidan el acto, conforme que al momento de su dictado el actor había fallecido, y que de haber tenido conocimiento de ello la juez de grado hubiera procedido conforme lo sugiere el Fiscal en su Dictamen de fs. 72, disponiendo la suspensión del proceso y el archivo de las actuaciones.

Y agrega que el hecho del fallecimiento del actor antes del dictado de la sentencia tuvo como consecuencia que la disolución del matrimonio operar conforme la causal prevista en el art. 435 inc. a) del CCyC y no por el divorcio; y que en el derecho argentino –especialmente en el sucesorio- para su parte no resulta igual ser considerada cónyuge supérstite que divorciada, y lo mismo respecto de esta condición civil ante organismos administrativos.

Plantea finalmente que su parte no consintió el acto que generó el dictado de la sentencia, y que tachó de nulo ofreciendo prueba a tal fin.

II.- Que vale anticipar la particularidad que presenta el caso en que el fallecimiento de la parte que había promovido el divorcio, acaece el mismo día en que se dicta la sentencia que así lo declara -12 de noviembre de 2015- decisión que se funda en la voluntad exteriorizada al promover la demanda en los términos del art. 437 del CCyC.

Mientras la contraparte recurrente pretende que hasta el fallecimiento había conservado su condición de casada y que el matrimonio se extinguió por dicha causa, prevista en el inc. a) del art. 435, y no por el divorcio vincular decretado conforme los arts. 437 y 435 inc. c del CCyC), planteando la nulidad de la sentencia y/o la ineficacia de sus efectos.

III.- Que a los fines del abordaje del agravio, estimo relevante reseñar aquellos antecedentes agregados e informados al proceso que no pueden ser desconocidos por las partes, conforme el principio de buena fe y lealtad procesal que genéricamente les impone los arts. 45 del CPCyC y 9 del CCyC y, particularmente, el de oficiosidad previsto en los arts. 706 y 709 para los procesos de familia que impone el último código:

1.- Con fecha 18 de septiembre de 2015 el actor demandó se decrete su divorcio luego de describir la existencia de circunstancia que tornaron imposible la vida en común, y fundada en su “voluntad unilateral” según “lo faculta el art. 437 del CCC, con los efectos de los artículos pertinentes de dicho cuerpo normativo” (fs. 3 / 4).

Asimismo formaliza como propuesta que: el único bien inmueble que integra la sociedad conyugal, en la proporción del 50% de carácter ganancial que le corresponde, se destine en partes iguales a favor de los dos hijos en común y el mismo bien, asiento del hogar conyugal, sea atribuido a la contraparte junto al hijo con quien lo ocupa.

2.- Notificada la contraparte aquí recurrente -el 22.10.2015- (fs. 11) se presenta el día 05 de noviembre de 2015 contestando el traslado conferido respecto de la propuesta reguladora que fuera efectuada por el actor y a formular una nueva consistente en que continúe manteniéndose su cobertura de salud y que se incremente en un 10% el porcentaje de la cuota alimentaria fijada a su favor para llegar al 15%, conforme lo acordado en la causa “S. Z. P. y otro s/ HOMOLOGACION DE CONVENIO” (Exte. 25626/2006) (fs. 13/14) en trámite ante el mismo juzgado.

3.- Que a fs. 16 obra una presentación del actor peticionando que, con preferente despacho, se dicte sentencia de divorcio tal

como se solicitó en el escrito de inicio, atento el delicado de salud en que se encontraba, denunciando tratamiento oncológico, que genera grave malestar en su cuerpo y su deseo es resolver en forma urgente lo relativo a esta causa.

4.- Que el día 12 de noviembre de 2015 se dicta la sentencia que decreta el divorcio, teniendo por cumplidos "los recaudos procesales que prescriben las citadas normas legales para este tipo de acción" con los alcances y en los términos de los arts. 437, 438, 480 y 2437 del Código Civil, y disuelta la sociedad conyugal con el alcance previsto en el art. 480 desde la fecha de la notificación de la demanda (26.10.2015) (fs. 17).

5.- Que el día 17.11.2015 la contraparte agrega el Acta de defunción de fecha 12 de noviembre de 2015 en el que se consigna el fallecimiento a la 0,30hs. para señalar que el matrimonio quedó disuelto de conformidad al inc. a) del art. 435 del CCyC, y que la sentencia no puede producir efecto alguno ni ser certificada (fs. 19/20).

6.- Que el día 20.11.2015 la contraparte solicita se decrete la nulidad de la sentencia dictada (fs. 21).

7.- Que el día 02.12.2015 se despacha el planteo por la vía del recurso de apelación que incluye el de nulidad (fs. 23).

8.- Que el día 16.12.2015 se presenta M. S. invocando la calidad de conviviente por más de 9 años con el actor, solicitando se le confiera participación como tercero, a cuyo fin acompaña información sumaria N° 1212/2015 producida ante el Juzgado de Paz N° 2 de Neuquén a cargo del Dr. Héctor C. Todero, conteniendo dos testimonios que declaran bajo juramento que el actor convivió con la compareciente desde el mes de junio del año 2006 hasta el momento de su deceso el 12 de noviembre de 2015 (fs. 30/31).

9.- Que la recurrente al solicitar que se excluya a la presentada como tercero en el proceso invoca que "resulta absurdo pretender derechos respecto de acreencias del Sr. S. cuando no existe vinculo alguno y el fallecido posee herederos, conforme surge de las actuaciones en trámite por ante el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 2 de esta ciudad, conforme Expte. 511083/15, caratulado "S. C. A. s/ Sucesión Ab Intestato" (fs. 37) agregando con posterioridad la negativa genérica de la documental por tratarse de copias y que "las supuestas constancias no resultan suficientes para la intervención requerida en un proceso personalísimo como es el trámite de divorcio" (fs. 47).

10.- Que el 10 de Noviembre de 2016 se emite dictamen Fiscal señalando que no resulta pertinente la vía del incidente de nulidad para cuestionar la sentencia dictada; agregando que ante la circunstancia de que coincidiera con la fecha del fallecimiento, el análisis procesal deviene de una cuestión de fondo; que entiende que antes de la disolución del vínculo matrimonial por divorcio acaeció por causa de muerte de uno de los cónyuges; en consecuencia, que el dictado de la sentencia devino abstracto en calidad de acto procesal, y que careciendo de objeto el trámite el presente procede su archivo (fs. 72).

11.- Que finalmente procede detenerse en el contenido de los planteos introducidos en la causa que requerida tengo a la vista "S. Z. P. y otro s/ HOMOLOGACION DE CONVENIO" (Exte. 25626/2006), que fuera informada por la recurrente, que en forma conjunta iniciaron las partes el día 08 de febrero de 2006, expresando que "por motivos privados hemos decidido actualmente separarnos de hecho" (fs. 08), y del que se derivó un acuerdo sobre tenencia y régimen de visitas de los hijo, y alimentos que incluía una cuota del 5% a favor de la Sra. S. (fs. 06), y que fue homologado el 2 de Marzo de 2006 (fs. 16)

Que por auto del 14 de Diciembre de 2012 (fs. 75), se redujo la cuota alimentaria acordada, manteniéndose la correspondiente al hijo y la de la Sra. Z. P. S. (5%), y que por auto del 27 de Noviembre del año 2013 (fs. 82), se dispuso el cese de la correspondiente al joven, continuando el descuento para la Sra. S..

Que con fecha 17 de Noviembre del año 2015 se tuvo por presentada a la Sra. S. con patrocinio de las letradas que la asisten en los presentes.

IV.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento y fundamentalmente a tenor de lo descripto en el último punto respecto a que las partes se hallaban separadas de hecho sin voluntad de unirse con anterioridad a la promoción de esta demanda por el actor, a la que se allanó la contraparte con anterioridad al fallecimiento de aquel, la resolución acerca de los alcances de la sentencia de divorcio decretado importa atender aquellos actos que involucran, además de su estado de familia, y primordialmente, la libertad, igualdad y la dignidad, que como derechos individuales el orden constitucional y convencional son reconocidos a la persona humana, con el carácter de personalísimos, requiriendo el análisis su cotejo, de tal forma de distinguirlos de los efectos patrimoniales que sean consecuencia de aquel, o que pueda perjudicar a terceros o alterar el orden público.

A tales aspectos de la vida humana el nuevo Código Civil y Comercial, le ha querido otorgar una consideración especial cuando en el Título I del Matrimonio lo inicia con el Capítulo I bajo la denominación "Principios de libertad y de igualdad", ha despojado de acción judicial a los daños y perjuicios causados por su ruptura (art. 401), estableciendo que "el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges", y que en ningún caso "el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio" (art. 436), así como que se debe tener por nula la renuncia a la facultad de pedir el divorcio, o el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo (art. 436).

A su vez, el mismo cuerpo normativo se asienta sobre una valoración preeminente de los derechos inherentes a la personalidad y

la máxima garantía en su ejercicio al otorgarle a las acciones de estado de familia el carácter irrenunciable e imprescriptible (art. 712 y 713 CCyC).

Y fundamentalmente, retomando el contenido del Capítulo primero, que a los fines de la interpretación y aplicación de las normas en la materia impone que ninguna puede concretarse válidamente "en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce (art. 402).

Conforme lo expuesto, la labor jurisdiccional se dirigirá a cotejar el derecho personalísimo que detentaba, ejerció y le fue reconocido al actor en la sentencia respecto a su estado de familia, declarando su condición de divorciado y confrontarlo con el pretendido por su contraparte a conservar su condición de cónyuge supérstite.

Y ello procede concretarlo a través del análisis de los antecedentes que quedaron integrados al proceso que han evidenciado:

1.- El cumplimiento de los presupuestos para dictar el divorcio:

Que fundada la demanda de divorcio por el actor en la ausencia de convivencia y en el art. 437 del CCyC –que se presenta el 30 de septiembre de 2015- fs. 3/4), la contraparte al responder (fs. 13/14) no se opuso ni desconoció los hechos ni la procedencia de la pretensión (fs. 13/14), limitándose a formular otra propuesta en los términos del art. 438 del CCyC, que incluye señalar su calidad de alimentada desde la separación de hecho conforme proceso que individualiza.

Luego, el día 12 de noviembre de 2015 la sentencia recepta que se encontraban cumplidos los recaudos legales para decretar el divorcio y así lo hace (fs. 17) y a su respecto llegan firmes y consentidos sus argumentos que habilitaron tal conclusión sobre los que nada cuestiona la recurrente.

Finalmente, partiendo de la expresa previsión ya citada contenida en el art. 437, por la que "En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio", resulta lícito sostener que la juez de grado estuvo en condiciones de hacerlo desde el mismo día 10 de noviembre de 2015 en que proveyó el responde de la contraparte (fs. 15).

La voluntad unilateral de uno de los cónyuges, es suficiente para obtener una sentencia de divorcio. Del mismo modo una única voluntad de no reanudar la convivencia para que se produzca la exclusión de la herencia también es suficiente (conf. Lia Castells, Lucrecia Fabrizi, "La separación de hecho y la Exclusion de la vocación hereditaria entre conyuges" XXV Jornadas de Derecho Civil, Comisión N° 7 Universidad Nacional del Sur).

En consecuencia, de las constancias de autos, no resulta la inexistencia de los presupuestos que se pretenden inexistentes para declarar el divorcio del actor:

-Había demandado que así se declarara en base al art. 437 del CCyC.

-La contraparte al responder la pretensión admite que concurren las exigencias legales, y en el recurso nada manifiesta al respecto en particular en lo que respecta a que desde mucho antes habían abandonado la convivencia y que percibía una cuota alimentaria del actor.

-Dada la concurrencia de las partes, y conforme el principio de oficiosidad que rige en los procesos de familia ya citado, era innecesario que las partes volvieran a solicitar el dictado de la sentencia, e irrelevante en el caso la presentación de fs. 16.

-La sentencia reconoce que se encuentran reunidos aquellos presupuestos del art. 437 del CCyC para dictar el divorcio y así lo decreta.

-La sentencia fue dictada el mismo día en que falleció, no antes, como lo afirma la recurrente; extremo que se comprueba del simple cotejo entre la fecha consignada en aquella y el acta de defunción de fs. 18.

Al respecto el art. 6° del CCyC establece que "El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos", y transcurren desde la medianoche a la medianoche siguiente.

-La disolución del matrimonio por divorcio, tal como expresamente lo establece el inc. c del art. 435, solo requiere que sea "declarado judicialmente", por lo que pretender quitar la efectividad a la sentencia importa sostener que su vigencia comienza al día siguiente del día en que fue dictada.

2.- La exclusión de la vocación hereditaria: Que a tenor de los antecedentes aportados a la causa de los cuales resulta que las partes se hallaban separadas de hecho desde el 08 de febrero del año 2006, a su respecto el Código Civil en su art. 3575 ya establecía que "Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse…", mientras que el vigente CCyC, no es menos claro y concreto cuando en su art. 2437 regula que: "El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges".

La separación de hecho sin voluntad de unirse configura una causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges. Resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. La sola prueba de la situación fáctica acarrea la pérdida de la vocación sucesoria. El cónyuge supérstite podrá probar –para no ser excluido de dicha vocación- que el proyecto de

vida en común se encontraba vigente al momento de la apertura de la sucesión ya que existía de parte de ambos cónyuges la voluntad de unirse. La causal de cese de la convivencia por una decisión judicial de cualquier tipo constituye una causal autónoma de exclusión. Resulta irrelevante la transitoriedad o definitividad de la medida de cese. (conf. Lia Castells, Lucrecia Fabrizi, "La separación de hecho y la Exclusion de la vocación hereditaria entre conyuges" XXV Jornadas de Derecho Civil, Comisión N° 7 Universidad Nacional del Sur).

En aplicación de tal previsión la jurisprudencia que ha sostenido que "Es procedente declarar excluida la vocación hereditaria de la peticionaria en la sucesión de quien fuera su cónyuge ya que si bien éste falleció antes de que se dictara la sentencia de divorcio, la presentación efectuada por ambos solicitando su divorcio vincular -más allá del dictado de la sentencia- refleja su clara voluntad de no continuar con una vida en común." (Partes: M. S. J. s/ sucesión ab intestato-Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro Sala/Juzgado: I -Fecha: 13-sep-2016-Cita: MJ-JU-M-101048-AR | MJJ101048 | MJJ101048).

"La separación de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges, el que configura un presupuesto del derecho hereditario conyugal que explica claramente que, ante tal hipótesis de quiebre de la unión matrimonial, no opere el llamamiento hereditario" (CNCiv., sala A, 6/5/2009, LL del 31/3/2010, p. 5, con nota de Néstor E. Solari; DFyP 2010 (mayo), p. 128, con nota de Alejandra Massano, Eduardo G. Roveda; DFyP 2010 (abril), p. 126, con nota de Graciela Ignacio, AR/JUR/15209/2009; CNCiv., 2/10/1990, LL 1991-D-418, citado en dictamen 50.170 del fiscal de Cámara, Dr. Carlos R. Sanz, del 28/5/2001; CNCiv., sala E, 22/8/2007, DJ Online, AR/JUR/487 6/2007; CCCom. Minas Paz y Trib. Mendoza, 9/11/2010, DFyP 2011 (mayo), p. 164, con nota de Graciela Medina, AR/JUR/76675/2010; CNCiv., sala M, 14/6/2012, el- Dial.com AA 7824, del 30/7/2012.)

Que en punto a lo expuesto, y atendiendo al agravio de la recurrente cuando expresa que "en el derecho argentino –especialmente en el derecho sucesorio- para la suscripta no resulta igual ser considerada cónyuge supérstite que divorciada. Lo mismo sucede respecto de esta condición civil ante organismos administrativos", se comprueba que se trata de una afirmación absolutamente dogmática para expresar un deseo.

Lo cierto es que la conducta antecedente y jurídicamente relevante exteriorizada en el proceso de homologación del convenio de alimentos y en los presentes en los que ha instado sucesivamente la intervención jurisdiccional para que se reconozcan sus derechos, reflejan que había cesado en la convivencia con el actor sin voluntad de unirse.

Si bien en sucesivas presentaciones se opone a la intervención de la presentada que invoca la calidad de conviviente, nunca denunció que las partes hubieran reasumido la convivencia.

Todo lo expuesto, en definitiva, importa la pérdida de la vocación hereditaria.

3.- Los efectos derivados del divorcio: La recurrente no ha invocado ni acredita en qué radica el perjuicio que le genera el decreto de divorcio, y como se expuso, limitándose a invocar generalizaciones respecto a la diferencia entre la condición de cónyuge sobreviviente y divorciada:

-Las partes recobran la aptitud para contraer matrimonio desde el mismo día en que el divorcio es declarado judicialmente: En el caso la actora recobró su aptitud para contraer matrimonio el mismo día 12 de noviembre de 2015, atento a que el art. 435 del CCyC prescribe que "El matrimonio se disuelve por … divorcio declarado judicialmente" (inc. c), sin exigir que se encuentre notificado ni que la sentencia adquiera firmeza; la diferencia es sustancial, porque si impone que se encuentre firme si se trata de la que declara la ausencia con presunción de fallecimiento (inc. b).

En punto a lo expuesto, tampoco se advierte ni se justifica el interés en que la insubsistencia del matrimonio anterior se derive de la muerte del cónyuge habiendo transcurrido más de 9 años de la separación de hecho y ante la expresa prohibición del ejercicio de acciones de daños por causa de divorcio.

-La integración del acervo conyugal: Las partes en sus presentaciones habían admitido acerca de la existencia de un único bien integrante de la comunidad conyugal, y el actor propuso que su parte ganancial sea adjudicada a sus dos hijos en partes iguales, reservando el uso a la aquí recurrente por tratarse del hogar conyugal.

Que, como ocurre con el punto anterior, la recurrente omite señalar, ni tampoco explica, acerca de las eventuales consecuencias que pudieran derivarse en el proceso sucesorio, para verse afectados sus derechos con motivo de la sentencia de divorcio vincular dictada.

De todas formas, atendiendo al carácter ganancial del único bien que ambas partes admiten en común, son los dos hijos los únicos que titularizan la calidad de herederos universales del actor en relación al 50% tanto como que la contraparte goza del derecho de habitación, al reconocer que se trata del lugar donde estaba asentado el hogar conyugal.

Lo expuesto resulta suficiente para evidenciar que el divorcio por sí no genera daño alguno a la recurrente.

-Acceso a beneficios previsionales: Que la recurrente ha insinuado que la sentencia de divorcio importa alterar su condición ante el ANSeS y al respecto desatiende su calidad de cónyuge separada de hecho del titular del eventual beneficio (jubilación) que gozaba

de una cuota alimentaria, supuesto contemplado por el art. 53 de la ley 24.241 cuando dispone, en lo pertinente, que:
"En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozaran de pensión los siguientes parientes del causante: a) La viuda; b )El viudo; c) La conviviente; d) El conviviente; e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gozarán de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los 18 años de edad.
En los supuestos de los incs. c) y d) se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.
El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales."
En punto a lo expuesto, y salvo que se pretenda desconocer aquello que la propia recurrente expresamente ha denunciado e individualizado, esto es, en el expediente en el que ha percibido alimentos del actor aún después de la separación de hecho producida el 08 de febrero de 2006, la circunstancia de haberse decretado el divorcio no importa por sí que se vea privada de acceder a ello, habiendo el nuevo CCyC derogado todo el régimen sobre causales, y muy especialmente, el de atribuirse a título de culpa a uno de los cónyuges, tal los términos en que se ha dictado la sentencia que impugna.
V.- Resulta incuestionable que la acción de divorcio promovida involucra derechos personalísimos que legitiman exclusivamente al actor, insusceptibles de ser ejercicios o continuados por terceros.
De allí que una expresión de voluntad tan categóricamente expresada y que para su reconocimiento la ley no exija más que la notificación de la contraparte se corresponda jurídicamente con la declaración contenida en la sentencia, aun cuando se haya emitido el mismo día en que cesó la existencia, porque hasta ese mismo instante estuvo legitimado a ejercer los derechos a la libertad, igualdad y dignidad que titularizaba, y en ellos, otro no menos inherente a la persona humana, como es el del estado de familia o su modificación.
Y por la misma razón, siguiendo los principios de irrenunciabilidad que impera en la materia y la expresa prohibición de que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, en el proceso de ponderación que se impone en el presente, el ejercido por el actor no puede quedar restringido por la pretensión de la contraparte, que luego de admitir la procedencia de la acción y el derecho, tanto como aspirar a conservar la cuota alimentaria que le fue reconocida en un proceso derivado de la separación de hecho -y peticionar su elevación-, para ahora, con el recurso interpuesto, intentar ampararse en las prerrogativas que la ley otorga a la cónyuge supérstite.
La explicación teórica de los derechos humanos o fundamentales —según se tome una postura doctrinaria sobre su origen— sostiene que son disposiciones normativas que no atienden a la estructura de las reglas tradicionales del derecho, sino a una configuración más abierta en su contenido normativo. Dworkin los llama principios y Robert Alexy los define como mandatos de optimización. Los derechos humanos son principios o criterios que orientan una conducta en torno a la protección, salvaguarda y realización de un bien jurídico específico (vida, libertad, igualdad, salud, etc.). El bien jurídico no tiene una definición categórica e inmutable sino dinámica, dependiendo de las necesidades y circunstancias que impone el contexto sociocultural. En ese sentido, Alexy los llama mandatos de optimización, porque no señalan concretamente lo que es el bien jurídico que tutelan —sólo enuncian algunas de sus características—, sino las acciones que debe realizar la autoridad para no afectar ese bien. Al entrar los derechos humanos al escenario jurídico, se llegó a la conclusión de que si bien es cierto que la subsunción en algunos casos es útil para aplicar las normas jurídicas, entendidas en su sentido tradicional, en el caso de los derechos humanos no sucede así. Esto obedece a dos condiciones: •El contenido de la norma. •La estructura del argumento en el que se relacionan hechos y derechos. El modelo de interpretación de la subsunción exige la claridad de las premisas (al menos de la premisa mayor que es la norma). De hecho, no se puede realizar sin este elemento, pues se trata de los supuestos axiomáticos que sustentan el argumento, y los supuestos no deben ponerse en duda si se pretende llegar a una conclusión. Por su parte, el modelo de interpretación de los derechos humanos requiere la definición de cada uno de los elementos normativos con un doble enfoque: titular (facultad) y autoridad (obligación correlativa), para después llevar a cabo la relación entre esos elementos, que es la que finalmente conforma un argumento que valora si aquellos fueron o no realizados y en qué condiciones. En ese sentido, este tipo de argumentación no es una proposición aislada, sino la red de varias pretensiones articuladas en torno a un objetivo común. (…) Los derechos

humanos y la argumentación jurídica. Robert Alexy señala que junto a la tesis sostenida principalmente en los trabajos de Austin, Hart y Kelsen, que afirma que el derecho está formado por normas bien determinadas con una estructura condicional hipotética (reglas de todo o nada) que se aplican a través del método de la subsunción, surgió la tesis que asevera que el derecho está integrado por reglas, pero también por principios. Estos principios, conforme a su teoría, se entienden como "mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario". Los derechos humanos atienden a esta estructura; no son reglas de conducta en el sentido tradicional (de todo o nada), sino mandatos de optimización. Un mandato en sentido jurídico es una orden. … La naturaleza jurídica de los derechos humanos y su contenido, que en muchas ocasiones resulta abstracto e indeterminado, exige que quien argumenta a partir de ellos exponga razones y justificaciones que sustenten tanto su existencia como sus alcances, límites y, de ser necesario, el peso que tienen en un caso determinado cuando se confronten o colisionen con otro principio. Esto quiere decir que la argumentación está ligada a la actividad interpretativa. Argumentación e interpretación. Argumentar e interpretar son condiciones implícitas aunque distintas. Interpretar es atribuir un significado a una formulación normativa. Las tesis positivistas más conservadoras afirmaban que sólo era necesario interpretar cuando la disposición resultaba vaga, ambigua o poco clara. Lo cierto es que, en tanto el derecho es lenguaje, todas sus expresiones son susceptibles de ser interpretadas, es decir, se les puede asignar un sentido. … Los derechos humanos, en tanto forman parte del lenguaje jurídico, son una entidad argumentable. El argumento, en el sentido que plantea Toulmin, es consecuencia de una pretensión que busca sustentarse en razones que lo justifiquen mediante una garantía y un respaldo (estas últimas lo explican).

Ahora bien, puesto que no se está ante la estructura de la lógica aristotélica, el paso entre razón y pretensión no es categórico, sino que presenta grados de realización cuya fuerza depende de las pruebas e información que se tengan para justificar y explicar la proposición (razones, garantías y respaldos)". (conf. PROGRAMA DE CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL EN DERECHOS HUMANOS Fase de actualización permanente-Guía de argumentación con perspectiva de derechos humanos-D. R. © 2013, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal Primera edición, 2013-www.cdhdf.org.mx).

Que he considerado imprescindible todo el análisis hasta aquí concretado en atención a la argumentación y hermenéutica pro homine que debe guiar la labor jurisdiccional cuando se trata de decidir acerca de derechos humanos, y en particular el relacionado con estado de familia, en el caso, ejercido por el actor para que decretara su condición de divorciado, y que no admite restricción como expresión libre de su voluntad e integridad, para sí, y frente terceros y el Estado.

Y que, como he anticipado, su reconocimiento no puede verse obstado por circunstancias expuestas por su contraparte, quien tampoco acredita una afectación de sus derechos en relación a la condición que detentaba antes de que se promoviera y dictara la sentencia de divorcio, habiendo admitido en sede judicial que se encontraban reunidas las condiciones para disolver el matrimonio y que obtenía una cuota alimentaria del actor luego de haberse separado de hecho; postura contraria que importaría un severo abuso de las instancias judiciales, y no menos, afectaría la moral, como principio rector del derecho.

Que en análisis y valoración equiparable a la que postulo, estimo útil atender a lo expuesto por el Tribunal Supremo de España en un proceso de divorcio que había sido solicitado por una de las partes invocando que vivían de manera independiente, y al que había dado acuerdo la otra, quien con posterioridad pidió se anulara la sentencia dictada por el fallecimiento del demandante antes de que se le notificara el pronunciamiento, donde:

"Se resuelve la cuestión relativa a determinar los efectos de la sentencia de divorcio dictada en Primera instancia, en procedimiento seguido de común acuerdo, respecto de si determina la disolución del vínculo por dicha causa, aunque uno de los cónyuges haya fallecido con posterioridad a dicha sentencia y ésta no hubiera sido notificada. Considera la Sala que no se había extinguido en este caso la acción de divorcio por la muerte del esposo, porque dicha acción ya había producido sus efectos propios al haber recaído sentencia que así lo declaró a petición de ambos cónyuges, por cuanto la producción de los efectos propios del divorcio tiene lugar a partir de la firmeza de la sentencia (artículo 89 CC), siendo preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 774.5 LEC del que se desprende que la firmeza sobre el pronunciamiento de divorcio se produce con la sentencia de primera instancia cuando ha sido solicitado por ambos cónyuges y, en consecuencia, no resulta recurrible al responder tal pronunciamiento a lo pedido por ambos litigantes. Así, considera la Sala que el legislador ha pretendido con ello dar seguridad a la situación de ruptura del vínculo matrimonial ya declarada –y necesariamente consentida por ambos cónyuges, que la solicitaron para que desde la sentencia inicial produzca sus efectos propios, lo que –aplicado al presente caso- supone que la disolución matrimonial tuvo lugar por el divorcio y que tal disolución era efectiva antes del fallecimiento del esposo" (Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, Año judicial 2014-2015, Punto 4.4-STS- 16-04-2015 (Rc 2551/2013 ECLI:ES:TS:2015:1517).

Que la sentencia de divorcio fue dictada oportunamente y exterioriza el reconocimiento al ejercicio de la libertad, igualdad y dignidad que el ordenamiento jurídico recepta con motivo de la condición humana de una persona, y que como inherente a ella, por

vincularse al estado de familia, irrenunciables e insusceptibles de ser limitados en su ejercicio, conforme los principios y reglas antes transcriptos que recepta la legislación de fondo vigente, amparados a su vez por la Constitución Nacional (art. 14bis), el sistema convencional incorporado conforme el inc. 22 del art. 75, y la Carta Magna Provincial (arts. 22, 23 y 46) donde se reconoce a los habitantes la misma dignidad social y ante la ley, e impone al Estado la remoción de los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, económica y social, (art. 22), garantizando que ningún habitante "podrá ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 23), y se asegura la "protección social y jurídica" de la familia, en la que "mujeres y varones tienen iguales derechos" (art. 43).

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 11 dispone que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad"; que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; y en el inc. 4 del art. 17, el deber de los Estados de "tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo".

VI.- Los fundamentos hasta aquí desarrollados justifican a su vez también el rechazo al planteo subsidiario dirigido a que se decrete la nulidad de la presentación de fecha 11/11/2015.

VII.- Conforme a las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, propiciaré al acuerdo la confirmación de la sentencia de grado y en consecuencia, el estado de divorciado de las partes desde el día de su dictado; ello con expresa imposición en costas a la recurrente (art. 68 del CPCyC).

VIII.- Que en orden al último estado civil consignado en el certificado de defunción, y a los fines del cumplimiento de la presente, procede se registre el derivado de la sentencia de divorcio.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los fundamentos y conclusión vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación concedido a fs. 23, confirmando la sentencia de divorcio dictada el 12.11.2015.

2.- Costas a la recurrente (art. 68 del CPCyC).

3.- Regúlanse los honorarios de las Dras. ... y ..., en la suma de $9.500 en conjunto (arts. 6, 7, 8, 9 y 15 de la L.A., vigente).

4.- Líbrese oficio a la Dirección Provincial del Registro del Estado civil y capacidad de las personas a los fines de inscribir la presente.

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"QUIROGA ELSA VICTORIA C/ DA 5 S.R.L. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 465150/2012) – Sentencia: 64/17 – Fecha: 27/04/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DIFERENCIAS SALARIALES. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. COSTAS. DISTRIBUCION DE COSTAS.

1.- Al tratarse de testigos que tienen algún vínculo con la parte, sus dichos deben estudiarse con estrictez para desechar posibles intenciones en favorecerla, lo cual no significa que deban desecharse, máxime cuando en autos no existen otros testimonios que controviertan los dichos de éstos.

2.- Si la demandada en su contestación se limitó a afirmar que la actora cumplía sus tareas con jornada reducida, de lunes a sábados, en horarios y turnos rotativos, sin dar mayores precisiones, resulta ello insuficiente para desvirtuar la jornada denunciada en la demanda.

3.- Por aplicación del principio de supremacía de la realidad, es el Juez quien debe desentrañar las verdaderas características de la relación laboral que unió a las partes, por sobre los aspectos formales de la misma.

4.- El silencio del trabajador, relativo a la falta de reclamo de las diferencias salariales no puede ser concebido como una renuncia a sus derechos,

5.- "Las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo (D.T. 1993-B.1626) y ello torna conveniente morigerar en algunos casos, lo dispuesto por el artículo 71 del C.P.C.C. Ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo integral de la demanda o de su inacogibilidad mayoritaria, pues ello implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas." (PI TI F°60/61 2006 SALA III).

Conforme lo dicho, las costas de primera instancia serán distribuidas de la siguiente manera: 50% a cargo de la demandada y en un 50% a cargo de la actora. Y se aplicará el mismo criterio a las costas de segunda instancia, debiéndose proceder a regular los honorarios de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 LA.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de abril de 2017.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “QUIROGA ELSA VICTORIA C/ DA 5 S.R.L. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES”, (Expte. Nº 465.150/2012), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 4 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. 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.- A fs. 150/155 luce la sentencia definitiva de primera instancia que hace lugar parcialmente a la demanda contra DA 5 S.R.L., y condena a ésta última al pago de la suma de $23.960,19 ($21.574,94 por diferencias salariales y $2.385,25 en concepto de haberes de enero de 2012), con más sus intereses y costas.

Contra dicho fallo la parte accionada interpone recurso de apelación a fs. 158/164, cuyo traslado es respondido por la contraria a fs. 167/168 vta., solicitando su rechazo con costas.

II.- Se agravia en primer lugar, por considerar improcedente la condena por diferencias salariales, ya que, conforme sostuviera al contestar la demanda, la actora cumplía una jornada reducida, trabajando de lunes a sábados en días y horarios alternados y rotativos.

Afirma, que durante la relación laboral se liquidó media jornada, estampando la accionante su firma en los recibos, sin realizar reclamos sobre las sumas o conceptos liquidados.

Critica, que en la sentencia se haya hecho lugar a las diferencias salariales al interpretar que la demandada reconoció expresamente que la actora trabajaba de lunes a sábados, pues su parte no afirmó tal circunstancia, sino que dijo que lo hacía en días alternados y rotativos, situación muy distinta a la señalada por el a quo.

Cuestiona, la valoración de la prueba testimonial que realiza el juez de grado, para tener por acreditado que la trabajadora cumplía

una jornada laboral de lunes a sábados de 09:00 a 21:00 hs.

Así, con relación a la testigo Gallardo Soto, dice que se trata de una amiga de la accionante, que declara con el interés de beneficiarla, pero que no tomó conocimiento de dicha situación.

Por lo que entiende que dicha declaración carece de todo valor.

A idéntica conclusión arriba con relación al testimonio brindado por la Sra. Santibáñez.

En cuanto a la prueba documental adjuntada, sostiene que caben varias PRESUNCIONES HOMINIS que no se han considerado en la sentencia, como la falta de reclamo durante un extenso lapso temporal; la ausencia de un pedido por diferencias en ocasión de efectuarse los respectivos pagos, entre otras.

Concluye, que la prueba testimonial producida en la causa no permite ni por asomo desvirtuar lo que surge de la documentación acompañada por las partes, por lo que corresponde dejar sin efecto la condena por diferencias salariales.

En segundo lugar, se agravia por la condena al pago de la remuneración correspondiente a los 16 días del mes de enero de 2012, toda vez que la actora acusó una negativa de tareas que nunca existió.

Por otra parte, refiere que si la colocación en situación de despido fue injusta, la misma debe resolverse como una renuncia de la actora. De ese modo, al no haber preavisado la ruptura, cualquier eventual crédito se compensaría ipso iure con la indemnización sustitutiva (15 días).

En tercer lugar, se agravia por la imposición de costas a su parte, ya que la demanda se interpuso por la suma de $149.248,49 y prosperó por $23.960,19, lo cual representa un porcentaje del 16,05% del monto reclamado, por lo que corresponde imponer la totalidad de las costas a la actora o en su caso, distribuirlas en el porcentaje de éxito obtenido.

En cuarto lugar, aduce que no se ha respetado el prorrateo dispuesto por la ley 24.432, lo establecido en la ley 2933 y en el art. 730 del Código Civil, que establecen que las costas no superaran el tope del 25% del monto de sentencia.

Cita jurisprudencia.

Finalmente, apela los honorarios del letrado y patrocinante de la actora por considerarlos altos.

A su turno, los letrados de la demandada, apelan sus honorarios por bajos, y piden que en función de lo dispuesto por la modificación realizada por la ley 2933 a la Ley Arancelaria 1594), se tome como base regulatoria el capital reclamado con más los intereses que hubieran correspondido.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, advierto que llega firme a esta Alzada el rechazo del despido por considerar que la causal invocada por la actora era falsa, y como consecuencia de ello no se hace lugar a las indemnizaciones correspondientes. Sin embargo, sí se admitieron las diferencias salariales en función de una jornada laboral cuya extensión era de lunes a sábados de 09:00 a 21:00 horas y el proporcional de haberes correspondientes al mes de enero de 2012.

Ahora bien, la parte demandada cuestiona que se haya hecho lugar a las diferencias salariales en función de la jornada de trabajo distinta a la calificada por su parte, como improbada.

En relación a la valoración de la prueba testimonial, debo decir que su eficacia probatoria 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, etc.

Desde esta perspectiva, al tratarse de testigos que tienen algún vínculo con la parte, sus dichos deben estudiarse con estrictez para desechar posibles intenciones en favorecerla, lo cual no significa que deban desecharse, máxime cuando en autos no existen otros testimonios que controviertan los dichos de éstos.

Dentro de este marco, advierto que la relación existente entre la Sra. Marta Claudia Celeste Santibáñez –testigo- y la actora, no resulta suficiente para invalidar sus dichos. Y, la circunstancia que la testigo conozca a la accionante por ser clienta del local y que ella misma haya manifestado abiertamente que mantiene una relación por mensajes de textos y que ha concurrido al cumpleaños de su hija, no alcanza para descartar dicho testimonio como prueba de las afirmaciones expuestas al brindar su declaración.

Máxime, que su testimonio no presenta fisuras para ser desacreditado, y ha dado razón de sus dichos, siendo su declaración coherente con las circunstancias mencionadas en ella, lo que torna creíble su relato.

A idéntica consideración, arribo en relación a la declaración de Carolina Solange Gallardo Soto (fs. 128 y vta.); y, el hecho que ella haya manifestado que conoce a la actora por haber estudiado juntas, no invalida su testimonio como tal, pues además de conocer a la actora, manifestó haber ido al local, describiendo las características del mismo (venta de bijouterie, maquillaje, etc.), e indicó el lugar de su ubicación. Circunstancias todas que deben ser ponderadas a fin de valorar la declaración.

Por otra parte, ninguno de los testigos ofrecidos por la demandada han declarado a los fines de constatar la veracidad de las afirmaciones expuestas en la contestación de demanda, para acreditar que la trabajadora laboraba en jornada laboral reducida, de lunes a sábados, en días y horarios alternativos y rotativos.

Así, observo que mediante providencia de fs. 105, se tuvo a la demandada por desistida del testimonio de la Sra. Buscaglia por no haber activado su citación; y lo mismo ocurrió a fs. 132, cuando se tuvo por desistida a las partes de la prueba testimonial de los señores Mardones, Peñalba y Tejada.

De manera que, luego de analizar la prueba aportada en autos, encuentro que los únicos dos testimonios rendidos -Marta Claudia Celeste Santibáñez (fs. 92 y vta.) y Carolina Solange Gallardo Soto (fs. 128 y vta.)- dan cuenta que efectivamente la jornada laboral que cumplía la actora era de 09:00 a 21:00 horas. Si bien, ninguna de ellas indicó los días que laboraba la actora, tal vacío quedó zanjado con la propia indicación brindada por la demandada, que en su contestación de fs. 54 vta., reconoció -más allá de sostener que la actora cumplía una jornada reducida, con turnos y horarios rotativos (no probados)- que la señora Elsa Quiroga "realizaba sus labores de lunes a sábados".

Advierto, que la demandada en su contestación se limitó a afirmar que la actora cumplía sus tareas con jornada reducida, de lunes a sábados, en horarios y turnos rotativos, sin dar mayores precisiones, resultando ello insuficiente para desvirtuar la jornada denunciada en la demanda.

En cuanto a la valoración que pretende efectuar el apelante sobre la prueba documental aportada, debo afirmar que por aplicación del principio de supremacía de la realidad, es el Juez quien debe desentrañar las verdaderas características de la relación laboral que unió a las partes, por sobre los aspectos formales de la misma.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: "Debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del A-quo que reconoce la relación laboral ya que, la primacía de la realidad, como regla de interpretación para el jugador impone a éste considerar la realidad de la relación sobre la forma, o bien si se prefiere sobre la ficción montada por las partes; es decir la apariencia legal no prevalece sobre la realidad. Tal principio se traduce en el proceso laboral en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial. A la prueba documental se le oponen las declaraciones de los testigos, que dan cuenta de la prestación de servicios del actor en el establecimiento de la demandada, cumpliendo tareas propias de la actividad comercial de ésta última, lo que torna descalificable el contradocumento, en función de los hechos comprobados de la causa y de las previsiones del art. 14 de la Ley 20744. Lo que importa considerar es la real situación creada y la posición ocupada por el trabajador en la empresa de otro, con prescindencia de la apariencia construida por más que se presente consentida, ya que no se admite renuncia expresa al carácter de trabajador subordinado". (L.D.T. LEYC 20744 20-09-74 Art. 14-CATSL2 RS, l000 83 RSD-22-95 S 20-4-95, Juez VERON OSVALDO A. (SD) Gauna Héctor Javier c/ Alberto Haldsmann y otro s/ Laboral-MAG. VOTANTES: Rodríguez de Dib, Martha C. - Verón, Osvaldo A).

También que: "Dentro de los principios que rigen en el fuero laboral se encuentra el de primacía de la realidad, conforme art. 11 de la LCT, según el cual cuando no existe correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó e incluso, se documentó, prevalecen aquellos sobre estos. Vale decir que priva la verdad de los hechos, sobre la apariencia formal que las partes hubieran podido utilizar para encubrir aquellos. Toda estipulación contractual por escrito no tiene en principio, mas valor que el de una presunción, que puede caer ante la prueba en contrario de los hechos; pues la forma cede ante la primacía que tiene la realidad que escriben los hechos.( L.D.T. LEYC 20744 Art. 11-CATSL2 RS, L000 76 S 6-11-2, Juez VERON OSVALDO (SD)Ibarra Jacinto Rosendo c/ Jorge Omar María Liotta y/o quien resulte responsable s/ sueldos adeudados, etc.- MAG. VOTANTES: Verón Martha C.-Rodríguez de Dib Martha C).

Por otra parte, el silencio del trabajador, relativo a la falta de reclamo de las diferencias salariales no puede ser concebido como una renuncia a sus derechos, pues el art. 58 de la LCT, claramente dispone que: "No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas del trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido".

En función de todo lo expuesto, propondré al Acuerdo el rechazo del agravio por el acogimiento de las diferencias salariales, propiciando en tal sentido que se confirme la sentencia de grado.

En relación al pago de los haberes correspondientes al mes de enero de 2016, diré que habiendo quedado firme y consentido que la relación laboral se extinguió el 16 de enero de 2012, y al no haber abonado la demandada la suma correspondiente a esos 16 días, se deberá confirmar la procedencia de dicho rubro.

Por otra parte, si bien subsidiariamente, la demandada plantea la compensación de este rubro con la falta de preaviso, tal circunstancia es recién introducida en esta instancia, cuando, conforme a los rubros reclamados en la demanda (ver fs. 50 vta.) fue solicitado expresamente por el actor.

Por lo que, dicho agravio será rechazado.

En cuanto a la apelación de honorarios, examinada la causa, a la luz de lo prescripto por los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 20 y 39 y

concordantes de la Ley nº 1594, realizados los cálculos pertinentes observo que los emolumentos son ajustados a derecho, por lo que se impone su confirmación.

Con respecto al límite sobre la imposición de costas que consagran las leyes 24.432 y 2933, y el art. 730 del Código Civil, debo decir que si bien esta Cámara en la causa: "LLANOS CARLOS ALBERTO C/ LIBERTY S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", (Expte. Nº 459664/2011), se ha pronunciado, diciendo:

"Respecto de la incidencia de la condena en costas sobre el capital de condena, en los términos del art. 505 del Código Civil (reiterado en el actual art. 730 del Código Civil y Comercial), la norma no resulta de aplicación en el ámbito provincial por cuanto el Tribunal Superior de Justicia ha determinado la inconstitucionalidad del precepto en cuestión conforme los precedentes "Yerio" (del 18 de diciembre de 1.996) y "Lowental" (del 15 de febrero del 2.000), doctrina que ha seguido esta Cámara en forma invariable. Si bien los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia se refieren a la norma del Código Civil, siendo el actual art. 730 del Código Civil y Comercial de idéntico tenor que el anterior, los fundamentos dados por el tribunal en su oportunidad (facultades reservadas de las provincias para dictar sus códigos procesales) resultan válidos para la nueva legislación", con posterioridad el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en autos: "CARDELLINO, JAVIER CONTRA S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA SOBRE EJECUCIÓN DE HONORARIOS" (Inc. Nro. 1582 - año 2014), en relación al tema que nos ocupa expreso:

"…Resumiendo, este Tribunal Superior mantiene su postura en punto a considerar que la limitación dispuesta en la norma nacional avanza sobre materia privativa de las provincias vulnerando con ello los Arts. 5, 75, inc. 12° y 121 de la Carta Magna Argentina. No se desconoce las controversias generadas en torno al tópico que nos convoca como tampoco que el Congreso ha insistido con la mentada limitación en la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Art. 730). Ello no obstante, los fundamentos constitucionales que cimientan el pronunciamiento que, por lo demás, tampoco han sido contradichos por el Máximo Tribunal de la Nación, con más la reciente modificación de la Ley Arancelaria Local y el uso que de sus atribuciones hizo el Legislador neuquino, impiden la adopción, sin más, del criterio plasmado en la ley nacional. A esta altura, cabe precisar que los honorarios regulados lo serán en un todo conforme con la Ley arancelaria neuquina, aunque a la postre, el condenado en costas solo responda hasta el 25% de la sentencia, pues sólo se determinaron los alcances de la responsabilidad por el pago de las costas pero nada se dispuso en relación a la cuantía de los honorarios. Entonces allí se aplicará el Art. 4° de la Ley Nro. 1.594….".

El art. 277 de la LCT, en su parte pertinente establece: "La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas. (Párrafo incorporado por art. 8 de la Ley N° 24.432 B.O. 10/1/1995).

Teniendo en cuenta el antecedente mencionado párrafo más arriba y lo dispuesto por el art. 277 de la LCT, resultando procedente el planteo el apelante deberá hacer valer la limitación dispuesta precedentemente en la etapa de ejecución respectiva.

Finalmente, en relación a las costas correspondientes a la primera instancia, esta Cámara de Apelaciones viene sosteniendo que: "Si la demanda fundada en peticiones independientes ha sido acogida parcialmente procede la aplicación de la regla del art. 71 del Código Procesal, Civil y Comercial, en correlación con la atribución que a la judicatura otorga el art. 19º del Dec. Ley 7718/71." (art. 17 de la ley 921) (PS-1.999-III-fº 486/487; PS-1.998-III-422/423; PS-1.998-IV-757/758; PI-1.999-IV-691/692, todos de la Sala II).

En tal sentido hemos dicho que: "Las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo (D.T. 1993-B.1626) y ello torna conveniente morigerar en algunos casos, lo dispuesto por el artículo 71 del C.P.C.C. Ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo integral de la demanda o de su inacogibilidad mayoritaria, pues ello implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas." (PI TI F°60/61 2006 SALA III).

Conforme lo dicho, las costas de primera instancia serán distribuidas de la siguiente manera: 50% a cargo de la demandada y en un 50% a cargo de la actora.

Y se aplicará el mismo criterio a las costas de segunda instancia, debiéndose proceder a regular los honorarios de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 LA.

IV.- Por lo expuesto, propondré al Acuerdo se haga lugar parcialmente al recurso interpuesto, y en consecuencia se distribuyan las costas en la forma dispuesta en los considerandos respectivos, debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia de conformidad con lo dispuestos por el art. 15 LA.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 150/155, modificándola en cuanto a las costas, las que se imponen en un 50% a la actora y en u 50% a la demandada, de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada en un 50% a la actora y en u 50% a la demandada (art. 71 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"BIZA NICOLAS C/ MAYCAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 412331/2010) – Sentencia: 66/17 – Fecha: 27/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

HORAS EXTRAS. PERSONAL JERARQUICO. IMPROCEDENCIA. COSTAS. DISTRIBUCION DE COSTAS. DESPIDO. JUSTA CAUSA. SANCION DISCIPLINARIA.

1.- En relación al rechazo de las horas extras reclamadas, adelanto su improcedencia en función de que la categorización del actor como personal jerárquico, según lo dispuesto por el art. 3 inc. a), de la Ley 11.544, excluye el pago de horas extras al personal que revista dicha categoría, salvo fraude laboral, circunstancia ésta última que no se encuentra acreditada en la causa.

2.- En relación a la forma cómo se impusieron las costas en primera instancia, vale decir, 90% a cargo del actor y 10% a la demandada, juzgo que corresponde su confirmación. Ello así, en función de que la mayoría de los rubros reclamados por el accionante no han tenido acogida favorable en la sentencia, ya que sólo ha prosperado la multa art. 80 LCT.

3.- Cabe confirmar lo decidido por la instancia de grado en cuanto rechaza del despido incausado y las indemnizaciones correspondientes. Ello es así, pues la demandada ha logrado acreditar la existencia del hecho y su gravedad, en los términos del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, a fin de justificar el despido en los términos de la carta documento. En efecto, surge de dichas declaraciones –testimoniales- que en oportunidad de llevarse a cabo la reunión con los jefes de Salones, su comportamiento distó mucho de ser respetuoso hacia sus pares y superiores, pues los testigos son contestes en afirmar que el actor, ante anormalidades

expuestas en la reunión, respondió con insultos hacia uno de los asistentes y al Gerente, y hasta se levantó de la reunión y se retiró de la misma. Este comportamiento es el que invocó la demandada en su carta documento para justificar el despido directo del actor.

4.- La circunstancia que sea la única sanción no implica que deba aplicarse una menor, si el único hecho perpetrado (insultos) por el dependiente resulta suficientemente grave para continuar con la relación laboral.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BIZA NICOLAS CONTRA MAYCAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (EXP. Nº 412.331/2010) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA LABORAL Nº 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.- A fs. 272/274 la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia que luce a fs. 260/267 y vta., en cuanto rechaza en su mayor extensión la demanda interpuesta e impone las costas en un 90% a cargo del accionante.

II.- En primer lugar, se agravia por el rechazo de las horas extras reclamadas, pues entiende que la jueza de grado las rechaza por considerar que el Sr. Nicolás Biza se encontraba excluido del CCT N° 130/75, por ser considerado personal jerárquico.

Sostiene, que conforme surge de la prueba testimonial producida en autos, si bien el actor era jefe de salón, realizaba las mismas tareas que sus compañeros de trabajo y no tenía autoridad para imponer sanciones, ni fijar pautas de trabajo, lo cual era responsabilidad del gerente de la sucursal.

Destaca, que no todo el personal considerado como jerárquico queda eximido automáticamente de la Ley de Jornada de Trabajo N° 11.544, debido a que el actor acreditó que realizaba las mismas tareas que sus compañeros de trabajo.

En segundo lugar, cuestiona la forma en que se impusieron las costas, al expresar que en función del carácter alimentario del reclamo que efectúa, en caso de confirmarse la sentencia, las mismas deberán ser impuestas por su orden.

El tercer agravio, se circunscribe al rechazo de los rubros correspondientes al despido sin causa reclamados en la demanda, por considerar que la accionada ha acreditado las causales invocadas en su carta documento.

Aduce, que en ningún momento de la relación laboral fue apercibido, ni amonestado, razón por la cual no obran antecedentes negativos ni de violencia que puedan confirmar lo que la demandada pretende probar.

Señala, que la carga de la prueba de la causal de despido incumbe a quién la alega y que para que exista justa causa, el incumplimiento debe asumir cierta magnitud, suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 de la LCT.

Manifiesta, que la ausencia de antecedentes disciplinarios y la amplia antigüedad del dependiente, hacen que la única falta debe tener entidad suficiente para imposibilitar por sí misma la continuación de la relación, por lo que no se aprecia la proporcionalidad de la sanción –despido- aplicada al actor y la magnitud de la falta cometida, descartándose la existencia de la causal de pérdida de confianza desde el punto de vista estrictamente objetivo.

Finalmente, le causa agravios que la a quo haya rechazado las multas previstas en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 25.323, al expresar que no se encuentran acreditados los recaudos que tornan viable su procedencia, lo cual le agravia atento a que su mandante intimó fehacientemente al empleador previo al envío de éste de la notificación de despido, razón por la cual quedan acreditados los extremos requeridos para la procedencia de la multa prevista de los artículos 1 y 2 de dicha ley.

A fs. 277/279 y vta., la demandada contesta los agravios y solicita su rechazo con costas.

III.- En relación al rechazo de las horas extras reclamadas, adelanto su improcedencia en función de que la categorización del actor como personal jerárquico, según lo dispuesto por el art. 3 inc. a), de la Ley 11.544, excluye el pago de horas extras al personal que revista dicha categoría, salvo fraude laboral, circunstancia ésta última que no se encuentra acreditada en la causa.

Así, los testigos que declararon en la causas, son contestes en afirmar que el actor no sólo detentaba un cargo jerárquico "encargado de salón", sino también que tenía poder de dirección sobre los otros empleados. Al respecto, Carlos Daniel Pino (fs. 195) expresó: "El actor le daba órdenes a otros empleados de como realizar ciertas tareas..."; a fs. 196 el Sr. Lucas Martín Beltrán dijo: "El actor era encargado de salón, era encargado de los repositores...El actor le daba órdenes a los repositores..."; a fs.

176/177, el Sr. Rodolfo Alberto Herlein, sostuvo: “Biza trabajaba como jefe de salón tenía personas a su cargo que eran repositores y encargados de precios...”; a fs. 159 y vta., José Antonio Sacco manifestó: “el Sr. Nicolás Biza era jefe de salón de ventas. Sus responsabilidades como también cualquier otro jefe de área tiene la obligación de formar al personal...”.

Consecuentemente, al estar debidamente acreditado el cargo jerárquico que detentaba el actor -jefe de salón-, más allá de que éste, conforme se desprende de algunos testimonios (Godoy fs. 113; Beltrán fs. 126) realizará ocasionalmente algunas tareas propias de los empleados que tenía a su cargo, ello resulta insuficiente por sí sólo para justificar las horas extras reclamadas.

En el sentido expuesto, la jurisprudencia ha dicho: “Toda vez que el actor revestía el carácter de "jefe del sector de electrodomésticos" de un supermercado siendo sus funciones la de dirigir y controlar a los empleados a su cargo, controlar el punto mínimo y máximo de los stocks, impartir órdenes a las cajeras afectadas exclusivamente a dicho sector, reportando al gerente o subgerente de la sucursal, tales tareas a su cargo revelan su calidad de personal jerárquico por lo que se encuentra incluido dentro de los supuestos de excepción previstos por la normativa emergente del art. 3 inc. a) de la ley 11544 y corresponde el rechazo de su reclamo por horas extras”. (Auto: Bodeman, César c/ Supermercados Norte SA s/dif. de salarios. - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - Sala: Sala II. - Mag.: González/Rodríguez - Tipo de Sentencia: SD - N° Sent.: 91881 - Fecha: 13/08/2003 - Nro. Exp. : 4077/01).

Y que: “La actora cumplía tareas de dirección y vigilancia (jefe de cajas y luego supervisora), que por expreso dispositivo legal (art. 3 inc. a, ley 11.544 y art. 11 Decreto 16.115/33) se encuentran exceptuadas de la jornada máxima legal, excepción que es permanente e impide a estos trabajadores percibir con recargo, es decir como horas extras, aquellas que superen la jornada ordinaria, tanto diurna como nocturna...” (Tribunal: SALA 6 CAMARA DEL TRABAJO - Fuero: LABORAL - Tipo de proceso: Sentencia - Carátula: VEGA, SILVIA BEATRIZ C/SUPERMERCARDOS NORTE S.A. S/DEMANDA - Firmantes: Castellano - Referencias normativas: DEC 16.115 33 11 0 // LEY N 11.544 3).

Por las razones expuestas, teniendo en cuenta el cargo jerárquico que ocupaba el actor, y al no haber demostrado éste fraude laboral que autorice el pago de las horas extras reclamadas, no corresponde hacer lugar a dicho agravio.

En relación a la forma cómo se impusieron las costas en primera instancia, vale decir, 90% a cargo del actor y 10% a la demandada, juzgo que corresponde su confirmación.

Ello así, en función de que la mayoría de los rubros reclamados por el accionante no han tenido acogida favorable en la sentencia, ya que sólo ha prosperado la multa art. 80 LCT.

En tal sentido hemos dicho: "Las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo (D.T. 1993-B.1626) y ello torna conveniente morigerar en algunos casos, lo dispuesto por el artículo 71 del C.P.C.C. Ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo integral de la demanda o de su inacogibilidad mayoritaria, pues ello implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas." (PI TI F°60/61 2006 SALA III).

En función de lo expuesto, y al no encontrar motivos atendibles para apartarme de la forma en que se distribuyeron las costas en la instancia de grado, las mismas serán confirmadas.

Con respecto al rechazo del despido incausado y las indemnizaciones correspondientes, observo que el apelante se limita a consignar la falta de antecedentes disciplinarios, y a manifestar que el hecho que motivó su despido directo no reviste entidad suficiente para justificar el distracto en la forma dispuesta por la demandada.

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 cuando 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).

Considero que la demandada ha logrado acreditar la existencia del hecho y su gravedad, en los términos del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, a fin de justificar el despido en los términos de la carta documento obrante a fs. 16.

Así entonces, conforme se desprende de la misiva mencionada, los hechos invocados se circunscriben a que, en oportunidad de ser convocado el señor Nicolás Biza, en su carácter de jefe de salón, a una reunión mensual y obligatoria de dicha categoría, en la localidad de Laferrere, se dirigió al Sr. Rodolfo Herlein, ejecutivo de la empresa, vociferando improperios en su contra, y además contra el gerente de la sucursal donde se estaba efectuando la reunión, utilizando palabras y actitudes por demás intimidantes hacia el personal jerárquico de la compañía; propinándole insultos de toda índole.

Por su parte, de la prueba testimonial se desprende que el Sr. Pablo Ruiz (fs. 139) al hacer referencia a la reunión que se llevó a cabo en Laferrere y de la cual participó el actor, expresó: "En un momento Nicolás Biza pregunta de mala manera (como chocante) porque lo están interrogando, como que se siente que sólo a él le están diciendo todo lo que hace mal y en realidad era en forma general, para todos. Entonces el gerente de operaciones le explica y le dice que recibió un informe del gerente de Neuquén donde dice que le habían encontrado mercadería vencida, el salón desordenado, que faltaban mercaderías exhibida en las góndolas, entonces Biza no aceptó lo que le estaban explicando, e insulta a Rodolfo (gerente de operaciones) y le dice a Sacco que no se meta. Nosotros interferimos y yo le pedí que no era el momento de hablar ese tipo de cosas, que la reunión era para otra cosa. Biza siguió insultando al gerente y se levantó y se fue de la reunión...".

Por su parte, el Sr. José Sacco (fs. 159 y vta.), expuso: "...en la sucursal donde yo trabajaba como gerente se realizaba una reunión de jefes de salón con el gerente de operaciones del momento y como gerente de sucursal participaba de dicha reunión. Alrededor de octubre de 2009 en la sucursal Laferrere en una de estas reuniones el señor Biza elevo el tono de voz, yo quise intervenir para medir y me insulto. Luego se levantó y se fue...".

A fs. 176/177, obra declaración del Sr. Rodolfo Alberto Herlein, quién dijo: "Herlein efectúa la reunión en la sucursal en Gregorio Laferrere, donde asistió el Sr. Biza. Que en esa ocasión se le había detectado anomalías de algunos de los Jefes de Salones, entre los cuales comprendía al Sr. Biza.

Que Herlein fue informado por el Gerente de la Sucursal de Neuquén que Biza no cumplía con sus funciones inherentes al cargo, concretamente no había controlado la mercadería vencida, las cuales se encontraban en las góndolas a la venta del público en general y además no había publicado las promociones de ventas. Dichas anormalidades fueron expuestas en la reunión mencionada, a la que el Sr. Biza respondió con insultos al testigo Herlein y al Gerente de G. de Laferrere Sr. Antonio Sacco. Que a raíz de dichos acontecimientos el dicente comunica lo ocurrido al Departamento de Recursos Humanos, tomando conocimiento que luego el Sr. Biza fue despedido por la firma Maycar por los motivos invocados...".

A fs. 196 y vta., el testigo Lucas Beltrán, sostuvo: "Hubieron discusiones con Biza al realizar los balances porque falto con mercadería...".

De los testimonios trascriptos surge que más allá de las irregularidades ocurridas en el ámbito de la organización laboral (faltantes, mercadería vencida, falta de promoción de precios, etc.), resulta reprochable al actor su comportamiento hacia personal jerárquico de la firma demandada.

En efecto, surge de dichas declaraciones que en oportunidad de llevarse a cabo la reunión con los jefes de Salones, en la localidad de Laferrere, su comportamiento distó mucho de ser respetuoso hacia sus pares y superiores, pues los testigos son contestes en afirmar que el Sr. Biza, ante anormalidades expuestas en la reunión, respondió con insultos hacia el Sr. Herlein, y al Gerente, y hasta se levantó de la reunión y se retiró de la misma. Este comportamiento es el que invocó la demandada en su carta documento de fs. 16 para justificar el despido directo del actor.

Por otra parte, el hecho de que el señor Nicolás Biza no haya tenido sanciones anteriores no justifica de ninguna manera que la empleadora –dentro del marco de una reunión laboral- deba soportar de su dependiente un comportamiento contrario al que dispone el art. 63 de la LCT.

La circunstancia que sea la única sanción no implica que deba aplicarse una menor, si el único hecho perpetrado (insultos) por el dependiente resulta suficientemente grave para continuar con la relación laboral.

En función de lo expuesto, y al compartir los fundamentos de la sentencia de grado, dicho agravio será rechazado al igual que las

indemnizaciones reclamadas como consecuencia del despido invocado por el trabajador.

Consecuentemente, corresponde rechazar los agravios relativos a la falta de aplicación de las multas de los arts. 1 y 2 de la Ley N° 25.323.

Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo rechazar en todas sus partes el recurso de apelación interpuesto por la actora, y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 260/267 y vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada a cargo de la actora, atento a su carácter de vencida, debiéndose proceder a regular los honorarios correspondientes a esta instancia, conforme pautas del art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 260/267 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la actora en su calidad de vencida (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

**"FLORES RAUL EDUARDO 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 III – (Expte.: 450846/2011) – Sentencia: 69/17 – Fecha: 27/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. INCAPACIDAD LABORAL. REAGRAVACION. LEY VIGENTE. LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO. INDEMNIZACION. TASA DE INTERES.

1.- La acción de reagravación es la acción que persigue la indemnización de las consecuencias temporalmente mediatas con fundamento en la agravación de la incapacidad padecida con motivo de un infortunio laboral. Para que proceda, es necesario la existencia de una incapacidad aceptada en forma judicial, administrativa o por acuerdo de partes, aumento de la incapacidad predeterminada en el juicio anterior, que ésta no haya sido del 100 por ciento y que la acción se plantee dentro de los dos años de conocidas o manifestadas las nuevas dolencias. Se trata de una acción y no de un recurso. Lo que con ella se reclama es la diferencia entre la incapacidad ya juzgada y la incapacidad sobreviniente. Resulta inconveniente la existencia de un plazo dentro del cual debe plantearse la reagravación, ya que se vería afectado el derecho del trabajador cuyo organismo manifestara secuelas tiempo después. Esta acción puede plantearse nuevamente si una vez resuelta la reagravación

aparecieran nuevas dolencias que no pudieron preverse al tiempo del juzgamiento. Se trataría en este caso de una reagravación de la primera incapacidad y no de una reagravación de reagravación. Si bien la procedencia de la acción de reagravación es admitida por la doctrina y la jurisprudencia, sería conveniente una reforma legislativa que incluya la misma en el texto de la ley. (Olga Castillejo de Arias, La acción de reagravación de incapacitados laborales, 1988 TOMO DERECHO DEL TRABAJO Nro. 1988, pág. 31 LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACA880108).

2.- Corresponde rechazar el recurso del actor que persigue se determine las prestaciones dinerarias conforme la Ley 26773, y en atención a que la primera manifestación de la reagravación se exterioriza con la promoción de la demanda del 28.06.2011 (...), es decir antes de la entrada en vigencia de aquella, habré de concluir en que resultan aplicables al caso las previsiones del Decreto N° 1694 vigente desde el 06.11.2009; planteo que fue introducido subsidiariamente en el recurso del trabajador.

3.- Dado el encuadramiento normativo, el importe que corresponde al actor será el mayor que surja del cotejo del derivado de la fórmula del art. 14 inc. b) de la Ley 24557 con el piso mínimo previsto en el art. 3° del citado decreto, y en el caso implica comparar $18.413,69 -que es el resultado del cálculo realizado en la sentencia de grado que llega consentido (...)- con la suma de $23.976 derivada de aplicar el mismo porcentaje de 13,32% a $180.000 que es el valor mínimo garantizado por el Dec. 1694/09, procediendo en consecuencia adoptar el segundo. Dicho importe devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A. desde la fecha de promoción de la demanda -28.06.2011- hasta el 31.07.2015 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 (T.A. B.P.N.) hasta que la última sea publicada.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “FLORES RAUL EDUARDO C/ PROVINCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557”, (Expte. Nº 450846/2011), 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 a fs. 172/180 la parte actora interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia de fecha 30.06.2016 (fs. 168/171); pide se la revoque en los términos de los agravios que expone, con costas a la demandada.

Denuncia violación de los principios “iuria novit curia” e “indubio pro operari”, errónea interpretación del art. 14.2 a) de la LRT y del derecho aplicable, y falta de valoración de lo requerido por su parte al alegar, respecto al método de cálculo de la indemnización por ILPP, atento a que el juez de grado luego de analizar la dos pericias médica y psicológica, practica la liquidación sólo en base a la diferencia entre la minusvalía acreditada en autos del 24,26% menos la fijada antes en sede administrativa del 10,94%, por igual diagnóstico.

Destaca que la ART había negado la existencia de la mayor minusvalía y que se omitió valorar que al alegar peticionó se hiciera lugar a la pretensión en todas sus partes, es decir, es una cuestión que debió ser tratada en la sentencia conforme el art. 40 de la Ley 921, es decir antes de que la causa pasara a despacho para el dictado del fallo, conforme potestad judicial para calificar la relación jurídica, y que la Cámara de Apelaciones ha expresado, en pronunciamientos que cita, que la incapacidad es una sola y una vez acreditada las mayores secuelas invalidantes, lo correcto es efectuar el cálculo sobre la incapacidad total establecida en la

instancia.

En segundo agravio, cuestiona que el juez de grado no haya aplicado el Dec. 1694/09, la Ley 26773, ni la Res. S.S.S.N. 1/2016, rechazando el incremento previsto en el art. 3 de la citada ley y por omitir cotejar los valores resultantes de la fórmula legal ni utilizar los pisos mínimos establecidos en aquellas normas, dejando de considerar que el crédito pendiente de pago es una obligación de valor que debe ser reparada, en forma actualizada al momento de su reconocimiento.

Que la sentencia se aparta del antecedente "Mansur" del Tribunal Superior de Justicia que aplicó el Dec. 1694/09 a un siniestro sucedido el 12/07/2006, es decir, anterior a su entrada en vigencia, mientras que el accidente que sufrió el actor acaeció el 17/01/2010; respecto a la procedencia de aplicar retroactivamente las previsiones de la Ley 26773 cita fallos de esta Cámara de Apelaciones y de la C.S.J.N. ("Camusso Vda. De Marino") a créditos aún no cancelados, y como mejora al sistema de prestaciones instituido por la LRT, mediante la recomposición automática para evitar el dictado de nuevas normas.

En último agravio cuestiona que el magistrado se niegue a aplicar la ley 26773 en forma integral, y en particular el adicional del 20% que prevé su art. 3º, conforme fuera requerido en los alegatos, oportunidad en que peticionó declare la inconstitucionalidad del inc. 5º del art. 17 de dicha norma, importando violación del art. 9 de la LCT y el principio de tutela judicial efectiva.

Sustanciado el recurso (fs. 185) la demandada responde a fs. 187/189; con cita de los fundamentos expuestos en la causa "Espósito" por la CSJN respecto a la aplicación retroactiva de las normas en materia de riesgos de trabajo, solicita su rechazo con costas.

II.- Que en lo que es materia de agravios, la sentencia de grado, siguiendo las pericias médica y psicológica, admite que la incapacidad de la actora alcanza al 24,26%, luego de ser calificada como "Reacción Vivencial Anormal Neurótica del grado III", y teniendo en cuenta que fue resarcida en elporcentaje del 10,94%, concluye que la acción prospera por el 13,32% no resarcido y pendiente.

Luego, atendiendo a la postura de los Dres. Pamphile y Gigena Basombrío en antecedentes que cita ("Gelowski" y "Guiñazí, respectivamente), así como la doctrina de la CSJN en "Lucca de Hoz" y los Tribunales Superiores de Mendoza y Río Negro, concluye que no resulta aplicable al caso el art. 3º de la ley 26773 ni la actualización por RIPTE, por entender que la pendencia del pago de la indemnización no califica como una consecuencia pendiente de la relación jurídica capaz de determinar la aplicación de la nueva ley al caso consumado jurídicamente bajo la vigencia de la ley anterior.

Finalmente, al practicar la liquidación utiliza el IBM denunciado por la actora, y calcula la prestación conforme el 13,32% adicionando intereses a la tasa activa del BPN desde la fecha del siniestro (17/01/2010) hasta su efectivo pago.

A.- Abordando la cuestión traída a entendimiento, estimo oportuno citar que al demandar el actor invoca el art. 46 de la Ley 24557, para recurrir el dictamen de la Comisión Médica Nº 9 de fecha 26 de abril de 2011 que determinó la incapacidad del 10,94% derivada del accidente de trabajo sufrido el 17.01.2010, persiguiendo el pago de la aseguradora de riesgos de trabajo por $35.208 más intereses en base a estimar una "minusvalía por el citado evento del 30.50%", y resultante de descontar "lo percibido en sede administrativa, ello es el 10,94%", "conforme lo normado por el art. 3ro., Dec. 1694/2009" (fs. 27); arriba a aquella suma según cálculo obrante en el Capítulo V LIQUIDACION, donde se adopta la diferencia entre aquellos porcentajes, del 19,56%, e incluye el SMB de $2.006,40 a enero de 2010 multiplicado por 53 y el coeficiente de edad a la época del daño, 65/50 (fs. 31).

Que al alegar, se puede observar que el actor explica que "tratándose el presente reclamo de la acción por reagravación contra el dictamen emitido por la C. Médica Zonal, ante la disconformidad del trabajador, y lo informado por el perito Dr. ..., quien estableció que mi mandante presenta, conf. Baremo de la L. 24557, una incapacidad total del 24,26%, diagnosticándole "Reacción vivencial anormal neurótica depresiva, grado III", patología que también detectara Lic....", solicita se "haga lugar a la acción en todas sus partes, ello con más las prestaciones en especie además de la dineraria" y que teniendo en cuenta lo normado por el art. 40 de la Ley 921, pidió que el "juzgado tenga presente que al practicar la liquidación conforme lo prevé la fórmula del art. 14.2 a) de la ley 24557 deberá realizar la misma teniendo en cuenta la incapacidad total fijada por el Dr. ... del 24,26% es decir por el total conforme fuera reclamado, con más las prestaciones asistenciales o en especie, y cuyo gasto aproximado fue fijado por la Lic. ... en un total de $14.000,00 –dado que al iniciar la demanda se reclamó en forma provisoria un monto estimativo calculado sobre un 30,50% de minusvalía al que se dedujo la percibida en sede administrativa del 10,94% pero aclarándose en el punto V.- de fs. 31 que el mismo estaba sujeto en más o en menos a lo que determine el informe médico de los galenos a designarse, y en tanto la incapacidad es una sola, lo correcto es efectuar el cálculo sobre el total de la incapacidad que presenta el actor, sin perjuicio de descontar una vez realizada la liquidación del monto indemnizatorio en función del art. 14.2ª) Ley 24556, el importe percibido por el trabajador en sede administrativa, el que tiene el carácter de pago a cuenta, conf. art. 256 L.C.T., según constancia de fs. 25 de $19.692,00 importe que resulta totalmente irrisorio y violatorio de los derechos del trabajador" (fs. 160 y vta).

A su vez también solicitó la aplicación de lo normado por el Dec. 1694/09 y los arts. 3, 6 8 y s.s. la Ley 26773, previa declaración

de inconstitucionalidad del inc. 5º de su art. 17, por tratarse de modificaciones de la LRT tendientes a mejorar la exigüidad de las prestaciones dinerarias por incapacidad parcial permanente y definitiva (fs. 161 y sgtes.).

B.- Que evaluando los antecedentes obrantes en la causa, fundamentalmente el objeto de la pretensión y las pericia producidas, procede coincidir en que se trata de la reagravación del daño del actor, que en definitiva valida la licenciada en psicología cuando en relación a las secuelas derivadas del episodio que experimentara como guardia en el asalto en que intervinieron varias personas con armas y recibiendo golpes de distinta consideración, explica que "Con el paso del tiempo, algunos síntomas han remitido, por cuanto el psiquismo intenta la elaboración simbólica de modo permanente. Al momento de la evaluación, presenta un cuadro compatible episodio depresivo moderado cronificado, según DSM IV F 32.1 con alteración de las relaciones laborales y de la vida familiar, que requiere de psicoterapia prolongada" (fs. 100 vta), compartiendo con el dictamen médico (fs. 76/78) que ello se corresponde con una "Reacción Vivencial Anormal Neurótica Depresiva Grado III", conforme previsión del Baremo contenido en el Dec. 659/96.

Que así lo expuso el propio actor en su alegato que cito, y razonable como evolución del diagnóstico detectado al tiempo de emitirse el Dictamen de la Comisión Médica fechado el día 21 de diciembre de 2010, donde presentó "Desorden por estrés postraumático" (fs. 8/10).

La acción de reagravación es la acción que persigue la indemnización de las consecuencias temporalmente mediatas con fundamento en la agravación de la incapacidad padecida con motivo de un infortunio laboral. Para que proceda, es necesario la existencia de una incapacidad aceptada en forma judicial, administrativa o por acuerdo de partes, aumento de la incapacidad predeterminada en el juicio anterior, que ésta no haya sido del 100 por ciento y que la acción se plantee dentro de los dos años de conocidas o manifestadas las nuevas dolencias. Se trata de una acción y no de un recurso. Lo que con ella se reclama es la diferencia entre la incapacidad ya juzgada y la incapacidad sobreviniente. Resulta inconveniente la existencia de un plazo dentro del cual debe plantearse la reagravación, ya que se vería afectado el derecho del trabajador cuyo organismo manifestara secuelas tiempo después. Esta acción puede plantearse nuevamente si una vez resuelta la reagravación aparecieran nuevas dolencias que no pudieron preverse al tiempo del juzgamiento. Se trataría en este caso de una reagravación de la primera incapacidad y no de una reagravación de reagravación. Si bien la procedencia de la acción de reagravación es admitida por la doctrina y la jurisprudencia, sería conveniente una reforma legislativa que incluya la misma en el texto de la ley. (Olga Castillejo de Arias, La acción de reagravación de incapacitados laborales, 1988 TOMO DERECHO DEL TRABAJO Nro. 1988, pág. 31 LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACA880108).

No se trata de daño futuro, pues éste puede ser previsto aunque sea difícil la determinación del importe reparatorio lo que normalmente se incluye como pérdida de chance. … No se trata de la revisión de lo anteriormente decidido -respecto de lo que existe cosa juzgada- (o en el caso, prescripción) sino de reparar una secuela que aparece con posterioridad" (conf. Juan Formaro, Riesgos del Trabajo, Ed.Hammurabi, pgs. 543 y ss.).

"La acción en estudio no es un remedio procesal para corregir errores u omisiones del juicio anterior. Importa una nueva petición que tiene como objeto único y fundamental acreditar el incremento de la incapacidad determinada oportunamente -es decir, el daño físico sufrido con posterioridad" (C.J.Catamarca, 30/4/02 "Décima Roberto c.Panificadora Héctor María Pacheco", LLNOA 2002-1210).

Que a partir de lo informado por los peritos procede concluir que la incapacidad del actor se trata de una secuela que no pudo ser tenida en cuenta al tiempo del examen realizado en sede administrativa, sin perjuicio de su conexión con el mismo accidente que había sido objeto de evaluación.

Que no obstante los argumentos expuestos en el alegato, el caso no se trata de aquellos supuestos en que ha existido una insuficiente evaluación de una patología por parte de la aseguradora de riesgo de trabajo, para sostener que la incapacidad es una sola.

Así, el procedimiento para determinar la prestación dineraria impone adoptar la diferencia entre el mayor porcentaje resultante del hecho sobreviniente con aquel fijado y ya retribuido siguiendo lo dictaminado por la Comisión Médica.

Por ello, más allá de la variación de los argumentos, ello no se traducirá en la modificación de la proporción incapacitante utilizada por el juez de grado, es decir, el 13,32%.

C.-Respecto a la crítica dirigida contra la aplicación temporal de las normas que reglamentaron y modificaron el régimen de reparación tarifada que regula la Ley 24557 a los fines de establecer su cuantificación económica, en la causa "CASANOVA MARCELO RAFAEL C/ FEDERACION PATRONAL ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (EXTE. 452.529/2011 - Sent.25.08.2016), ya me he expedido adhiriendo al criterio exegético seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente – Ley especial" del 7 de junio del 2.016, en la que deja

sentado que tratándose de una ley especial la que regula las prestaciones derivadas de los infortunios laborales, se debe aplicar la vigente al momento del accidente o de la primera manifestación de la enfermedad, interpretación que habré de seguir por razones de economía y en función del deber moral que imponen los pronunciamientos del Máximo Tribunal Nacional respecto de los tribunales inferiores, tal como lo han exteriorizado en su mayor parte los análisis y conclusiones alcanzadas de manera coincidente por los miembros de esta Alzada en "Huaiquil Cayul, Jorge Alberto c/ La Segunda ART SA s/ Recurso art. 46 Ley 24557" (Exte. 458715/2011) de la Sala I, "Ortega Carlos Andres c/ Asociart ART S.A. S/ Accidente de trabajo con ART" (Exte. 426042/2010) de la Sala II y el Dr. Fernando Ghisini, integrando esta Sala III en "Poblete Maturana David c/ MAPFRE Argentina ART S.A. S/ Accidente de Trabajo con ART" (Exte. 433207/2010), y recientemente el Máximo Tribunal Provincial en "NÚÑEZ URRA WALDEMAR ENRIQUE C/ PREVENCIÓN A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" (Expte. N° 412143 - año 2010- Acuerdo Nº 5 del 13.02.2017), en el que por fallo mayoritario se sigue la interpretación de la Corte Cimera explidando: "La autoridad institucional que es inherente a la jurisprudencia de la Corte constituye un importante factor de seguridad y certeza que contribuye a alcanzar un estándar de previsibilidad para las personas, razón por la cual este Cuerpo no la puede desconocer.

Tampoco puede escapar al entendimiento del contexto que envuelve la presente decisión, la incidencia que tiene el tiempo transcurrido en el trámite judicial sobre los derechos de la víctima. La garantía a una duración razonable del proceso reclama una decisión judicial que ponga fin al conflicto sin dilaciones indebidas. Asimismo, la solución que se propicia procura evitar un mayor desgaste jurisdiccional y conduce a disminuir la litigiosidad, todo lo cual colabora a fortalecer el sistema judicial. En consecuencia, las razones aquí expuestas respaldan suficientemente la conformación al precedente de la Corte Suprema. 5. Frente a los señalamientos reseñados en los puntos anteriores, queda demostrado que el decisorio de la Alzada infringió los Arts. 17.5 de la Ley 26.773 y 16 del Decreto 1694/09, toda vez que no se ajusta a la interpretación de las normas que regulan su aplicación temporal. Por dicho fundamento resulta procedente la impugnación articulada por la parte demandada, por la causal que motivara la apertura de la instancia extraordinaria. …"

Conforme lo analizado, se habrá de rechazar el recurso del actor que persigue se determine las prestaciones dinerarias conforme la Ley 26773, y en atención a que la primera manifestación de la reagravación se exterioriza con la promoción de la demanda del 28.06.2011 (fs. 36), es decir antes de la entrada en vigencia de aquella, habré de concluir en que resultan aplicables al caso las previsiones del Decreto N° 1694 vigente desde el 06.11.2009; planteo que fue introducido subsidiariamente en el recurso del trabajador.

III.- Dado el encuadramiento normativo, el importe que corresponde al actor será el mayor que surja del cotejo del derivado de la fórmula del art. 14 inc. b) de la Ley 24557 con el piso mínimo previsto en el art. 3° del citado decreto, y en el caso implica comparar $18.413,69 -que es el resultado del cálculo realizado en la sentencia de grado que llega consentido (fs. 170 vta, punto 3)- con la suma de $23.976 derivada de aplicar el mismo porcentaje de 13,32% a $180.000 que es el valor mínimo garantizado por el Dec. 1694/09, procediendo en consecuencia adoptar el segundo.

Dicho importe devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A. desde la fecha de promoción de la demanda -28.06.2011- hasta el 31.07.2015 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 (T.A. B.P.N.) hasta que la última sea publicada.

IV.- En relación las prestaciones en especie, la omisión de tratamiento en la sentencia de grado no es más que la consecuencia de resultar materia ajena a la pretensión (art. 263 inc.6º CPCyC), y de ello insusceptible de ser abordado en esta instancia (art. 277 del CPCyC).

V.- Las costas se imponen en el orden causado considerando que la demandada resulta parcialmente vencida y el cambio de postura motivado en los antecedentes del Máximo Tribunal Nacional, seguido por el Provincial, (art. 17 Ley 921 y art. 68, 2da. Parte CPCyC).

VI.- Finalmente al modificarse el monto de condena, se habrán de dejar sin efecto los honorarios determinados en la sentencia de grado, debiendo procederse a una nueva regulación considerando el capital de condena y los intereses, manteniéndose la misma proporción allí adoptada.

Los devengados en esta Alzada se fijan en el 30% de los anteriores con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

VII.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propiciaré al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso del actor, elevando el monto de condena a la suma de $23.976,00, a la que se adicionarán los intereses según lo expresado.

Confirmar la imposición en costas y dejar sin efecto las regulaciones de honorarios establecidas en la instancia de grado, para que se fijen conforme la misma proporción atendiendo al nuevo monto de capital e intereses.

Los gastos causídicos en la Alzada se imponen por su orden.

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. 168/171, elevando el monto de condena a la suma de PESOS VEINTITRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS (23.976), con más los intereses expresados en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en la oportunidad del art. 51 de la ley 921.

3.- Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 71 C.P.C.C.)

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"CAMPENNI TOMAS Y OTRO C/ CASTINVER S.A. Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1814/2016) – Sentencia: 72/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO PRECESAL: Procesos de ejecución.

HONORARIOS. EJECUCION DE HONORARIOS. REGULACION DE HONORARIOS. IMPOSICION DE COSTAS. COSTAS AL VENCIDO. TITULO HABIL. EXCEPCIONES PROCESALES. PROCEDENCIA DE LA EJECUCION.

1.- Corresponde confirmar el decisión objeto de recurso que en una ejecución de honorarios rechazó las excepciones de falsedad de la ejecutoria, inhabilidad de título y falta de legitimación activa, y mandó a llevar adelante la ejecución luego de verificar que la regulación de honorarios constituye título cierto, líquido y exigible, es autónomo, completo y generador de derechos, respecto de las partes que intervienen en calidad de acreedor y deudor, toda vez que los honorarios regulados tanto como que su pago fue impuesto en concepto de costas procesales que se encuentran firmes, por lo que cede el único antecedente en que se fundan las excepciones, y que consistiría en un convenio de renuncia a la percepción de tal modalidad de retribución, máxime si éste no se refiere en forma clara y concreta a la deuda que se ejecuta, y fundamentalmente si la obligada es la que directamente otorgó mandato de representación procesal que motiva la retribución profesional, y nunca intervino en el acuerdo invocado. Lo contrario importaría exceder el abordaje autorizado para un proceso como el que nos ocupa, donde no procede investigar aspectos causales, cuando además existe la

posibilidad de que en otro juicio de conocimiento se desarrolle de manera plena el debate postulado;

2.- Respecto a la crítica introducida por la omisión de abordar el planteo fundado en la teoría de la confiscatoriedad en que incurre el juez de grado, y en atención a las previsiones del art. 278 del CPCyC, procede concluir en su rechazo considerando, más allá de no haberse invocado en relación a qué monto los honorarios regulados exceden el porcentaje límite del 33%, que cualquier revisión resulta vedada por esta vía en atención a que se encuentra precluída la posibilidad de oponer reparos a toda cuestión sobre el monto, habiendo arribado a esta Alzada firmes y consentidos aquellos luego de que fueran notificados en el domicilio real de la obligada (art. 49 L.A. vigente), sin que se haya interpuesto recurso alguno (art. 150, 155 s.s. y cc.. del CPCyC).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "CAMPENNI TOMAS Y OTRO C/ CASTINVER S.A. Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS" (Expte. INC Nº 1814/2016) 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,

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 385/382 la ejecutada interpone y funda recurso de apelación contra la resolución de fecha 18 de octubre de 2016 (fs. 378/379) que, con expresa imposición en costas a la vencida, rechazó las excepciones de falsedad de la ejecutoria; inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva, mandando llevar adelante la ejecución, pidiendo se la revoque.

En primer punto considera que, para rechazar las excepciones de falta de legitimación pasiva e inhabilidad de titulo el juez se limitó a hacer un mero análisis de las formas extrínsecas del título para concluir en forma dogmática en la posibilidad de discutir la causa de la obligación en juicio ordinario posterior, sin considerar los hechos y argumentos que expusiera respecto a que los actores carecen de todo derecho al cobro de las sumas pretendidas y que la deuda es inexistente por no ser su parte deudora de ninguna suma derivada de honorarios a favor del Estudio Campenni y Hurtado por cuanto éstos acordaron expresamente valores fijos por etapas y renunciaron a la regulación a cambio de la asignación de diversas causas por parte del Estudio Nicholson & Cano. Cuestiona asimismo que siquiera ordenó alguna de las medidas probatorias que ofreciera ni evaluó la documental aportada, más allá que el convenio entre ambos estudios fue reconocido, y que no se haya atendido al perjuicio que implica tener que abonar la totalidad de las sumas reclamadas para luego iniciar una acción judicial por repetición contra los actores, y que se atentaría contra la cosa juzgada material, ya que si manda a llevar adelante la ejecución es porque entiende que la deuda es exigible.

Señala como yerro del magistrado que el convenio invocado no le es oponible, que no se entiende que pueda hablarse de un tercero cuando en los hechos fueron los letrados Nicholson & Cano quienes intervinieron en la gestión principal del juicio a quien su parte había contratado los servicios profesionales, desde mucho antes del inicio del proceso en el que actuaron los letrados, y en el marco de ese convenio todo asunto asignado a los actores estaba consensuado en cuanto a honorarios a reconocerles, quienes actuaron en diversos temas relacionados, incluso con otros clientes de aquel estudio.

Respecto a que el convenio es anterior a la sentencia señala que no es correcto, atento a que confunde arbitrariamente el objeto de la litis con los honorarios reconocidos, y que no se advierte cómo podría su parte plantear una excepción antes que los letrados iniciaran la ejecución de sus honorarios que sabían no podían reclamar, con lo que no se está invocando un hecho anterior ni se afecta la cosa juzgada, pues la sentencia en el juicio principal ninguna relación tiene con la cuestión de honorarios que fueron regulados a los actores.

En segundo lugar se agravia por cuanto el juez de grado omitió dar tratamiento a una cuestión esencial que había sido introducida en relación con la teoría de confiscatoriedad elaborada por el Máximo Tribunal Provincial y la CSJN, dando lugar a una sentencia claramente arbitraria, que vulnera elementales garantías constitucionales como ser la del debido proceso legal, afectando además su derecho de defensa y de propiedad, dando lugar a un pronunciamiento que resulta nulo que debe ser descalificado como acto

jurisdiccional válido.

II.- Sustanciado el recurso (fs. 393) responden los actores a fs. 410/412; piden se rechace con costas.

En relación al primer agravio señalan que se trae al análisis los mismos argumentos invocados en oportunidad de oponer las excepciones en la instancia de grado y que no es una concreta y razonada crítica al fallo, sino que se trata de una mera discrepancia con la sentencia. Agregan que el título en ejecución aparece cierto, líquido y exigible surgiendo con evidencia quienes participan en calidad de deudor y acreedor, es autónomo, completo y constitutivo de derechos. Que la ejecutada pretende desvirtuar el proceso de ejecución introduciendo cuestiones ajenas al mismo a sabiendas que carece de elementos para hacerlo y que aún así fueron analizados y zanjados por el magistrado. Que no procede introducir planteos que debieron ser opuestos en las etapas pertinentes ni renovar cuestiones ya resueltas.

Invoca que lo mismo ocurre con la queja respecto al tratamiento de la teoría de la confiscatoriedad y aplicación de la ley 24432, conforme a que el fallo en análisis no trata sobre dicha materia ni aplica dicha norma, porque su basamento se retrotrae a una petición extemporánea, y que el momento procesal oportuno para cuestionar la regulación de honorarios tuvo lugar con la apelación de los mismos, por altos en el expediente principal, cuestión que además fue resuelta por los jueces de grado y segunda instancia, quedando firmes y consentías las regulaciones.

III.- Que la decisión objeto de recurso rechazó las excepciones de falsedad de la ejecutoria, inhabilidad de título y falta de legitimación activa, y mandó a llevar adelante la ejecución luego de verificar que la regulación de honorarios constituye título cierto, líquido y exigible, es autónomo, completo y generador de derechos, respecto de las partes que intervienen en calidad de acreedor y deudor.

Que el argumento de la ejecutada de no hallarse obligada al pago de los honorarios regulados a favor de los actores en razón de un convenio que suscribieran éstos con el estudio Nicholson y Cano Abogados, cae al no advertirse de qué modo puede ser oponible a la ejecutada, que es tercera ajena al mismo, sumado a que la comunicación referida da cuenta de que fue suscripto con anterioridad a la fecha de las regulaciones, no cumpliendo el requisito del art. 507 del CPCyC, cuando las excepciones deben fundarse en hechos posteriores a la sentencia, no resultando suficiente a tal fin la prueba acompañada para determinar la naturaleza del vínculo existente entre las partes, y que el planteo puede ser discutido en un juicio ordinario posterior con mayor amplitud de prueba y debate.

IV.- Que a esta instancia llegan firmes y consentidos los honorarios regulados a los actores devengados por la labor profesional desarrollada a favor de la co-demandada, aquí ejecutada, a lo largo de las dos instancias ordinarias y la extraordinaria ante el Tribunal Superior de Justicia Provincial, por la suma de $167.849, $50.324,70 y $83.924,40 para retribuir al Dr. Campenni, y por $167.849 y $50.324,70 para el Dr. Hurtado, respectivamente, y que le fueron notificados a aquella en el domicilio real el 28 de abril de 2015 conforme constancia de fs. 25.

Los letrados promueven ejecución con fecha 30 de mayo de 2016 (fs. 1vta), es decir, vencido el plazo fijado en el art. 49 de la Ley Arancelaria vigente.

Que a fs. 77 luce la constancia de la entidad bancaria que el día 19 de julio de 2016 informa haber procedido a embargar las cuentas de la ejecutada y transferidos al Banco de la Provincia del Neuquén a la orden del juzgado y como perteneciente a estas actuaciones, habiéndose dispuesto la citación de venta por el plazo de cinco días para que oponga excepciones (fs. 78), y que interpone con fecha 26.08.2016 (fs. 342/353).

Que al interponer las excepciones de falsedad de la ejecutoria, falta de legitimación pasiva e inhabilidad de título la incidentista denuncia que había contratado desde hace varios años los servicios legales del Estudio Nicholson y Cano –Abogados (NYC), y que fueron los que se ocuparon de la defensa de sus intereses contestando cada una de las tres demandas que fueron acumuladas en la causa “Giosue Guillermo César c/ Castinver S.A. Y OTRO S/ Cobro de haberes“ (Exte. 391.245/2009), y en lo sucesivo, incluso en las instancias de apelación y posterior recurso de casación ante el Superior Tribunal.

Explican que NYC mantiene un convenio con los actores que lo firmaron, por todas las causas que a dicho estudio le pudiera asignar, donde se establecen pautas generales acerca de los honorarios que se reconocerán por la gestión de los casos en las jurisdicciones de las Provincias de Río Negro y Neuquén, habiendo manifestado en el inc. m) del acuerdo que aquellos “renuncian a los honorarios que se le regulen judicialmente cediéndolo a la/s empresa/s que haya representado a cambio de la retribución especificada precedentemente”.

A continuación destacan ”que si bien en el encabezado del acuerdo se indica que dicho convenio se firma para aquellos asuntos de las empresas HSBC NYL SEGUROS DE VIDA (ARGENTINA) S.A., HSBC NYL SEGUROS DE RETIRO S.A. y HSBC LA BUENOS AIRES SEGUROS S.A. por ser los clientes de NYC que originalmente motivaran asignaciones al Estudio de los actores, lo cierto es que dicho convenio es aplicable a todos aquellos casos que le fueran derivados por NYC a aquellos, y así fue acordado entre las

partes", mientras que en la clausula q) se indica que "por razones de orden práctico, el ESTUDIO aplicará el presente convenio a todos los asuntos derivados de NYC al ESTUDIO, cualquiera fuera el cliente comprometido y siempre que no presenten carácter extraordinario, salvo acuerdo específico en contrario" (fs. 344).

Que en relación al vínculo del mandato ejercido por los letrados –que en el proceso citado "Giosue" se prolongó a lo largo de más de 6 años sin que se haya exteriorizado cuestionamiento- de la que se deriva la retribución objeto de los presentes, resulta de aplicación la Ley 1594 que en su Art. 1 prevé que "los honorarios profesionales de abogados y procuradores devengados en juicio, gestiones administrativas y prestaciones extrajudiciales, deben considerarse como remuneraciones al trabajo personal del profesional y se regirán por las disposiciones de la presente ley", en el siguiente, art. 2°, se estipula que "Los profesionales que actuaren para su cliente con asignación mensual fija, o en relación de dependencia, no podrán cobrar honorarios de los mismos, sean o no condenados en costas, excepto respecto de los asuntos cuya materia fuere ajena a aquella relación, lo que deberá estar pactado expresamente por escrito", mientras que su art. 5° contiene la expresa condena a que "Toda renuncia anticipada de honorarios o pacto por un monto inferior al que correspondiere de acuerdo con esta ley, será nulo de nulidad absoluta, excepto cuando se pactara con ascendientes y descendientes en línea directa, cónyuge o hermanos del profesional".

A su vez, en el LIBRO III PROCESOS DE EJECUCION del CPCyC, respecto de la ejecución de sentencia de tribunales nacionales, el art. 499, estipula que "Consentida o ejecutoriada la sentencia de un tribunal judicial o arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla, a instancia de parte, de conformidad con las reglas que se establecen en este capítulo", mientras que el art. 500 establece que el régimen allí previsto alcanza "Al cobro de honorarios regulados en concepto de costas" (inc. 3º).

En este sentido se expiden Berizonce y Mendez (Honorarios de abogados y procuradores, pág. 255) al expresar que: en puridad, mediando condenación en costas, la regulación le otorga un título ejecutorio y la acción se sustancia por el trámite de ejecución de sentencia..." (Jurisprudencia citada en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Elena Higton y Beatriz Aréan -Pág. 58 - Edit. Hammurabi – Ed. 2008).

Que en definitiva, la fuerza ejecutiva del título en los presentes encuentra fundamento en la regulación de honorarios contenidas en aquellos pronunciamientos firmes que se devengaron a partir de la actuación profesional concretada en representación y en beneficio de la parte condenada en costas, aspectos sobre los que la ejecutada no postula argumento defensivo admisible en los términos del art. 506 del código citado.

Y en tal sentido hallo razón al juez de grado cuando concluye que frente a una ejecución como la que habilitan las normas citadas, por honorarios regulados tanto como que su pago fue impuesto en concepto de costas procesales que se encuentran firmes, habrá de ceder aquel único antecedente en que se fundan las excepciones, y que consistiría en un convenio de renuncia a la percepción de tal modalidad de retribución, máxime si éste no se refiere en forma clara y concreta a la deuda que se ejecuta, y fundamentalmente si la obligada es la que directamente otorgó mandato de representación procesal que motiva la retribución profesional, y nunca intervino en el acuerdo invocado.

Lo contrario importaría exceder el abordaje autorizado para un proceso como el que nos ocupa, donde no procede investigar aspectos causales, cuando además existe la posibilidad de que en otro juicio de conocimiento se desarrolle de manera plena el debate postulado; y a su respecto, sólo cabe mencionar que constituye una afirmación dogmática y sin asidero jurídico la incluida en la crítica acerca de que tal revisión queda vedada por los efectos de la cosa juzgada derivada del dictado del auto que manda llevar adelante la ejecución.

Que en la causa "GOMEZ JORGE CONTRA SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA S/ EJECUCION DE HONORARIOS E/A 255146/01" (ICC Nº 41973/7-Int. 24.04.2009 Sala I), dirimiendo la disidencia respecto a la procedencia de la inhabilidad de título fundada en la existencia de un convenio de honorarios, adhería al voto del Dr. Silva Zambrano que rechazó la excepción sosteniendo:

"… 2.- En efecto: en cuanto a este último tópico, entiendo que la apelación halla fundamento similar al que se desarrollara en las mentadas actuaciones entre las mismas partes (ICC Nº 51201/7), argumento que consiste en la invocación del convenio entre ellas, junto a la aseveración de que "el debate respecto del alcance, eficacia y validez del citado convenio no corresponde que sea debatido en el presente marco procesal limitado, sino que por el contrario, tiene su marco de discusión en el proceso entablado a dichos efectos por mi mandante, caratulado 'Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. c/ Gómez, Jorge Arturo' s/ acción declarativa de certeza, que tramita por ante el Juzgado Civil y Comercial nº 25 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, tal como lo ha hecho saber esta parte al oponer la excepción de inhabilidad de título". (Memorial apelatorio, fs. 109 al pie/vta.). Pues bien, frente a ello, sostuvimos en la citada causa entre las mismas partes: "Por lo demás, en lo que concierne a la cuestión restante que refiere a los efectos del convenio entre las partes y al juicio que a ese respecto le ha promovido la demandada a su ex letrado en la

Ciudad de La Plata, corresponde decir que la situación resulta equivalente al caso en que se impetrase la acumulación de un proceso de conocimiento con uno de ejecución, procedimiento que en principio resulta inadmisible (Cf. arg. art 188, ap. 3º del C. Procesal). "Considérese, en efecto que, pese a que no se haya invocado dicho instituto y aunque no se tratara propiamente de una acumulación física o material de los litigios, a fin de cuentas, las consecuencias vendrían a ser similares a ella, ya que la suerte de la presente ejecución de honorarios quedaría ineluctablemente ligada a la del proceso de conocimiento, o, puesto en otras palabras: aquél se vería enervado por el proceso de conocimiento, alternativas, insístese, en principio inadmitidas en nuestro Ordenamiento. (Cf., por ejemplo, jurisprudencia citada por Morello y colaboradores, "Códigos Procesales...", Editora Platense, 2ª Edición T. II-C, ps. 457/458 y 465/466)". Comparto entonces las expresiones que al respecto vierte en las presentes la sentenciadora de instancia inicial:

"...la prueba ofrecida por la ejecutada no resulta conducente para tener por acreditada la vigencia de aquel convenio suscripto por las partes. Por lo que las alegaciones vertidas por ambas partes, a los fines de determinar su vigencia y, por ende, la obligación exigible o no resultante de la sentencia, deberán ser materia de un juicio de conocimiento posterior. Ello por cuanto determinar si aquel vínculo jurídico que unía a las partes, fue resuelto por el artículo 1204 del C.C., requiere de mayor prueba y debate, lo que resulta ajeno a esta ejecución de honorarios" (fs. 94; el énfasis es mío). …".

A su vez también se comparte lo analizado y resuelto por la Sala II de esta Cámara de Apelaciones en la causa "FOCACCIA LUIS MARIA Y OTRO C/ CORFONE S.A. S/ EJECUCION DE HONORARIOS e/a: BELLOUMINI ALDO C/ CORFONE S.A. S/ COBRO DE HABERES" (Expte.n° 652-CA-1.998- PS.1998-Tº IV-Fº 715/718-Nº 237-SALA II), en fundamentos que estimo aplicable a los presentes, cuando sostuvo:

"… IV.- Entrando a la consideración del primer agravio formulado por la demandada referido a la dogmatización por parte de la juez de grado de lo dispuesto en el art. 507° del C.P.C.C. por entender el apelante que los pagos por remuneración mensual fija, opuestos como defensa, sólo pudieron hacerse valer en esta etapa y no antes, debo manifestar que no obstante la consideración efectuada por la a-quo en referencia al art. 506° del C.P.C.C. procedió luego a analizar la documentación acompañada por la demandada de fs. 37/79 y ante la negativa de la actora de que tal documentación tenga relación con la deuda ejecutada la juez de grado la rechazó por entender que no se refería clara y concretamente a la deuda que se ejecuta y no correspondía investigar la causa de la obligación. Comparto tal criterio, ya que aceptar los argumentos de la demandada implicaría la apertura a prueba y la indagación de tal causa.

No es aceptable la interpretación efectuada por la demandada respecto del art. 2° de la Ley 1594 en función de lo concertado por las partes, ya que no aparece de modo claro y convincente que la suma fija retributiva pactada comprendiera también los honorarios regulados en juicio, máxime teniendo en cuenta la documentación de fs. 80 y 81/82 -la que se acompañó en la etapa procesal oportuna y conforme art. 547° párrafo segundo C.P.C.C.-, de la que resultaría otra interpretación, que no es del caso ventilarla en este juicio limitado y acotado por las normas procesales respectivas, siendo también materia de prueba los argumentos referidos a la falta de aceptación o no por parte del directorio de CORFONE S.A.

"La pauta del art. 2° de la Ley 1594 debe ser interpretada en forma estricta (Albarracín Godoy, "Honorarios de Abogados y Procuradores", pág. 189; Serantes Peña-Palma, "Aranceles...", pág. 8). Cuando un letrado desarrolla dos funciones, una de asesoramiento y otra de patrocinio en juicios, deben interpretarse restrictivamente los pagos efectuados como liberatorios de los honorarios devengados judicialmente, imputándose éstos, a falta de documentación que lleve a obrar en contrario, a pagos de servicios de asesoramiento (Serantes-Peña Palma, p. 189)" (PS.IV-703/05 -Sala I- 26/9/1995).

Y también: "Debe interpretarse restrictivamente desde que importa una renuncia al derecho que tienen al cobro de honorarios en el ejercicio de su profesión" (P.A.S. 1988, T.I., f°76/82 -30/8/88- Sala I).

No surgiendo en forma indubitable de la documentación acompañada por ambas partes que los actores hubieran renunciado al cobro de honorarios regulados judicialmente, no cabe la indagación en este proceso de tal circunstancia, máxime teniendo en cuenta que se trata de un juicio de ejecución de honorarios y que en este aspecto se ha resuelto: "la prueba tendiente a la exclusión del derecho a percibir honorarios, supuesto contemplado en el art. 2° de la Ley 21839, de interpretación restrictiva, debe ser concluyente, por la posible afectación del derecho de propiedad amparado constitucionalmente" (CNCom.Sala A, "Banco Credicoop Limitado c/ Aceros Puesto Viejo S.A.", 30-IX-94)(Honorarios de Abogados y Peritos, Fernández - Capo pág. 19). Por tales razones este agravio será rechazado.

La queja referida a no haber tenido la juez de grado en cuenta la existencia de la sociedad de hecho SOSA LUENGO-FOCACCIA, se encuentra relacionada con el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa, queja que será rechazada por cuanto lo que aquí se ejecuta son honorarios regulados en juicio, independientemente del convenio que ligó a la demandada con el estudio SOSA LUENGO-FOCACCIA. Atento la notificación que implica la presentación de nuevo apoderado en el juicio principal, el que,

como ha sido reconocido por la demandada, tuvo por efecto la notificación de los honorarios de los cuatro profesionales, teniendo igual efecto la intimación efectuada a fs. 34, ya que se refiere a tales honorarios, que no eran desconocidos por la demandada, tal como consta a fs. 35 de esta causa, carece de virtualidad jurídica, en consecuencia, que el acuerdo se hubiera celebrado entre la sociedad de hecho y la demandada y que la ejecución de honorarios la efectúen los profesionales intervinientes en la causa judicial, por cuanto los mismos actuaron en carácter de patrocinantes, sin que hubiera norma o convenio que se los impidiera y en consecuencia son de aplicación los arts. 10, 11, 14 y ccdtes.de la Ley 1594, siendo elección de los representantes hacerse patrocinar por sí o por un tercero, por lo que no existe agravio alguno para la demandada.

V.- Respecto del rechazo de la excepción de inhabilidad de título, observo que la apelante reconoce la intimación efectuada por la actora, su rechazo a la misma y que los actores renunciaron al poder que se les había otorgado, no siendo necesaria en consecuencia la notificación del art. 49° de la L.A., pero entiende que los Dres. FORMARO y NAVARRO PIZZURNO debieron intimar por el cobro de sus honorarios, planteo que ha sido considerado precedentemente y a cuyos fundamentos me remito. No puede ahora, la demandada cuestionar el patrocinio en juicio ejercido por los actores respecto de sus representados por cuanto no tenían limitación en tal sentido.

En este aspecto se ha resuelto: “En general cuando se asume la representación en juicio, la relación entre abogado y cliente se rige por las reglas del mandato y la regulación y el pago de los honorarios respectivos, en principio, debe ser de conformidad al trabajo realizado y a las disposiciones pertinentes del arancel profesional. De ahí que resulta inviable aducir que el título es inhábil porque no determina quien es la persona obligada al pago de los honorarios que se ejecutan o que no existió vínculo profesional, ni fueron contratados los servicios del letrado accionante, pues, si como bien sostuvo el “íudex a-quo”, la ejecutada otorgó poder especial al ejecutante para que intervenga en el pleito en el que se devengaron y establecieron los honorarios hoy ejecutados, el otorgamiento de dicho poder ha importado una relación contractual que unió al aquí actor con la apelante, no pudiendo, por ende, el mandante pretender desconocer la remuneración fijada judicialmente por la gestión encomendada al mandatario (arts. 1869, 1870 inc. 6, 1971 y 1952 COD.CIV.). Así entonces, frente a tal situación ha quedado purgada cualquier eventual deficiencia formal del título, revelándose impropio cuestionar su habilidad, so pena de favorecer un mero ritualismo (art. 542° inc. 4 Cód. Proc.)” (CC0201 LP, B 79002 RSD-153-94 S 2-8-94…”.

Que efectivamente, no existe obstáculo procesal a que en trámite de conocimiento pleno la ejecutada pueda exteriorizar o acreditar los antecedentes en que funda la pretensión, conforme los que, los actores se encuentran alcanzados por el contrato de prestación de servicios legales que la une con el Estudio NYC, particularmente su ejecución a lo largo de los casi 6 años que duró el trámite del expediente principal, y en ello la exacta modalidad respecto a la retribución de la labor como su cuantificación, en especial cuando introduce que fue el Estudio NYC el que habría realizado “la totalidad de las gestiones principales relacionadas con el expediente “Giosue, Guillermo César c/ Castinver S.A. Y OTRO S/ Cobro de haberes“ (Exte. 391.245/2009), tanto en oportunidad de contestar cada una de las tres demandas, como así en lo sucesivo luego de determinada la acumulación de los procesos, e incluso en las instancias de apelación y posterior recurso de casación ante el Superior Tribunal” (fs. 342 vta), y explicar cómo obtuvo su inclusión en el convenio celebrado en el año 2011 para liberarse de responder por los honorarios que se devengaron por la actuación cumplida por los letrados ejecutantes en su nombre desde el año 2009.

En orden a las consideraciones expuestas, se habrá de rechazar el primero de los agravios.

V.- Respecto a la crítica introducida por la omisión de abordar el planteo fundado en la teoría de la confiscatoriedad en que incurre el juez de grado, y en atención a las previsiones del art. 278 del CPCyC, procede concluir en su rechazo considerando, más allá de no haberse invocado en relación a qué monto los honorarios regulados exceden el porcentaje límite del 33%, que cualquier revisión resulta vedada por esta vía en atención a que, como anticipara, se encuentra precluída la posibilidad de oponer reparos a toda cuestión sobre el monto, habiendo arribado a esta Alzada firmes y consentidos aquellos luego de que fueran notificados en el domicilio real de la obligada (art. 49 L.A. vigente), sin que se haya interpuesto recurso alguno (art. 150, 155 s.s. y cc.. del CPCyC).

En consecuencia, el agravio no prospera.

VI.- Por los fundamentos expuestos propongo al Acuerdo la confirmación del fallo apelado, con expresa imposición de costas a cargo de la vencida (art. 68 y 69 del CPCyC), debiendo regularse honorarios de Alzada conforme las pautas del art. 15° de la L.A., los que conforme la entidad de la labor cumplida se fijan en el 35% de los que resulten de la instancia de grado, para los letrados que intervinieron en causa propia y en conjunto, y en el 25% de aquellos que conforme la misma intervención se devengaron para los profesionales que asistieron a la ejecutada.

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. 378/379, 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 35% de los que resulten de la instancia de grado, para los letrados que intervinieron en causa propia y en conjunto, y en el 25% de aquellos que conforme la misma intervención se devengaron para los profesionales que asistieron a la ejecutada (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

**"ZARZUR CARLOS ANIBAL C/ VIA BARILOCHE S.A. – VIA CARGO- S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508547/2015) – Sentencia: 83/17 – Fecha: 11/05/2017

DERECHO COMERCIAL: Contratos.

CONTRATO DE TRANSPORTE. ENCOMIENDA. FALTA DE ENTREGA. PRUEBA DEL CONTENIDO DE LA ENCOMIENDA. DAÑO EMERGENTE. CUANTIFICACION. DAÑO MORAL. RECHAZO.

1.- Procede incrementar el monto reconocido por el daño emergente originado en la falta de entrega de una encomienda despachada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con destino final a la ciudad de Neuquén, ya que del cúmulo de pruebas colectada –factura de compra del televisor, planilla de reclamo, testimoniales- surge que la mercadería -efectivamente- remitida contenía un televisor de las características enunciadas por el actor en su reclamo, cuyo valor al momento de compra oscilaba en la suma de $5784,38, (…). Consecuentemente, al haberse acreditado el contenido de la encomienda y su valor, propondré al acuerdo elevar el monto del daño emergente a la suma de $5784,38 –en la instancia de grado se reconoció la suma de $ 5000 pre establecida por el transportista como monto asegurado-, con más los gastos de envío reconocidos en la sentencia, lo que arroja una suma total de: $6220, a la que se le anexa los intereses fijados en la sentencia (tasa activa del BPN), desde el 16/04/2013 hasta su efectivo pago.

2.- En lo que respecta a la procedencia del daño moral, dicho agravio será rechazado. En efecto: cuando la responsabilidad tiene naturaleza contractual, como ocurre en el caso de autos, la existencia de perjuicio moral debe ser considerado con rigor y, por lo tanto, es a cargo de quien lo reclama su prueba, no bastando el incumplimiento de las obligaciones contraídas. (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, 9/12/1980, “Terrén de Céspedes c/ Even S.A.”, LL 1981-B, pág. 409).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 11 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ZARZUR CARLOS ANIBAL C/ VIA BARILOCHE S.A. – VIA CARGO- S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (Expte. Nº 508547/2015), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 2 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- Vienen los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 145 contra la sentencia de fs. 137/141 vta.

Asimismo para el tratamiento de la apelación articulada por la demandada a fs. 146 y vta, por considerar altos los honorarios regulados a los letrados de la actora y por la forma en que se distribuyen las costas.

II. A) Agravios de la actora:

Expresa, que le causa agravios que la a quo haya prescindido de la declaración testimonial del Sr. Franco Martín Juliano, Gerente de Vía Bariloche S.A. y del testimonio brindado por el Sr. Guillermo De La Cruz.

Manifiesta, que de la simple lectura de los dichos del Gerente Comercial, surge que la empresa demandada se encontraba en conocimiento de que se transportaba un televisor. Asimismo, que el testimonio del Sr. Cruz, da cuenta de lo que se envió, del reclamo efectuado y de la falta de respuesta de la accionada.

Sostiene, que con ello se descarta de plano la afirmación de la jueza de grado en cuanto a que su parte no acreditó los extremos invocados en la demanda en los términos del art. 377 del CPCyC.

Afirma, que según el art. 208 del Código de Comercio, los contratos comerciales pueden justificarse por testigos y que en el caso, con los dos testimonios referenciados anteriormente se demostró que el objeto transportado era el televisor, por lo cual la sentencia en crisis a más de ser arbitraria es violatoria de la ley sustancial.

Expone, que la a quo al resolver el caso a la luz del anterior Código de Comercio, ha violado el Capitulo V, prescindiendo de lo dispuesto por el art. 162 y concordantes de dicho cuerpo legal. En tal sentido, expone que la responsabilidad por pérdida de las cosas transportadas no puede ser dejadas sin efecto ni siquiera por convención en contrario, mucho menos cuando la pretensa limitación de responsabilidad se origina en un remito pre-impreso y llenado de puño y letra por la transportista.

Cuestiona, que la jueza al resolver el daño emergente haya tenido en cuenta la suma de $5.000, pre establecida por el transportista como monto asegurado, violando el art. 179 del Código de Comercio. Indica que al hacerse aplicación de la norma mencionada, la jueza debió determinar el daño emergente teniendo en cuenta el valor del televisor a la fecha de su pérdida.

Considera que debe fijarse el importe de daño emergente teniendo en cuenta el presupuesto de fs. 6 ($8.999) o en su caso, conforme el importe que arroja la factura de compra obrante a fs. 1 ($5.784,30).

Se agravia por el rechazo del daño moral reclamado, por cuanto en el caso, las molestias y el desagrado excedieron la normal tolerancia, sobre todo por la angustia que generó el destrato exteriorizado, cuando después de cansarse de concurrir a la sucursal sin obtener respuesta alguna, tuvo que remitir una carta documento que ni siquiera fue recibida por la firma demandada.

A fs. 157/159, la demandada contesta agravios, solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la materia traída a estudio, advierto que ha quedado debidamente acreditado con la factura de fs. 101 y el reconocimiento de fs. 82, que el Sr. Carlos Zarzur, el día 11 de abril de 2013, realizó en el comercio denominado Premium MPM S.A, ubicado en Galerías Pacífico, calle Florida 737, de la ciudad autónoma de Bs. As., la compra de un televisor marca Sony, identificado como: KDL-40EX655 AR4, por el cual abonara la suma de: $5784,30.

Asimismo, ha quedado firme y consentida la vinculación contractual celebrada con la empresa Vía Bariloche S.A., consistente en el envío de una encomienda desde la ciudad de Bs. As. hacía la ciudad de Neuquén; el incumplimiento contractual de la demandada, consistente en la falta de cumplimiento de la entrega en destino de la encomienda despachada y finalmente la existencia del daño.

Por lo tanto, la controversia radica en la cuantificación del daño emergente y en el rechazo del daño moral.

En relación al daño emergente, el recurrente considera que la suma determinada en la instancia de grado ($5000), resulta insuficiente, pues a su entender a través de la prueba testimonial de los Sres. Franco Martín Juliano- Gerente Comercial de Vía Bariloche- y del Sr. José Guillermo De la Cruz, se ha logrado acreditar que lo enviado por encomienda era el televisor Marca Sony adquirido mediante la factura de compra que luce a fs. 101.

Ahora bien, no obstante las testimoniales referenciadas por el apelante no son por sí solas suficientes para demostrar que el envío realizado contenía el televisor que describe el actor, considero que en autos hay elementos probatorios suficientes que junto a

éstos testimonios, constituyen indicios suficientemente serios para afirmar que efectivamente el contenido de la encomienda contratada por el demandante en fecha 16/04/2013, contenía el televisor descripto por el apelante.

En efecto: con la factura de compra de fs. 101, conforme ya lo expusiera, se acredita que el Sr. Zarzur el 11/04/2013 adquiere en Sony Center- Premium MPM S.A., ubicado en Galerías Pacífico- de la ciudad Autónoma de Bs. As., un televisor marca Sony, por la suma de $5784,38.

Asimismo, que el 16/04/2013- conforme remito Nro. 0285-496 obrante (fs. 102), la vendedora despacha por Vía Bariloche S.A. –Vía Cargo- una encomienda hacia la ciudad de Neuquén, a nombre del Sr. Carlos A. Zarzur. Que en tal oportunidad, según se aprecia en el remito (fs. 102), la misma pesaba aproximadamente 20 kg.

Por otra parte, a fs. 106 obra planilla de reclamo Nro. 0019-285 de fecha 30/04/2013, mediante la cual el Sr. José Guillermo De la Cruz, efectúa el reclamo de la encomienda despachada mediante remito Nro. 0285-496, describiendo que la misma contenía un LED SONY DE 42´SMART TV., indicando que el motivo del reclamo es que la encomienda no llegó a destino final.

Asimismo, a fs. 103 obra CD. 332225365, de fecha 9 de mayo de 2013, mediante la cual el Sr. Carlos Aníbal Zarzur, luego de detallar la compra del televisor realizada en C.A.B.A., y describir el contenido de la encomienda, intima a que en el plazo de 48 hs., la empresa demandada haga entrega del mismo bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales correspondientes. Dicha misiva fue “Rehusada” por la demandada.

En función de todos estos elementos probatorios mencionados y teniendo en cuenta la declaración del Sr. Martín Juliano Franco (realizada ante Fiscalía) cuya copia obra a fs. 32, en donde expresó: “Que respecto del televisor puede afirmar, tal como lo mencionara al momento del allanamiento, el mismo fue retirado del comercio de Capital Federal y fue llevado hasta depósito. Eso lo comprueba al ver la recepción del bien en depósito. Pero carece de manifiesto de remisión a Neuquén, por lo que el mismo se debe encontrar en el depósito de origen…”; y la brindada por el Sr. José Guillermo de la Cruz, quién a tenor del interrogatorio obrante a fs. 86 y vta, sostuvo: “A la 2. Contestó: Si, tengo conocimiento porque lo acompañe al momento de efectuar la compra, abonó la misma con tarjeta del Banco Galicia. A la 3. Contestó: si, a través del servicio de puerta a puerta de Vía Cargo de Vía Bariloche S.A.…”.

Estos testimonios, junto a los demás elementos de prueba referenciados anteriormente, constituyen elementos probatorios suficientes para tener por acreditado que la encomienda despachada mediante remito (ver fs. 101), contenía un televisor de las características enunciadas por el actor en su reclamo, cuyo valor al momento de compra oscilaba en la suma de $5784,38, conforme factura obrante a fs. 111.

Consecuentemente, al haberse acreditado el contenido de la encomienda y su valor, propondré al acuerdo elevar el monto del daño emergente a la suma de $5784,38, con más los gastos de envío reconocidos en la sentencia, lo que arroja una suma total de: $6220, a la que se le anexa los intereses fijados en la sentencia (tasa activa del BPN), desde el 16/04/2013 hasta su efectivo pago.

Por lo que, procede elevar el monto del capital de condena a la suma de $6.220 en concepto de daño emergente, con más los intereses fijados en la sentencia, comprensivo del precio abonado por el transporte incumplido por $368 (fs. 2) y valor del bien incluido en la encomienda, un televisor marca Sony KDL 40EX655 adquirido conforme factura obrante a fs. 111, por $5.784,00, importe que con la adición de los accesorios fijados –tasa activa del B.P.N.- desde aquella fecha, importa una justa compensación del perjuicio sufrido, tomando como referencia el presupuestado a fs. 6 (TV Sony KDL-40R475), y aún cuando no coincida el modelo con aquel.

En lo que respecta a la procedencia del daño moral, adelanto que dicho agravio será rechazado.

En efecto: cuando la responsabilidad tiene naturaleza contractual, como ocurre en el caso de autos, la existencia de perjuicio moral debe ser considerado con rigor y, por lo tanto, es a cargo de quien lo reclama su prueba, no bastando el incumplimiento de las obligaciones contraídas. (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, 9/12/1980, “Terrén de Céspedes c/ Even S.A.”, LL 1981-B, pág. 409).

Por ello es que se ha señalado que “no cualquier molestia, desagrado o aflictiva situación derivada del solo incumplimiento de un contrato puede generar de por sí un resarcimiento por daño moral a favor de la víctima, si no se demuestra clara y concretamente que dicho incumplimiento ha producido una lesión directa en los valores más hondos de la personalidad humana, que hacen al mundo de sus afectos íntimo..." (Zavala de González, Matilde; "Los daños morales mínimos" en A.A. V.V., "Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales", La Ley, Bs. As., T. III, p. 97 y ss.).

En el sentido expuesto la jurisprudencia ha dicho:

“Es improcedente el reclamo indemnizatorio de daño moral por pérdida de encomienda en tanto su noción se vincula con el concepto de desmedro extramatrimonial o lesión en los sentimientos, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, circunstancias que no son equiparables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que puede llegar a

ocasionar un incumplimiento contractual que se origina por la pérdida de un bien meramente material. 2- La orfandad probatoria respecto del contenido de los bienes enviados o remitidos con motivo de un cumpleaños, así como que aquellos tuviesen el valor afectivo que se invoca determinan el rechazo indemnizatorio. 3- Es irrelevante que la legislación comercial autorice a fijar una indemnización por este concepto mayor al declarado, en tanto que para ello era indispensable acreditar el contenido del bulto enviado y por ende, su valor, aunque fuese de manera indiciaria. (Sumario N°20541 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil). Auto: SANTIAGO, Haydée Olga c/ NUEVA CHEVALLIER S.A. s/ DAÑOS YPERJUICIOS. - CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. - Sala: Sala M. - Mag.: POSSE SAGUIER, DE LOS SANTOS, DIAZ DE VIVAR. - Tipo de Sentencia: Libre - Fecha: 18/02/2011 - Nro. Exp.: M536370).

En este aspecto no encuentro acreditadas- más allá del incumplimiento contractual y las molestias que ello ha ocasionado al actor- la existencia de daño moral, por lo que siendo su procedencia en materia contractual de interpretación restrictiva, como ya lo adelantara, propondré el rechazo de dicho agravio.

IV.- Apelación honorarios:

En función del resultado obtenido, los honorarios regulados en primera instancia a favor de los Dres. Carlos A. Zarzur y ..., serán dejados sin efectos y regulados en función de lo dispuesto por el art. 20 de la Ley Arancelaria vigente, por lo que los agravios expresados en tal sentido por la demandada resultan abstractos.

En relación a la forma en como se impusieron las costas, más allá de que se haya rechazado uno de los rubros reclamados -el daño moral- no justifica para apartarse de la distribución de costas en la forma dispuesta en la instancia de grado, pues el reclamo del actor prospero en su mayor parte y la conducta desplegada por la demandada ha provocado que este deba –ante los infructuosos reclamos efectuados con anterioridad- iniciar la correspondiente demanda a fin de reclamar el daño ocasionado como consecuencia del incumplimiento contractual invocado.

Por lo que dicho agravio será rechazado.

Las costas de Alzada seguirán la misma forma de distribución que las impuestas en la instancia de grado.

V.- Por los motivos expresados, propondré al Acuerdo la modificación del fallo apelado, debiéndose elevar el monto de condena a la suma de $6.620 –valor del televisor, precio del transporte y gastos- con más los intereses fijados en la sentencia, confirmando el fallo en todo lo demás. Las costas de esta instancia serán impuestas a la demandada, atento a su carácter de vencida, regulando los honorarios de Alzada en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado, para los letrados que actuaron en igual carácter.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo Medori, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 137/141 vta, elevando el monto de condena a la suma de PESOS SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTE ($6.220) en concepto de capital, con más los intereses establecidos en los considerandos que integran la presente.

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 su oportunidad en función de lo dispuesto por el art. 20 de la Ley 1594, deviniendo abstracto el tratamiento del recurso interpuesto al respecto.

3.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.C.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

**"ROSA ELVIO ARIEL 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 III – (Expte.: 500885/2013) – Sentencia: 86/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

INCAPACIDAD LABORAL INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. COMPENSACION ADICIONAL DE PAGO UNICO.

Debe incorporarse al monto indemnizatorio reconocido a raíz del del siniestro laboral, el importe correspondiente a la indemnización establecida por el art. 11.4 de la Ley de Riesgos del Trabajo -compensación dineraria adicional de pago único-. En efecto, si bien el a quo ha deducido del porcentaje de incapacidad asignado al actor a través de las pericias realizadas en autos (médica y psicológica) la disminución de la capacidad laborativa asignada por la Comisión Médica y reparada económicamente por la aseguradora, lo cierto es que el trabajador presenta una incapacidad total del 51,8%, y las partes no han cuestionado este extremo de la sentencia de primera instancia. Consecuentemente, al tener en cuenta el porcentaje total de incapacidad (51,8%), le corresponde al demandante el cobro de la prestación adicional prevista en el art. 11 apartado 4), que conforme art. 1° del Decreto N° 1.694/2009 –de aplicación a los presentes, lo cual llega firme a la Alzada-, asciende a la suma de $80.000.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ROSA ELVIO ARIEL CONTRA GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART." (Expte. Nº 500.885/2013), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. Marcelo J. MEDORI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 129/133) condena a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a abonar al actor, la suma de $145.265,69 en concepto de accidente de trabajo Ley N° 24.557, con más los intereses desde la fecha del infortunio (28 de diciembre de 2011) y hasta su efectivo pago, aplicando la tasa activa del BPN SA, y le impone las costas a la demandada vencida.

Esa sentencia del 03/10/2016, que hace lugar a la demanda laboral, al tener en cuenta la fecha de ocurrencia del siniestro (28/12/2011), considera que la cuestión debe ser resuelta bajo el amparo de las normas del Decreto N° 1694/09 y practica la liquidación conforme el art. 14 de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Tiene en consideración que al existir una diferencia en el porcentaje de incapacidad fijado por la Comisión Médica (27,40%) y lo dictaminado en la pericia médica de fs. 111/112 (26%) y en la psicológica de fs. 97 (30% VTO); al utilizar el sistema de incapacidad residual (100% - 30% de incapacidad psicológica, aplica sobre el 70% restante el 26% de la incapacidad derivada de la afección de la rodilla izquierda, lo cual arroja un 51,8%), al que le deduce lo ya abonado en sede administrativa (27,40), y llega a 24,40%.

Toma el importe que resulta de la fórmula del art. 14 2.b) de la LRT (53 veces el valor mensual del ingreso base -$6.569,03- multiplicado por 65 dividido 38 (1,71) y aplicado el 24,40% llega a la cifra de $145.265,69.

II.- El fallo es apelado y fundado por la parte actora, en la pieza procesal que corre agregada a fs. 138 y vta.

Agravios de la parte actora

Cuestiona la sentencia porque el juez de grado sólo liquida la indemnización de acuerdo con la fórmula del art. 14.2.b de la Ley

24.557, y a pesar de establecer que la incapacidad del actor asciende a un 51,8%, omite otorgarle el rubro previsto por el art. 11, inc. 4. de la Ley 24.557, cuyo monto es de $80.000.

Argumenta, que al resultar la minusvalía superior al 50% resulta de puro derecho la aplicación de la citada norma.

Corrido el pertinente traslado del recurso, la parte demandada no lo contesta.

III.- Ingresando al examen del único planteo formulado por la parte actora, debo decir que le asiste razón cuando critica la omisión en que ha incurrido el juez de grado, al no incorporar la indemnización establecida por el art. 11.4 de la Ley de Riesgos del Trabajo.

En efecto, si bien el a quo ha deducido del porcentaje de incapacidad asignado al actor a través de las pericias realizadas en autos (médica y psicológica) la disminución de la capacidad laborativa asignada por la Comisión Médica y reparada económicamente por la aseguradora, lo cierto es que el trabajador presenta una incapacidad total del 51,8%, y las partes no han cuestionado este extremo de la sentencia de primera instancia.

Consecuentemente, al tener en cuenta el porcentaje total de incapacidad (51,8%), le corresponde al demandante el cobro de la prestación adicional prevista en el art. 11 apartado 4), que conforme art. 1° del Decreto N° 1.694/2009 –de aplicación a los presentes, lo cual llega firme a la Alzada-, asciende a la suma de $80.000.

En mérito a lo antedicho propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y modificar también el resolutorio recurrido, aumentando el capital de condena, el que se fija en la suma de $225.265,69.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada en su calidad de vencida.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI Dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III,

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fecha 3 de octubre de 2016, elevando el capital de condena a la suma de PESOS DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS (225.265,69), conforme los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

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

**"NEIRA ALVAREZ ARIEL EMILIO C/ GUERRERO JOAQUIN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 449774/2011) – Sentencia: 87/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. MUTUO ACUERDO. DIFERENCIAS SALARIALES. VACACIONES NO GOZADAS. SAC. HORAS SUPLEMENTARIAS. CERTIFICADO DE TRABAJO. CERTIFICADO DE SERVICIOS.

Cabe desestimar los conceptos consistentes en la indemnización por antigüedad, integración mes de despido y sustitutiva de preaviso con sus correspondientes proporciones de aguinaldo,

y la indemnización del art. 1 de la Ley 25323, si existió una conducta común de las partes tendiente a dar por concluida la relación laboral, conforme la previsión del art. 241 de la LCT. Mas, se deberá condenar al demandado al pago de los rubros vacaciones no gozadas, su SAC y horas suplementarias, por la suma de $ 24.269,60, con más los intereses fijados en aquel pronunciamiento, y a la entrega de los certificados de trabajo y de Remuneraciones y Servicios, con aplicación de sanciones conminatorias en caso de incumplimiento.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "NEIRA ALVAREZ ARIEL EMILIO C/ GUERRERO JOAQUIN S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 449474/2011), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fecha 25 de julio de 2016 (fs. 96/101), expresando agravios a fs. 105/109; pide se revoque y se rechace la demanda con costas a la actora.

Considera en primer punto que existen hechos no analizados, una errónea valoración de la prueba relativa a la configuración del despido, se ha juzgado que su parte ha reconocido el invocado por el actor, que debería haber invocado la figura del abandono de trabajo, y se da por cierto y acreditada la notificación del despido con la misiva con anuencia de la Subsecretaria de Trabajo, un año y un mes después que se produjera el verbal que aquel denunciara, implicando ello la inversión de la carga de la prueba.

En segundo agravio, luego de reseñar las previsiones de los arts. 240 y 243 de la LCT, critica que se tuviera por configurado el despido que dio lugar a parte de los rubros indemnizatorios, cuando el actor nunca intimó a su parte a los fines de que aclararse la relación laboral, y que carece de efectos hasta tanto se haya notificado de manera fehaciente.

En tercer lugar, considera que la sentencia es arbitraria porque se ha tenido por acreditado el despido verbal cuando ello no se ha corroborado, conforme los términos de la misiva remitida que transcribe, de la que no surge en ningún momento que existiera la intimación de aclaración de la relación laboral ni tampoco hubo otro colacionado en que se diera por despedido; destaca que el verbal fue introducido con el escrito de demanda, contradiciendo lo prescripto por el art. 243 de la LCT, referido a la invariabilidad de la causa del despido.

Finalmente, con cita de un fallo, reedita su crítica respecto a que al trabajador se le impone intimar inmediatamente la regularización de la situación laboral, pues no basta que existan ciertos incumplimientos de alguna de las partes para que opere la extinción del contrato ipso facto, y es menester comunicar esa decisión por escrito y con expresión suficiente clara de los motivos que la fundaban, en fecha cercana a los suceso que daban origen.

Sustanciado el recurso, la parte actor no responde.

II.- Que la decisión de grado hizo lugar a la demanda teniendo por acreditada la relación laboral permanente y estable, adopta como fecha de ingreso el 01.01.1998 y el cese por despido el 21.01.2010, admite los rubros indemnizatorios y multas derivados del distracto, la procedencia de las diferencias de haberes derivada de la extensión de la jornada los fines de semana, y procedente la entrega del certificado de trabajo y certificaciones de remuneraciones y servicios, bajo apercibimiento de astreintes.

Que en punto a lo que es objeto de crítica, consideró sentado que el actor se desempeñaba a favor del demandado sin registración contractual, y al ser intimado no dio respuesta favorable al cobro de las acreencias, y al no existir prueba de que haya sido otra la forma de la desvinculación, concluye en la configuración del despido sin causa.

III.- Que aún cuando la accionada desarrolla su crítica dividiéndolo en cuatro agravios, todos confluyen en el concepto central de que la sentencia es arbitraria por apartarse del derecho aplicable y la prueba colectada, cuanto tiene por acreditado el despido verbal y reconoce al actor el crédito por las indemnizaciones previstas en la LCT (antigüedad, mes integración y preaviso) y la multa del art. 1° de la Ley 25323, a pesar de su inexistencia.

Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que el actor en fecha 18 de noviembre de 2010 intima al accionado a abonar y/o depositar "ante la Subsecretaría de Trabajo, diferencias salariales según escala salarial vigente del CCT aplicable a la actividad desde la fecha de ingreso, Integración mes de Despido, SAC S/integración, Preaviso, SAC s/Preaviso, SAC 1er y 2do semestre 2009, SAC 1er. Y 2do. Semestral de 2009, SAC Prop 1er semestre/10, Vacaciones no gozadas 2009, Vacaciones no gozadas

Prop/10, SAC sd/Vacaciones e indemnización por antigüedad Art. 245 de la LCT. En el mismo plazo haga entrega de los recibos oficiales de haberes desde la fecha de ingreso bajo apercibimiento de iniciar acciones legales y/o judiciales en su contra".

En dicha misiva denuncia haber trabajado "desde 1998 hasta el 21 de Enero de 2010 realizado tareas de Encargado de Despacho, con una jornada laboral de 9 hs (en el horario de 3:00 a 11:00 hs.) diarias, más hora extras a la tarde 15:30 a 22:00 de lunes a sábados, con una remuneración de $80,00 por día de mañana, $40,00a la tarde y $200,00 los fines de semana s/recibos y ante la falta de pago de liquidación final, siendo la misma de neto corte alimentario y habiendo vencido ampliamente los plazos para abonar la misma" (fs. 3).

Que en los mismos términos reedita su reclamo extrajudicial el 06.01.2011, el 03.02.2011 y 10.02.2011 (fs. 4,5 y 6), recibiendo como respuesta del demandado en los siguientes términos:

"Rechazo por improcedente y falaz en todas sus partes su colacionado de fecha 6 de enero/2011. En primer término no es cierto la fecha de ingreso y egreso que Ud. indica, como tampoco es cierto que ud. Fuera Encargado de Despacho, no es cierto que ud. tuviera jornada laboral diaria de 8 horas (en el horario de 3 a 11 hs), tampoco es cierto que ud. tuviera horas extras a la tarde de 15,30 a 22 horas de Lunes a sábados y con una remuneración de $80. Por día de mañana, $40 a la tarde y $200 los fines de semana sin recibos. Tampoco se le adeuda liquidación final, como no es cierto que la misma es de corte alimentario. Lo cierto es que Ud. en forma espontánea realizó repaso de la mercadería y a veces carga y descarga a lo que fue abonado en forma inmediata de acuerdo a la calificación de categoría y trabajo que Ud. realizó, es decir, por changa.

Rechazo en todas sus partes el reclamo impetrado en mi (trabajo que Ud) contra sobre las diferencias salariales, integración mes de despido, SAC s/integración, preaviso, SAC s/preaviso, SAC 1er y 2do. Semestre 2008, SAC 1er y 2do semestre 2009 SAC proporcional 1er semestre 2010, vacaciones e indemnización por antigüedad art. 245 de la LCT. El rechazo mencionado precedentemente se basa en cuanto sus tareas no coinciden con ningún convenio, ni tampoco los términos vertido en la LCT. Por lo expresado se da por concluido el intercambio epistolar." (fs. 7), reiterando los mismos términos al contestar la misiva del mes de febrero de 2011 (fs. 8).

Que al solicitar la intervención de la autoridad administrativa del trabajo el día 17 de febrero de 2011, consigna ingreso el 02-01-1998 y egreso el 21-01-2010, citando que "ante la falta de pago de la liquidación final. Intima plazo legal dos días hábiles se abone y/o deposite la misma ante la Subsecretaría de Trabajo" (fs. 10).

Que será recién al interponer la demanda que en el capítulo de los "Hechos" que incluyera la referencia de haber dejado de trabajar el 21 de enero de 2010, por haber sido despedido verbalmente por su empleador, como consecuencia de algunos inconvenientes que había tenido con el hermano de aquel, quien le expresara que le pagaría la indemnización correspondiente, y que nunca se efectivizó, para finalmente concurrir a la Subsecretaría de trabajo el 06 de enero de 2011, donde le redactaron el telegrama que remitiera (fs. 13 vta).

Que tal episodio fue negado por el accionado al responder la demanda (fs. 21 y vta), quien admite la realización por parte del actor de trabajos de repaso de mercadería, que consiste en clasificar la que llega, y algunas veces la carga y descarga, todo en forma espontánea y esporádica, destacando que no eran labores mensuales ni tampoco una jornada de 8 horas, consistiendo en una actividad que cuando se terminaba en el día se abonaba, a la que denomina "changas"; agregó también que en el caso "no hubo despido", que el actor dejó de trabajar (fs. 21vta), que transcurrió mucho tiempo para que se concretara el reclamo, mas de 12 meses, y para el supuesto de que haya existido una relación laboral, destaca que debe haber una notificación por escrito de la desvinculación (fs. 22vta).

Cotejando las declaraciones que aportaron siete testigos a la causa, ninguno refiere la existencia de un despido verbal y sólo uno refiere el comentario de que lo habían echado (fs. 52, 53, 57, 569, 70, 71, 72 y 85), mientras que el Secretario General del Sindicato STIMPRA declara que recorre los mercados desde el año 2005, que el actor es afiliado al gremio desde el año 2012, que antes lo había visto haciendo trabajo sin que lo tuviera registrado en ningún puesto, que hacía changas en diferentes puestos, que lo ve haciendo changas desde el año 2008 (fs. 85 y vta).

Que el art. 241 de la LCT prevé que "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 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 resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación", mientras que el siguiente, art. 242 consagra "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.

IV.- Que analizando el marco fáctico y jurídico expuestos resulta que el actor pretende que se considere existente y eficaz un despido verbal del 21 de enero de 2010, y al demandar manifiesta que ello fue producto de “inconvenientes que antiguamente habían tenido con el hermano del accionado” más no existe elemento alguno que acredite cómo se constituyó aquel a los fines de su consolidación jurídica, y que oportunamente haya llegado a conocimiento del destinatario de la declaración.

Tampoco se acredita las razones invocadas para demorar desde aquella fecha hasta que remite la primera intimación el 18 de noviembre de 2010, exigiendo el pago de diferencias salariales, indemnizaciones y la entrega de certificados laborales, ni demostró que haya reclamado por la continuidad del contrato, la aclaración de su situación o la dación de tareas.

Cabe observar que es que recién al promover esta demanda el 02.08.2011 (fs. 24) cuando introduce la indicación verbal de su desvinculación dispuesta en forma directa por el empleador, más no hay aporte alguno de prueba indicativa de tal acontecimiento, ni se avaló con los testimonios la hipótesis ensayada sobre inconvenientes con el hermano del empleador que llevaron al distracto, y la alusión al comentario por parte de uno de los testigos carece de fuerza de convicción en orden a que éstos sólo pueden declarar válidamente acerca de los hechos que conocen a través de la percepción directa de sus sentidos “Carecen de valor de convicción las declaraciones de los testigos que sólo traducen un conocimiento referencial de los hechos” (L-42034 del 23/5/89).

Que existen factores y situaciones particulares por los cuales al empleado se le impone concretar actos de tal forma de hacer concurrir los requisitos que hacen al modo en que se finiquita un contrato laboral, de acuerdo al principio de tipicidad de causales regulado en el art. 91 de la ley de Contrato de Trabajo, para habilitar los efectos allí tasados, tal el de percibir las indemnizaciones.

Que si un trabajador es despedido verbalmente, puede optar asumir la carga de probarlo para reclamar por lo que entiende se le adeuda, o frente a tal situación, es corriente que intimen a sus empleadores para que lo ratifiquen o que se aclare su situación laboral.

La Doctrina judicial explica: “La relación de trabajo puede extinguirse de común acuerdo y ello ocurre cuando las partes a través de un acto jurídico bilateral deciden poner término a la relación laboral que los vinculaba, supuesto que no genera derecho a indemnización alguna. El tercer párrafo del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo prevé el mutuo acuerdo extintivo "tácito", también denominado por la doctrina como "abandono - renuncia" o "abandono de la relación". En este supuesto no existe incumplimiento por ninguna de las partes y consiste en un comportamiento omisivo bilateral, que permite entender de modo concluyente e inequívoco que ambas partes han decidido, recíprocamente no continuar con el vínculo laboral que los unía. En el mutuo acuerdo extintivo "tácito", "el factor "tiempo" constituye un elemento relevante que debe ser evaluado en conjunto con otras conductas de las partes, pues es evidente que sólo después de haber transcurrido un lapso dentro del cual cada una de las partes pudo haber exigido de la otra el cumplimiento de las obligaciones, podría considerarse que la falta de toda exigencia recíproca denota la intención de no continuar la relación" (conf. Pirolo (Director) - Pavlov (Coordinador) en "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales", Tomo I, p. 565; edit. La Ley 2010).

Asimismo se ha dictado que “El principio sentado en materia de carga probatoria cuando se alega un despido verbal, afirma que el trabajador que sufre un despido verbal de parte de su empleador, está obligado a probar en la causa la existencia del mismo, por cualquiera de los medios permitidos por la ley.”(Expte. N 3064 ORO, Segundo c/ Ricardo Fernandez Chiarulli y Buteler Raul - Apelación de Sentencia. PROTOCOLIZADO 04/11/96. 31/10/1996. SALA I. CAMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO. Magistrados: Castellano, Augusto- Castro, José Dionisio- Bruni, Lucio. Lexdoctor).

Que la correcta valoración de las probanzas arrimadas en este proceso, me llevan al convencimiento de que existió una conducta común de las partes tendiente a dar por concluida la relación laboral, conforme la previsión del art. 241 de la LCT cuando estipula que “Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación” y en consecuencia, sin relevancia para generar derecho al pago de indemnización alguna derivado del distracto.

Que la indudable intención de no continuar con el contrato de trabajo que en forma recíproca exteriorizaron las partes, resulta en definitiva de: 1)que el actor nunca haya comunicado la existencia del despido verbal hasta la promoción de la demanda; 2)el período de aproximadamente 10 meses transcurridos desde el último día en que el actor concurrió a prestar servicios (21 de enero de 2010) hasta la fecha en que remitió el telegrama intimatorio a su empleadora (18 de noviembre de 2010); 3) que el empleador negó la existencia del despido verbal en la primera oportunidad en que conoció se lo atribuían (al notificarle la demanda); 4) la orfandad probatoria en punto a su alegación sobre la existencia de despido verbal; 5) la ausencia de elementos de prueba destinados a avalar la afirmación sobre la existencia de tratativas extrajudiciales.

En orden a las consideraciones expuestas, se habrán de desestimar los conceptos indemnizatorios reclamados derivados del

despido e incluidos en la planilla de fs. 101, consistentes en la indemnización por antigüedad, integración mes de despido y sustitutiva de preaviso con sus correspondientes proporciones de aguinaldo, y la indemnización del art. 1 de la Ley 25323.

V.-Que en definitiva, propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar a la apelación, se revoque parcialmente la sentencia, se condene al demandado al pago de los rubros vacaciones no gozadas, su SAC y horas suplementarias, por la suma de $ 24.269,60, con más los intereses fijados en aquel pronunciamiento, y a la entrega de los certificados de trabajo y de Remuneraciones y Servicios, con aplicación de sanciones conminatorias en caso de incumplimiento, conforme se dispusiera.

VI.- Confirmar la imposición en costas en la instancia de grado por el vencimiento en la mayor proporción del demandado (art. 17 Ley 921), y las devengadas en la Alzada cargarlas en el orden causado en atención a la modalidad en que operó la desvinculación laboral que prospera (art. 17 y 68 2da. Parte del CPCyC).

VII.- Mantener los porcentajes de honorarios y base regulatoria adoptada en al decisión de grado, y estipular en el 30% de aquellos para los letrados que actuaron en la misma condición ante esta Alzada.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar parcialmente la sentencia dictada a fs. 96/101, condenando al demandado al pago de los rubros vacaciones no gozadas, su SAC y horas suplementarias, por la suma de PESOS VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE CON SESENTA CENTAVOS ($24.269,60), con más los intereses fijados en aquel pronunciamiento, y a la entrega de los certificados de trabajo y de Remuneraciones y Servicios, con aplicación de sanciones conminatorias en caso de incumplimiento, conforme se dispusiera.

2.- Confirmar la imposición en costas en la instancia de grado por el vencimiento en la mayor proporción del demandado (art. 17 Ley 921).

3.- Mantener los porcentajes de honorarios y base regulatoria adoptada en al decisión de grado.

4.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado en atención a la modalidad en que operó la desvinculación laboral que prospera (art. 17 y 68 2da. Parte del CPCyC).

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

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

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

**"S. E. A. S/ ADOPCION PLENA X/C 40534/09 Y 50571/11"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 60185/2013) – Sentencia: 90/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO DE FAMILIA: Adopción.

ADOPCION. ADOPCION PLENA. PADRES BIOLOGICOS. MENOR EN SITUACION DE DESAMPARO. INTERES DEL MENOR. COMUNICACIÓN CON LOS PROGENITORES. INFORMES Y AVAL DEL EQUIPO INTERDISCIPLINARIO.

1.- En el caso de autos no se verifican los presupuesto que llevaron en su oportunidad a reconocer que el Estado Nacional incumplía con exigencias convencionales que comprometían

el interés superior del hijo en relación a su vínculo paterno y que dio lugar al pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos humanos en la causa “Forneron” del año 2006, toda vez que la hija nunca fue apartada del padre, quien admite que a los pocos días del nacimiento se alejó de la madre que en ese momento sólo contaba 16 años, en condiciones que omite describir, mas con registro en las sucesivas causas tramitadas respecto de la progenitora y su familia extensa acerca de la insuficiencia asistencial; que tal situación fue la que motivó que la niña quedara al cuidado de aquellos que en el transcurso del tiempo, siete años, se presentaron invariablemente a satisfacer el derecho a gozar de un desarrollo integral en el seno de una familia - tios abuelos-.

2.- Que una sentencia de adopción debe armonizar derechos e intereses en un proceso de ponderación en que, como ya he citado, los de la niña relativizan los que pretenden titularizar y ejercer los adultos, mientras el cuestionamiento aquí traído se asienta exclusivamente en una realidad biológica, con el objeto de resistir a la que fue constituida a lo largo de muchos años, y que ha demostrado ser satisfactoria en el proceso formativo de aquella, dando el basamento para recurrir a la herramienta que proporciona el ordenamiento jurídico para atender la desprotección infantil y la privación de un ámbito familiar dónde desarrollarse.

3.- […] si el desarrollo y evolución de la personalidad en cada etapa condiciona o es decisiva para la siguiente, no se requiere un análisis mayor para concluir sobre los efectos desfavorables que tendrá para una niña que ha superado la última etapa integrada e identificada con un grupo familiar desde que nació, se vea privada de continuar ese desarrollo humano, cuando tal interrupción sólo importe a los fines de atender a la realidad biológica y familiar que pretende aportar el padre que se ha mantenido ausente y ajeno mientras transcurrieron los primeros 6 años de la vida. Que en la cronología de la niña, los datos formativos de su psiquis fueron proporcionados desde una realidad familiar y social sin contacto respecto a la que, aún con los escasos datos proporcionados, provienen del padre biológico.

4.- […] en el proceso de ponderación que se impone, cede y resulta imposible poner de relieve el valor de la familia biológica bajo las condiciones que invoca y centrada en la figura de un adulto, frente a la regla del interés superior de la menor, representado en el caso por las circunstancias que rodearon y rodean su vida desde los 6 meses integrada al grupo familiar de los adoptantes, que son las que han garantizado la satisfacción de necesidades y requerimientos afectivos y asistenciales cuyo eje, a lo largo del tiempo transcurrido -7 años- ha sido su desarrollo humano.

5.- Debe ser confirmada la sentencia que hace lugar a la demanda de adopción plena de la menor ya que fracasadas tanto las estrategias de contención externa de ambos progenitores, como la fijación de reglas elementales de convivencia, como la superación tanto de las situaciones de violencia doméstica padecidas por la madre y la niña, como de las dificultades relacionadas con la ausencia de un centro de vida beneficioso para ésta (producto de la falta de una residencia estable), en suma, fracasadas las numerosas medidas adoptadas por los órganos administrativos y jurisdiccionales que abordaron la problemática del caso, es posible

afirmar que las constancias de la causa aún revelan la subsistencia de obstáculos insalvables en la personalidad y conductas del progenitor. Y sumado ello al excesivo transcurso del tiempo sin que se hayan evidenciado genuinas modificaciones relevantes en la conducta paterna que permitan una auspiciosa revinculación con su hija (lapso con el cual contribuyera el recurrente, merced a las dificultades para ser ubicado -…, abrigo-, sus inasistencias sistemáticas a los sucesivos regímenes de visitas asistidos con su hija -…, guarda-, el inicial abandono del tratamiento en las comunidades terapéuticas -…, guarda-), se impone concluir que no resulta posible, en aras del actual superior interés de la niña, sino confirmar su situación de abandono y adoptabilidad.

6.- Finalmente, abundando respecto al requerimiento dirigido a los adoptantes para que arbitren medios para que la niña se incorpore a un espacio de tratamiento psicológico para elaborar su situación familiar, estimo ajustado propiciar que en lo que respecta a un posterior régimen de comunicación con los progenitores y la familia extensa, éste deberá ser establecido si se ratifica como positivo para el desarrollo de la niña y en la medida en que no resulte contraproducente para la adaptación en el contexto familiar en el cual ha sido incluida, debiendo contar con el aval del equipo interdisciplinario.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 23 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “S. E. A. S/ ADOPCION PLENA X/C 40534/09 Y 50571/11”, (Expte. JNQFA2 Nº 60185/2013), venidos en 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 el Sr. O. A. B., padre de S.E.A. interpone recurso de apelación contra el pronunciamiento de fecha 6 de julio de 2016 obrante a fs. 50/53 y vta., presentando memorial a fs. 64/67 y vta.

Solicita se revoque la sentencia que concede la adopción plena de S., E. A. nacida el 23/09/2008 en la ciudad de Centenario, provincia de Neuquén y para que se establezca de manera urgente la revinculación en resguardo del debido derecho de comunicación.

Cita en apoyo a su petición lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso “FORNERON c/ ARGENTINA”, solicitando expresamente que se le imponga al estado neuquino a través del MDS, establecer un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el progenitor y su hija, en el que acompañen informes trimestrales sobre las características, el desarrollo y avances de dicho proceso.

Se agravia el recurrente, por cuanto la sentenciante solo ha tenido en cuenta los vínculos gestados entre su hija y sus guardadores; impidiéndole asumir el rol paterno por encontrarse privado de libertad y la vulnerabilidad social y económica en que se encuentra por la falta de recursos.

Afirma que su doble situación no puede ser causa para la restricción de sus derechos ni base para avalar la declaración de adopción plena; que en el caso se encuentran en juego el reconocimiento y tutela de derechos humanos propios y de la niña, resultando de aplicación los precedentes “Mazzeo” y “Simón” dictados por la Corte Interamericana por cuanto, es dicho poder quien ejerce el control de convencionalidad entre las normas de derecho interno que aplican y la convención.

Asegura que por una situación de hecho consolidada irregularmente se ha privado a su hija, de mantener el vínculo y adecuada comunicación con su hermana M., sus padres y demás familia biológica.

Controvierte que el caso se haya definido por la opinión brindada por la niña, que si bien ha de ser tenida en cuenta, implica trasladarle toda la responsabilidad de la decisión de dejar de pertenecer a su familia de origen, siendo que no ha tenido la oportunidad de conocer a sus padres biológicos, a su abuela, a su hermana, como tampoco poder preguntar o ver que siente al tomar contacto con ellos; y que la niña no puede comprenderlo cabalmente.

Denuncia que con el fallo dictado se priva a la niña, al padre biológico y su hermana de mantener y construir un vinculo afectivo y

poder comunicarse; que él no ha sido evaluado por el equipo interdisciplinario, como tampoco entrevistado personalmente por el juez conforme lo dispuesto por el art. 609 del Código Civil y Comercial; ni se ha tenido en cuenta la especial situación que impidió el reconocimiento paterno, toda vez que, efectuado el mismo, se presentó peticionando la revinculación y comunicación con la menor.

Recalca que la Alzada, deberá valorar adecuadamente la falta de consentimiento para otorgar la adopción y su pedido que nunca tuvo acogida favorable; alude a la obligación del Estado de brindar las condiciones objetivas para procurar la construcción del vínculo.

Argumenta que se han incumplido los preceptos legales previstos en los artículos 594 y siguientes del Código Civil, y que en el caso concreto, no se dan ninguno de los supuestos previstos por el art. 607 que habilitan la declaración de adoptabilidad; se ha omitido lo previsto por el art. 595 inciso c), que torna nula de nulidad absoluta la adopción plena; agrega que ninguno de los progenitores biológicos o familiares de la familia ampliada paterna, han sido escuchados y evaluados por el gabinete interdisciplinario.

Concluye que la declaración de adopción plena no ha evaluado la procedencia de otros institutos como el derecho de comunicación en relación a la familia de origen, ni brinda una solución integral protectoria de todos los derechos en juego.

Por ello, solicita se revoque y disponga la urgente revinculacion, la evaluación del suscripto y de la familia ampliada con medidas de resguardo del derecho de comunicación entre su hija y la familia de origen.

Sustanciado el recurso, los pretensos adoptantes no responden.

II.- Que la sentencia de grado (s.50/53) hace lugar a la demanda de adopción plena de la menor E. A., a favor de los Sres. L.N. C. y W. J. Q., por entender la magistrada que se encuentran reunidos los requisitos a tal fin conforme a las convenciones internacionales de rango constitucional, el interés superior del niño y el derecho a la identidad, como elementos esenciales señalados en la legislación vigente.

Se refiere a la adopción como una institución legal caracterizada por la vulnerabilidad de la situación original de los niños privados de cuidados familiares, huérfanos o con filiación desconocida. También sostuvo que en el ámbito de los derechos del niño, se la reconoce como un instrumento necesario para su protección, que se justifica y fundamenta en los valores justicia, solidaridad y paz social.

Tuvo en cuenta lo prescripto por el art. 625 del C.C. que establece cuándo procede otorgar la adopción plena; destaca del caso, así como de los trámites de guarda que corren agregados por cuerda, que si bien la madre biológica no prestó su conformidad en el expediente sobre guarda preadoptiva, tampoco ejerció debidamente su derecho de defensa, no obran presentaciones de su parte con abogado, ni se iniciaron acciones o solicitaron medidas tendientes a iniciar un contacto con su hija. Solo se limitó a comparecer a la citación y expresar su negativa.

Seguidamente, hace referencia a la presentación del padre, quién acreditó su vínculo filial a fs. 64 de las actuaciones agregadas por cuerda (Inc. 50571/11), y peticiona en los presentes el restablecimiento del contacto con su hija y la fijación de un régimen de comunicación; solicitud que es desestimada atendiendo los antecedentes acreditados y el deseo de la menor, quien manifiesta una negativa teniendo conocimiento de su historia (fs. 23/25).

Además consideró que S.,E.A., de 8 años, convive desde los primeros meses de vida junto a los accionantes reconociéndolos como sus padres, mientras que la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente y el Sr. Agente Fiscal, dictaminaron favorablemente a fs. 45 y 47 al otorgamiento de la adopción.

En definitiva, en la instancia de grado se concede la adopción plena solicitada, de conformidad con los arts. 596, 621 del Código Civil y Comercial de la Nación arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 3 de la CDN, art. 75 inc. 22 de la CN arts. 694 /5 599, 604, 614, 623, 624 625 y ccs. del Código y, arts. 3, 4, 48 inc. 9, 49, 50 y ccs. de la ley 2302.

III.- Otorgada intervención, la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente Nro. 2 se expide señalando que la sentencia de autos se encuentra ajustada a derecho por lo que reitera lo dictaminado a fs. 45.

Expresa que con fecha 14 de marzo de 2016 la niña S.,E.A. fue entrevistada por la juez de grado junto a ésta, y conversaron sobre las implicancias del instituto de la adopción; aclara que la pequeña comprende cada uno de los temas abordados, se refiere a W. y L. como sus padres, y que por ello desea llevar su apellido.

Luego transcribe que de la entrevista individual efectuada por el Lic. C. con la niña surge que "… convive desde el inicio de su vida con L. C. y W. Q. con quienes manifiesta significativos registros afectivos, sintiéndose alojada y contenida emocionalmente. Los nombra y reconoce como sus 'padres' quienes han desempeñado y desempeñan funciones parentales…"; agrega que "…mis padres son otros", por referencia a sus padres biológicos destacando el conocimiento sobre su origen".

En razón de ello, el Misterio Público considera que ha de resolverse favorablemente la adopción plena de S.,E.A.; considerando

imprescindible que los pretensos adoptantes garanticen la incorporación de la niña en un espacio de tratamiento que le permita abordar su historia familiar atento lo informado por la Lic. L. G. a fs. 38/39.

IV.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento, cabe advertir que concurren al presente circunstancias que se remontan a cuando S., E. A., nacida el 12.12.2008, y que fueron sucesivamente abordadas, primero en la causa "S., E.A., S/ Guarda" iniciada el 30.06.2009 por sus tíos abuelos cuando aquella contaba con escasos seis meses, y la madre -que contaba con 16 años- junto a su abuelo, dieron conformidad al otorgamiento de la guarda judicial para aquellos con motivo de la situación de aquella y de la familia extensa (fs. 26); que así fue dictada por auto del 30 de marzo de 2010 (fs. 43), con el aval de la Defensora del Niño (fs. 37), en base a informes de salud de la niña y psico-social de los guardadores, que llevaron al juez a sostener: "los peticionantes reúnen las condiciones necesarias, tanto morales como materiales para el desarrollo adecuado de la personalidad psíquica y física de la menor, dentro de un marco familiar continente, tanto en el aspecto afectivo como en el económico, y del cual no se excluye a la progenitora. En consecuencia accede a lo peticionado redundará en beneficio de la menor de autos, toda vez que los solicitantes son quienes se han hecho cargo de su sobrina-nieta desde los primeros meses de edad de la misma. Por lo demás, la guarda es un medio eficaz de protección para los niños, y que les proporciona un ámbito familiar donde desarrollarse, por lo que debe estarse al interés de éstos y para ello es necesarios analizar adecuadamente las circunstancias de hecho que odean al caso". (fs. 43vta).

Instada la guarda preadoptiva por los mismos el 05.08.2011, en "S., E. A. S/ Guarda Preadoptiva" (Expte. 50571/2011), con fecha 15 de junio de 2015 se resuelve en tal sentido con el aval de la Defensora del Niño (fs. 59/61), atendiendo a su vez declaraciones testimoniales, evaluación psicológica del grupo familiar que además del afecto, explica acerca de la integración a la niña en una dinámica organizada, con tareas y rutinas que operan de continente favoreciendo su desarrollo armónico y estable, y reconociendo la necesidad de dar a conocer su historia respetando la singularidad y principalmente el tiempo; también con informe social favorable.

Que presentada la madre en audiencia manifiesta que no presta conformidad a la guarda preadoptiva con fundamento en que la peticionante no permite el contacto de ella con la menor y de su otra hija; derivada al patrocinio letrado oficial (fs. 47) e intimada bajo apercibimiento de tenerla por conforme con el cambio de objeto de la guarda (fs. 55) no concretó otra intervención o pedido.

Que la decisión dictada se funda en los precitados informes técnicos donde se describe que la niña se encuentra integrada en un núcleo familiar en una relación de afecto y respecto, sin desconocer su historia personal y sus orígenes, que ha sido informada poco tiempo atrás; los peticionantes aparecen como personas aptas para cumplir con toda las obligaciones de un guardador y con capacidad para brindar contención afectiva y psíquica, además de cuidados de salud física, que el grupo conviviente cumple con la contención emocional y física de la niña, para concluir que en la causa se ha constatado la existencia de los extremos requeridos para otorgar la guarda con fines adoptivos; menciona que si bien la progenitora se ha presentado expresando su disconformidad con el presente, debidamente notificada, no se ha presentado con abogado a efectuar su pretensión; considera el prolongado tiempo transcurrido, la formación de lazos familiares fuertes y la ausencia de voluntad filial por parte de la progenitora, teniendo a su vez comprobada la voluntad expresada en reiteradas ocasiones de los peticionantes y la niña respecto de su deseo de continuar la convivencia con el grupo, que ésta se encuentra en un ámbito familiar adecuado con fuertes lazos familiares para su desarrollo integral (fs. 62 y vta).

Que 3 meses después de concluido dicho proceso, se presenta el progenitor denunciando domicilio en la Unidad carcelaria N° 5 de la ciudad de Cipolletti, pidiendo vista (fs. 64/67), que le es concedida el 22 de septiembre de 2015 (fs. 68), sin concretar actuación alguna posterior.

Acompaña acta de nacimiento de la que surge anotación marginal de reconocimiento realizado el 16 de agosto de 2014 (fs. 64).

Finalmente, instada la adopción plena por los pretensos adoptantes, en "S.,E.A. S/ Adopción Plena" (Exe. 60183/2103), obra informe social de aquellos (fs. 20), la entrevista mantenida con la niña por la Defensora del Niño con el informe psicológico de su resultado (fs. 29/30); y el dictamen del Equipo Interdisciplinario del poder Judicial (fs. 38/40).

Que el trámite resulta avalado por la Defensora del Niño, expidiéndose para se resolviese "favorablemente la adopción plena de A." e "imprescindible que los pretensos adoptantes garanticen la incorporación de la niña en un espacio de tratamiento que le permita abordar su historia familiar" (fs. 45), y a su tiempo lo hizo el Agente Fiscal, dictaminando no tener "objeciones que formular al trámite" y agrega que en el caso "se han reunido los recaudos exigidos por ley (principio de buena fe, debido proceso, garantías de juicio para las partes, informes periciales, entrevista con la niña), el estado de vulnerabilidad de aquella y particularmente a la luz de la aplicación de principio rector del "mejor interés del niño" (fs. 47).

Que el 19.10.2015 se presenta el progenitor solicitando se rechace el pedido, se restablezca su contacto con la niña y el grupo familiar paterno, hermana y abuela, con encuentros progresivos, e intervención del equipo interdisciplinario, psicólogos y asistentes

sociales; ofrece prueba, pidiendo se oficie al juzgado y directores del penal para que informen sobre su conducta en el penal donde cumple pena privativa de la libertad, así como el socio ambiental en su domicilio y de su madre, para evaluar las condiciones habitacionales con posibilidad de acoger y contener a E.A. (fs. 23/25).

Reseña que la hija fue fruto de la unión con M.S.S., que al momento de nacer S.E.A. era menor de edad, que dos años antes había nacido su otra hija M.B.B., que se hizo cargo de ambas, que a los dos meses del nacimiento la relación terminó, mudándose a Cipolletti a vivir con su madre, llevando consigo a la hija mayor de dos años, que al día de la fecha continúa a su cargo; que la madre de las hijas le negó el contacto con la menor; que al poco tiempo fue detenido y condenado, resultándole muy difícil efectuar el reconocimiento ante el Registro Civil, lográndolo recién el año pasado; que nunca abandonó a su hija, siempre deseó restablecer el vinculo; que fue amenazado de ser detenido por la policía si iba a buscar a la hija; que no podía acercarse a su domicilio; que se llevarían a la nena a Buenos Aires; que la privación de la libertad le dificulta las cosas; que después de años logró obtener asesoramiento jurídico; que jamás supo que la madre había entregado a la niña a terceras personal para que la cuidasen, ni que haya deseado darla en adopción; que desea ejercer plenamente la responsabilidad parental con la niña; que no desconoce la realidad de que lleva 7 años viviendo con los peticionantes; entiende que en mérito al derecho a la identidad de la niña es que corresponde admitir su petición; que con su otra hija y su madre conformó un núcleo familiar estable, que sabe de la existencia de una hermanita y quiere revincularse con ella; que no se han cumplido con las exigencias en materia de adopción al haberse contemplado solo la situación en relación con la madre de la niña, pero no se ha indagado sobre su progenitor ni sobre la familia paterna; que el principio general es el mantenimiento de los vínculos fraternos, y no se han desarrollado mecanismos para hacerlos efectivo; que para resolver se debe establecer y luego respetarse el interés superior del niño conforme art. 3 CDNA.

Otorgándole participación (fs. 26), no cumple otra actuación hasta que interpone apelación contra la sentencia.

Que en relación a la crítica vinculada al cumplimiento de los recaudos para declarar la adopción plena, en los presentes luce el informe social del grupo conviviente que integra la menor con el matrimonio pretenso adoptante, L. y W., describe que habitan una vivienda de su propiedad; que contiguo hay departamento pequeño utilizado por la madre de L., y en el frente un local comercial de tienda para los niños de su propiedad; con ingresos del W. como metalúrgico y de comerciante de L., contando con cobertura asistencial; que poseen dos hijas de 27 y 24 años; que E.A. es sobrina nieta de L., residiendo con ellos desde los 4 meses de vida, porque su madre la dejó a su cargo; que la niña se contactó de manera muy esporádica con su madre biológica y desde hace años no se ha vinculado más; que la E.A. conoce su realidad biológica, se lo dijo L. luego de consultar y asesorase con profesional psicólogo; que la rutina cotidiana es que E.A. concurre a 1º grado de la escuela, turno mañana con muy buen rendimiento escolar, cuenta con amplia red extensa con la que se vincula sistemáticamente, que L. es ama de casa y atiende el comercio, dejando de trabajar en relación de dependencia hace años, cuando incorporaron a la niña al hogar familiar. Concluye que se trata de una familia en situación socioeconómica media/baja, con ingresos sistemáticos provenientes de ambos adultos, habitacionalmente la vivienda reúne condiciones de habitabilidad, y la niña cuenta con su espacio físico acorde a su necesidades, se encuentra contenida y asistida en sus necesidades por el matrimonio guardador (fs. 20).

De la entrevista individual de E.A. con la Defensora del Niño, se informa que se presentó con buena disposición, de modalidad expresiva y locuaz puede manifestar diferentes aspecto de su vida personal y familiar, con buen rendimiento escolar promociona a 2º grado, tiene buenas referencias sobre el ámbito escolar con relaciones con pares, variadas actividades, juegos y materias especiales, realiza actividad extraescolar de guitarra; sobre su historia familiar, manifiesta significativos registros afectivos, sintiéndose alojada y contenida emocionalmente por los pretensos adoptantes; a los que nombra y reconoce como sus “padres”, que han desempañado y desempeñan funciones parentales, graciosamente expresa “me dan todo lo que yo quiero y no me falta nada”; hace mención a aspecto sobre los cuidados de su crianza, escolaridad y recreación, señalando que le manifiestan su cariño y afecto cotidianamente; que no se evidencian situaciones de maltrato infantil. Nombra a su red extensa familiar, D. y K., hijas de la pareja, con quienes se vincula, destacando también registros afectivos. En cuanto a su historia singular ella misma expresa que “mis padres son otros”, por referencia a sus padres biológicos destacando el conocimiento sobre su origen. Seguidamente manifiesta que no tiene ganas de ver a su madre y expresa una serie de palabras con contenidos peyorativo que califican su comportamiento, como también con respecto a su padre biológico, sobre quien manifiesta que no tiene recuerdos y vivencias gratificantes demostrando subjetivamente su negativa a poder verlos o vincularse con ellos; que posee adecuados recursos cognitivos y simbólicos para su edad cronológica, pudiendo manifestar claramente su deseo de convivir con L. y W. “para siempre”, por lo que no se advierte interés o intención de intentar re vincularse con sus padres biológicos al momento del encuentro y durante su ciclo vital, valorando que para ella y para la construcción de su subjetividad “sus padres” son el matrimonio de L. y W. quienes se han responsabilizado de su crianza (fs. 29 y vta), siguiéndole la opinión de la Defensoría respecto a que “Es claro el deseo de A. de ser adoptada por los peticionantes de autos y de no contactarse con sus padres biológicos, teniendo conocimiento pleno de su

historia. “ (fs. 30).

Del informe del equipo interdisciplinario resulta que la niña expresa que vive con su mamá y su papa, que tiene el mismo apellido que ella, que la escuela solo la llaman por el nombre, no dicen nunca ningún apellido, y agrega que un poco le gustaría el del último, dado que el otro apellido nunca se lo dijeron.; del esposo describe que le angustia no poder transmitirle la verdad sobre su realidad biológica, y la de L., preocupada por la integridad y seguridad de su sobrina, la madre de E.A, con angustia al advertir la dificulta de la joven para hacerse cargo de la niña; advierte sobre la falta de información respecto al identidad y la realidad generacional de E.A., que puede provocar efectos en su subjetividad, necesario retomar el espacio profesional a tal fin, sosteniendo que la niña estableció un lado afectivo con L. y W. a quienes identifica como padres, aunque sobre la base de una filiación que no es genuina, que en tal punto tiene dificultad el proceso constructivo de su identidad; que aparecen interrogantes respecto de sus orígenes, por lo que sería importante la incorporación a un espacio de tratamiento en el que pueda labora esta trama e historia familiar que la implica y genera preguntas (fs. 39 y vta.).

V.- Que los antecedentes reseñados son suficientes para evidenciar el cumplimiento de aquellos presupuestos fácticos y jurídicos que reconoce la condición de desamparo a la que quedó expuesta la hija a pocos días de su nacimiento, que no era desconocida ni a cuya situación fue ajena al progenitor en el transcurso de los posteriores siete años hasta que esta causa alcanza el estado en que se dicta la sentencia, donde se comprobó el resguardo que permitió que se desarrollara íntegramente en los aspectos psicofísicos y tal como es reconocida actualmente dentro de un ámbito familiar; primero a través de la guarda judicial, luego para decretar su adoptabilidad y finalmente la adopción plena, sucesivamente instado por los dos actores que la criaron desde los 6 meses de vida y le dieron afecto en el seno de aquel grupo, que, vale recordar, en todas las instancias fue calificado favorablemente, y que hasta la actualidad concreta de manera satisfactoria la necesaria evolución humana de la niña, a la que no se le ha ocultado su origen biológico, motivando que se dispusiera un espacio psicológico para concretar progresivamente la elaboración de dicha realidad.

La conclusión que se anticipa, se corresponde con el análisis de aquellos antecedentes ya transcriptos que habilitan la tarea de ponderar derechos e intereses de la niña y los adultos involucrados, tal como expresamente lo manda la Corte Federal con motivo de la aplicación de Convenios Internacionales como es la Convención sobre los Derechos del Niño, particularmente cuando en el caso la expresión de agravios pretende que la situación del progenitor debe atenderse considerando lo decidido en el caso “Fornerón” por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Que sin perjuicio de justificar a continuación que en los presentes no confluyen los presupuestos fácticos que fueron valorados por el organismo internacional en el antecedente que cita el apelante, estimo oportuno establecer que en la tarea de ponderación que exige el análisis de los agravios, atenderé los estándares aplicados por la C.S.J.N. en la causa “S.C. S/ Adopción –Fallo del 02.08.2005- tal como fueran publicados en Corte Suprema de Justicia de la Nación Secretaría de Jurisprudencia “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” Diciembre 2012 (http://old.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf):

-La consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3º.1— impone a toda autoridad nacional en asuntos concernientes a menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, C.N.).

-La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. 0

-No sólo la Convención sobre los Derechos del Niño contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo y en relación a los procesos de adopción aparece en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que aquel interés sea la consideración primordial.

-Ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad (Convención sobre los Derechos del Niño y art. 321, inc. i, del Código Civil que dispone que el juez o tribunal deberá valorar el interés superior del menor).

-A fin de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta el deber natural de los padres —arts. 264, 265 y 275 del Código Civil—, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores.

-La “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que

se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño.

-En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores de justicia, solidaridad y paz social.

-Al controvertirse derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, pauta que no atiende sólo a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte.

-Es aplicable la excepción a la regla del derecho interno contenida en los arts. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil como la del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica y 7º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño) que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos, cuando el interés superior del niño consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debería evitarse.

Que aún sentados tales estándares siguiendo las previsiones del Código Civil, considero aplicables al presente por conciliar en ellos de manera acabada el superior interés de la niña, conforme los alcances de los arts. 3, 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccs. de la Constitución Nacional; arts. 594, 595 incs. "a" y "d", 607, 706 y ccs., Cód. Civ. y Com.; arts. 2, 3 y ccs. de la ley 26.061; arts. 21º, 22°, 23°, 27°, 46°, 47" y cs., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y ccs. de la ley 13.298.

A.- Que en base a lo expuesto, se puede comprobar que no se cumplen aquí con los presupuestos fácticos que fueron considerados y por los que se expidió la Comisión Interamericana de Derechos humanos en la causa “Forneron” en el año 2006, con motivo de la petición de un padre para que respete el interés superior de la hija y su derecho a ejercer el cuidado y crianza, cuando así lo había reclamado desde que naciera en Victoria -Pcia de E.Ríos- el 16 de junio de 2000, formalizando su reconocimiento a los 15 días, promovió denuncia penal al mes, demandó un régimen de visitas, manteniendo la vía recursiva ante el máximo tribunal provincial rechazada el 02.04.2004, en razón de que la progenitora otorgara en la guarda provisoria con fines de adopción a un matrimonio domiciliado en la ciudad de Buenos Aires, mediante acta labrada ante el Defensor de Pobres y Menores de esa jurisdicción al día siguiente del nacimiento, que se produjo en un clínica en la que se internaron junto a la madre a los fines del parto.

Que en los presentes, la hija nunca fue apartada del padre, quien admite que a los pocos días del nacimiento se alejó de la madre que en ese momento sólo contaba 16 años, en condiciones que omite describir, mas con registro en las sucesivas causas tramitadas respecto de la progenitora y su familia extensa acerca de la insuficiencia asistencial; que tal situación fue la que motivó que la niña quedara al cuidado de aquellos que en el transcurso del tiempo, siete años, se presentaron invariablemente a satisfacer el derecho a gozar de un desarrollo integral en el seno de una familia.

Situación y reconocimiento que el padre sí le habría otorgado a la hija mayor que, conforme describe, desde los dos años se hallaría integrada al grupo familiar con la abuela paterna, aunque no aporte otro dato sobre tal estado y las condiciones de cómo lo satisfizo, ni a qué asistencia se refiere, limitándose a señalar sobre su situación que estuvo largo tiempo y en la actualidad está privado de la libertad por orden judicial.

Tampoco da ni ofrece acreditar las razones de haber decidido separar a las hermanas, ni la espera de más de 5 años desde el nacimiento para exteriorizar la realidad biológica de S., E.I., acto administrativo que junto al de presentarse en estas actuaciones, serían los únicos que podrían vincularse a su responsabilidad parental.

Así, conociendo los alcances de los deberes parentales que cumple con la hija mayor, no acredita haber ignorado acerca de cómo se encontraba su pareja de sólo 16 años con una niña de pocos meses cuando se fue a vivir a otra ciudad, para sólo informar su paternidad en las causas más de 5 años después.

A tenor de lo expuesto, en el caso no se reúnen los presupuestos que llevaron al organismo internacional a reconocer que el Estado nacional incumplía con exigencias convencionales que comprometían el interés superior del hijo en relación a su vínculo paterno.

B.- Que el recurrente se agravia porque la sentencia constituye un impedimento al ejercicio de derechos que titulariza la menor, los propios y los de la hermana y abuela paterna, derivados del vínculo biológico.

Que en principio no se puede omitir atender que el padre accede a esta instancia recursiva omitiendo producir prueba acerca de la exacta situación del grupo familiar que integra ni otra para evaluar su conducta, ni explicar la precedente (falta de reconocimiento y asistencia, abandono y desamparo), dándole relevancia sólo al vínculo de origen, e ignorando la cronología de la niña a los largo

de más de 7 años, en el seno de otro grupo familiar con el que se identifica y desea seguir viviendo, en voluntad avalada por los informes citados.

Que ciertamente no se trata éste de un proceso para evaluar culpas desde que su perspectiva debe ser siempre el de atender el futuro de la niña como sujeto de derecho, que debe guardar coherencia con el desarrollo anterior, que es imposible retrotraer como si se tratara de una madeja de hilo que se desmadeja, pretendiendo su equiparación al de la hija y hermana que sí habría permanecido dentro del grupo familiar paterno.

A su vez, sólo una errónea valoración de los efectos de la sentencia haría suponer que S., E.A. está impedida de por vida al contacto humano con aquellos que por su origen naturalmente están y estarán integrados a su realidad biológica, y a los afectos que se generen en lo sucesivo; ello en el entendimiento de que éste pueda ser el objeto del planteo recursivo.

Que a su respecto, la juez de grado ha realizado un cabal análisis sobre el punto partiendo de tener acreditado que S,E.A. conoce de su realidad biológica, expresándose en tal sentido (ver informe de fs. 39 y vta), mientras que las sucesivas resoluciones dictadas han impuesto el deber de informarla y asistirla psicológicamente en tal sentido:

Y particularmente la sentencia cuando expresa:

"… de conformidad a lo sugerido por la profesional interviniente… y lo requerido por la Sra. Defensora del Niño, requeriré a los peticionantes que arbitren los medios para que E. se incorpore en un espacio de tratamiento psicológico para elaborar su situación familiar. …".

Que en relación a los planteos de los progenitores, en evaluación que se comparte por su insuficiencia para atender la situación de la hija:

-de la madre, destaca que no "obran presentaciones de su parte con abogado, ni se iniciaron acciones o solicitaron medidas tendientes a iniciar un contacto con su hija. Solo se le limitó a comparecer a la citación y expresar su negativa.

-del padre, que habrá de seguir el primer dictamen efectuado por la Sra. Defensora del Niño (fs. 30), donde destaca "que la niña tiene claro su deseo de ser adoptada y de no contactarse con sus padres biológicos, teniendo conocimiento de su historia" y además "en atención al tiempo transcurrido, la edad de la niña E. que actualmente cuenta con siete años, y siendo que convive desde los primeros meses de vida junto a los señores W. y L. reconociéndolos como sus padre" que hacen viable la adopción plena requerida".

Agrega, finalmente, "como imprescindible" considerar la opinión de la niña, quien claramente pudo expresar que quiere llevar el apellido de los peticionantes y quiere ser adoptada conociendo su origen, para concluir que:

"La conveniencia del tipo de adopción otorgada se encuentra basada en el análisis de los hechos, los vínculos gestados, la opinión del niño, el desarrollo de su identidad a la luz de los principios de la adopción".

C.- Que una sentencia de adopción debe armonizar derechos e intereses en un proceso de ponderación en que, como ya he citado, los de la niña relativizan los que pretenden titularizar y ejercer los adultos, mientras el cuestionamiento aquí traído se asienta exclusivamente en una realidad biológica, con el objeto de resistir a la que fue constituida a lo largo de muchos años, y que ha demostrado ser satisfactoria en el proceso formativo de aquella, dando el basamento para recurrir a la herramienta que proporciona el ordenamiento jurídico para atender la desprotección infantil y la privación de un ámbito familiar dónde desarrollarse.

Para comprender lo expresado, no encuentro mejor forma que recurrir al aporte proporcionado desde otras disciplinas que se integran al derecho para abordar las conductas humanas, en perspectiva interdisciplinaria que se hace fundamental en materia de familia, como es la psicología.

Así, cuando se trata de evaluar las consecuencias perjudiciales que son susceptibles de ser atendidas con una reparación económica por la falta de reconocimiento filial oportuno de un padre, a la que no fue ajena S.,E.A., destaqué que los deberes parentales guardan correspondencia con aquellas situaciones abordadas desde las teorías que explican científicamente el desarrollo del ser humano, entre otras, la expuesta por Erik Erikson quien describe dicha evolución en 8 etapas de la vida, afirmando:

"… que en cada una el individuo tiene una tarea psicosocial que resolver.

La confrontación con cada tarea produce conflictos, los cuales tiene dos posibles resultados.

Si en cada etapa se domina la tarea correspondiente, la personalidad adquiere una cualidad positiva y tiene lugar un mayor desarrollo.

Si la tarea no es dominada y el conflicto se resuelve de manera insatisfactoria, el Yo resulta dañado por que se incorpora una cualidad negativa.

La tarea global del individuo consiste en adquirir una identidad más a medida que va pasando de una etapa a la siguiente" (Desarrollo humano- Estudio del ciclo Vital – 2da. Ed. F. Philip Rice- 1era. Parte. El estudio del desarrollo humano durante el ciclo

vital. Pág. 33/34).

Y para explicar los efectos perjudiciales de la omisión, no queda más que citar las etapas transitadas por la menor hasta los 5 años, comprensivas de:

1) Confianza Básica vs. Desconfianza. (Esperanza) (Desde el nacimiento hasta aproximadamente los 18 meses). Es la sensación física de confianza. El bebé recibe el calor del cuerpo de la madre y sus cuidados amorosos. Se desarrolla el vínculo que será la base de sus futuras relaciones con otras personas importantes; es receptivo a los estímulos ambientales es por ello sensible y vulnerable, a las experiencias de frustración son las experiencias más tempranas que proveen aceptación, seguridad, y satisfacción emocional y están en la base de nuestra desarrollo de individualidad. Depende entonces del sentimiento de confianza que tengan los padres en sí mismos y en los demás, el que lo puedan reflejar en sus hijos.

2) Autonomía vs. Vergüenza y Duda (Voluntad) (desde los 18 meses hasta los 3 años aproximadamente). Esta etapa está ligada al desarrollo muscular y de control de las eliminaciones del cuerpo. Este desarrollo es lento y progresivo y no siempre es consistente y estable por ello él bebe pasa por momentos de vergüenza y duda. Él bebe inicia a controlar una creciente sensación de afirmación de la propia voluntad de un yo naciente, se afirma muchas veces oponiéndose a los demás. El niño empieza a experimentar su propia voluntad autónoma experimentando fuerzas impulsivas que se establecen en diversas formas en la conducta del niño, y se dan oscilando entre la cooperación y la terquedad, las actitudes de los padres y su propio sentimiento de autonomía son fundamentales en el desarrollo de la autonomía del niño. Este establece su primera emancipación de forma tal que en posteriores etapas repetirá esta emancipación de muchas maneras.

3) Iniciativa vs. Culpa (Propósito) (desde los 3 hasta los 5 años aproximadamente). La tercera etapa de la Iniciativa se da en la edad del juego, el niño desarrolla actividad, imaginación y es más enérgico y locuaz, aprende a moverse más libre y violentamente, su conocimiento del lenguaje se perfecciona, comprende mejor y hace preguntas constantemente; lo que le permite expandir su imaginación. Todo esto le permite adquirir un sentimiento de iniciativa que constituye la base realista de un sentido de ambición y de propósito. Se da una crisis que se resuelve con un incremento de su sensación de ser él mismo. Es más activo y está provisto de un cierto excedente de energía, es posible ocuparse de qué es lo que se puede hacer con la acción; descubre lo que puede hacer junto con lo que es capaz de hacer.

-La intrusión en el espacio mediante una locomoción vigorosa,

-La intrusión en lo desconocido por medio de una curiosidad grande,

-La intrusión en el campo perceptual de los demás,

-Fantasías sexuales, (Los juegos en esta edad tienen especiales connotaciones simbólicas sobre aspectos sexuales). Respecto de esto último, el niño posee una genitalidad rudimentaria y tiene muchas veces sentimientos de culpa y temores asociados a ello".

A partir de ello, si el desarrollo y evolución de la personalidad en cada etapa condiciona o es decisiva para la siguiente, no se requiere un análisis mayor para concluir sobre los efectos desfavorables que tendrá para una niña que ha superado la última etapa integrada e identificada con un grupo familiar desde que nació, se vea privada de continuar ese desarrollo humano, cuando tal interrupción sólo importe a los fines de atender a la realidad biológica y familiar que pretende aportar el padre que se ha mantenido ausente y ajeno mientras transcurrieron los primeros 6 años de la vida.

Que en la cronología de la niña, los datos formativos de su psiquis fueron proporcionados desde una realidad familiar y social sin contacto respecto a la que, aún con los escasos datos proporcionados, provienen del padre biológico.

Que tal como lo recomiendan los especialistas, sólo en un proceso en que aquella cronología de la niña se mantenga estable y garantizada, existirá la posibilidad de que cuente con los recursos para reconocer la importancia de acceder a la nueva develada e incluso con la posibilidad de integrarse saludablemente; explicándose así un abordaje interdisciplinario como el dispuesto en la sentencia de grado.

D.- Que el art. 594 del Código Civil y Comercial define a la adopción como "una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen", y el nuevo ordenamiento, en coherencia con todo lo hasta aquí expuesto, lo correlaciona desde una perspectiva que prioriza el interés del niño y no desde las posiciones que asuman los adultos.

Que sin cuestionamientos ni impugnaciones se dictó el otorgamiento de la guarda con carácter de preadoptiva el 15.06.2015, con fundamento en las condiciones de desprotección e imposibilidad de recibir asistencia de la madre y su familia extensa, sumado a los datos favorables de los actores y conforme el régimen y con los alcances previstos en el art. 371 y s.s. del Civil, antecedentes que se reeditan en los presentes con informes de aptitud y emitidos por el equipo interdisciplinario que avalaron el vínculo legal, reflejo del afectivo que durante todos los años se forjaron.

Que en su crítica, el progenitor no asume el rechazo a su planteo, signado en lo principal por la total ausencia de información que permita verificar haber superado o que se pudieron modificar aquellas circunstancias que lo llevaron a trasladarse a otra ciudad, dejando a la niña con sólo dos meses junto a su madre de escasos 16 años, desentendiéndose de todo contacto y, obviamente, la más elemental asistencia para ambas, que fue lo que determinó que –a diferencia de su otra hermana- en relación a S.,E.A., con 6 meses, debiera ser asumido por los guardadores que sucesivamente, no sólo cumplieron las exigencias para que se declare el estado de adoptabilidad y obtener la adopción, sino que han demostrado haber brindado a lo largo de más de 7 años, y contar para el futuro con condiciones para seguir garantizando el desarrollo humano integral de la niña.

En tal sentido, más allá de informar que permanece privado de la libertad desde hace varios años y pedir se oficie a las autoridades penitenciarias, remite a su residencia en el Penal N° 2, sin siquiera aportar datos acerca de la identidad o la situación de la abuela o de la hermana, cuando alude a la realización de un informe socio ambiental.

Finalmente, en el proceso de ponderación que se impone, cede y resulta imposible poner de relieve el valor de la familia biológica bajo las condiciones que invoca y centrada en la figura de un adulto, frente a la regla del interés superior de S.,E.A., representado en el caso por las circunstancias que rodearon y rodean su vida desde los 6 meses integrada al grupo familiar de los adoptantes, que son las que han garantizado la satisfacción de necesidades y requerimientos afectivos y asistenciales cuyo eje, a lo largo del tiempo transcurrido -7 años- ha sido su desarrollo humano.

Que en evaluación judicial que tiene puntos de contacto con los presentes, se analizó y concluyó que:

“2. En este marco, el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el "interés superior del menor". Así, la exigencia de que ese interés sea analizado "en concreto", como también el situar que el conjunto de bienes necesarios para el menor se integre con los más convenientes en una circunstancia histórica determinada, responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores.

La paternidad no puede constituir una omnipotestad biológica que confiera impunidad a su titular para incursionar en experiencias abandónicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de sus vidas, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. El necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés del menor..., y en este aspecto aparece la posibilidad de que los niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una sanción impuesta a los padres, sino como un remedio para los hijos, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que los coloca objetivamente en grave peligro material o moral (conf. mi voto en Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Pues al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho de los menores a la preservación de sus relaciones familiares, velando porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, el mismo texto internacional prevé -razonablemente que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores, como por ejemplo cuando sean objeto -como ocurre en el caso- de descuido o abandono (arg. arts. 8, 9, 19, C.D.N.).

De estos actuados -tal como lo han descripto tanto el colega que abre este acuerdo como la señora Procuradora General en su dictamen de fs. 800/804- se percibe claramente que a pesar de haber transcurrido más de siete años desde la constatación de la inicial situación de vulneración de derechos fundamentales en que se hallaba la niña (fs. 3/7 y 33, expediente de abrigo), todavía hoy el progenitor no ha podido revertir totalmente las conductas que dieran origen a dicha situación (fs. 1/2, expediente de guarda).

Si bien es cierto que luego de este tiempo el recurrente experimentó una favorable evolución en su comportamiento en relación con su hija (fs. 553/554, guarda), aún permanecen otros elementos que contraindican su pretensión, tales como su falta de aptitud psicológica para el ejercicio de la función parental (pericias de fs. 263/268 y 444/445, 453, guarda), la falta de higiene y el nivel de abandono del hogar donde ocasionalmente habita (fs. 320/323, guarda), el persistente cuadro de violencia familiar que se vivencia en su presencia (fs. 331, 502, guarda). En este punto, de mantenerse, los avances que pudo haber evidenciado el progenitor se muestran, eventualmente, más aptos para promover progresivamente un régimen comunicacional fluido con su hija que para justificar su aptitud para el ejercicio de su responsabilidad parental (arts. 384, 474, 853 y concs., C.P.C.C.).

De esta manera, así fracasadas tanto las estrategias de contención externa de ambos progenitores, como la fijación de reglas elementales de convivencia, como la superación tanto de las situaciones de violencia doméstica padecidas por la madre y la niña, como de las dificultades relacionadas con la ausencia de un centro de vida beneficioso para ésta (producto de la falta de una residencia estable), en suma, fracasadas las numerosas medidas adoptadas por los órganos administrativos y jurisdiccionales que abordaron la problemática del caso, es posible afirmar que las constancias de la causa aún revelan la subsistencia de obstáculos insalvables en la personalidad y conductas del señor M. .

Y sumado ello al excesivo transcurso del tiempo sin que se hayan evidenciado genuinas modificaciones relevantes en la conducta

paterna que permitan una auspiciosa revinculación con su hija (lapso con el cual contribuyera el recurrente, merced a las dificultades para ser ubicado -fs. 37/41, abrigo-, sus inasistencias sistemáticas a los sucesivos regímenes de visitas asistidos con su hija -fs. 249, 364/368, guarda-, el inicial abandono del tratamiento en las comunidades terapéuticas -fs. 229, 232/233, guarda-), se impone concluir que no resulta posible, en aras del actual superior interés de la niña, sino confirmar su situación de abandono y adoptabilidad.

Evidentemente, los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 14 [2013], cit., párr. 93).

Así, las estrategias de revinculación con la familia de origen del menor poseen un momento de realización. Y no parece posible insistir con ellas cuando, como ocurre aquí, debido al excesivo transcurso del tiempo y la impotencia o inacción de quien pretende tardíamente una nueva oportunidad, ello sólo podría importar prolongar incausadamente la indefinición de la situación de la niña y vulnerar sus derechos fundamentales a acceder, en forma seria, estable y tempestiva, a un ámbito que genuinamente resulte apto para brindarle protección afectiva, social y familiar personalizada, en garantía de su bienestar y desarrollo integral (arg. arts. 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20, 21, C.D.N.; 1°, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución nacional; 16.3, Declaración Universal de los Derechos del Hombre; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 3, 8, 9 y concs., ley 26.061; 1°, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 384, 474, 853, C.P.C.C.).-... "(SCBA- C.119.647 "M.,S.A. S/Guarda-16.03.2016-http://juba.scba.gov.ar/Ver TextoCompleto.aspx?idFallo=131032

En conclusión, los antecedentes relevados conforme las normas y estándares jurídicos invocados, habilitan alcanzar la convicción de que la solución adoptada en la sentencia de grado resulta más funcional en la armonización de todos derechos comprometidos en el caso.

E.- Finalmente, abundando respecto al requerimiento dirigido a los adoptantes para que arbitren medios para que S.,E.I. se incorpore a un espacio de tratamiento psicológico para elaborar su situación familiar, estimo ajustado propiciar que en lo que respecta a un posterior régimen de comunicación con los progenitores y la familia extensa, éste deberá ser establecido si se ratifica como positivo para el desarrollo de la niña y en la medida en que no resulte contraproducente para la adaptación en el contexto familiar en el cual ha sido incluida, debiendo contar con el aval del equipo interdisciplinario.

VI.- Por las consideraciones expuestas, propiciaré al acuerdo rechazar el recurso de apelación, y con la aclaración formulada en el párrafo que antecede, se confirme el pronunciamiento de grado.

VII.- Costas al recurrente (art. 68 del CPCyC), a cuyo fin deberán regularse honorarios conforme arts. 6,7,8 y 9 de la Ley 1594).

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 50/53 vta., con la aclaración formulada en el considerando E, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo 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

**"MARBA GISELLE JOHANA C/ WINTHER NADIA VANINA S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 501597/2013) – Sentencia: 95/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

PRESUNCION DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO. ALCANCE DE LA PRESUNCION.

Debe ser confirmada la sentencia que hace lugar a la demanda al tener por comprobada la prestación de servicios –en el comercio de la actora- en base a la prueba testimonial y documental que detalla, haciendo operativa la presunción legal acerca de la existencia de un contrato de trabajo (art. 23 LCT), toda vez que fue la demandada quien no cumplió con su obligación de aportar elementos de convicción para avalar la defensa planteada, de conformidad al encuadre legal que estipula la norma citada, que en virtud de la presunción establecida, invierte la carga de la prueba.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARBA GISELLE JOHANA C/ WINTHER NADIA VANINA S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (EXP JNQLA1 Nº 501597/2013), venidos en apelación 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 20.11.2016 (fs. 156/159), expresando agravios a fs. 158/161.

En primer punto cuestiona que el juez de grado haya ignorado lo expresado al contestar la demanda y en los alegatos, sobre las características del local, y las supuestas tareas de vendedora y vidrierista realizadas y haya tenido por ciertas por el solo decir de la actora, a quien se le ocurrió remitir una intimación en noviembre de 2012 reclamando diferencias salariales y registración laboral, tratándose de un hecho inexistente y que para darlo por cierto se remite sólo a una de las pruebas testimoniales.

Critica en segundo agravio que se haya dado por sentada la veracidad de las testimoniales de las personas propuestas por la actora, cuando una es su concuñado y la otra que se contradice admitiendo que es amiga, se convierte en la más confiable, cuando no ratificó su identidad, deviniendo un acto inexistente; que incurre además en incongruencia luego haber desestimado las declaraciones de los testigos de su parte por haber reconocido amistad.

Que en el análisis de las testimoniales como único método de probanza, salvo por las cartas documento, considera que aquella que más se aproxima a la veracidad de los hechos es la de Góngora Olivares cuyo local y domicilio linda con el comercio, describiendo que la relación entre las partes fue la de amistad, que vio a la actora tomando mate y charlando, que en negocio la demandada recibía colaboración de la madre e hijo, que el local está alfombrado, que la cocina y el baño son chiquititos, descartando así que demandaran higiene y que el piso debiera ser limpiado, que no hay vidriera sino una ventana que hace las veces de vidriera y que es muy pequeño todo.

Respecto a la presunción de la existencia de contrato de trabajo en que se funda la decisión conforme el art. 23 de la LCT, señala que en el caso nunca existió relación laboral y la prueba de que dicho vínculo fue inexistente como resulta de lo mencionado en los agravios anteriores respecto de la prueba.

Que por las mismas razones expuestas, resulta imposible considerar la liquidación incluida en la sentencia y que tenga exigibilidad jurídica, y que la adoptada fue en base a la pericia contable que se afirma no fue impugnada, no es cierta tal aseveración, atento a que su parte la rechazo, y se tuvo presente para el momento de sentenciar.

Finalmente manifiesta que se han regulado honorarios a una persona que no es letrada, que sólo detenta un poder de la demandada para realizar trámites diversos, contraponiéndose ello con la ley 1594.

Sustanciado el recurso, la actora no responde.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis tiene por comprobada la prestación de servicios en base a la prueba testimonial y documental que detalla, haciendo operativa la presunción legal acerca de la existencia de un contrato de trabajo (art. 23 LCT), acoge las diferencias salariales que la actora denuncia se devengaron en el período mayo a noviembre de 2012, y las indemnizaciones por despido, SAC y multas derivadas de la falta de registración y pago.

Cabe destacar que la litis apelatio se concentra esencialmente en el cuestionamiento de la calificación jurídica otorgada por el juez de primera instancia al vínculo que uniera a las partes, sosteniendo la demandada una errónea valoración de la prueba otorgando valor a las declaraciones de algunos testigos en desmedro de otros de las que resulta que la presencia de la actora en el comercio se derivó primero por amistad y para entregar alimentos, ropa y dinero para beneficiarla, de tal forma que en el caso no existe la posibilidad de aplicar las presunciones del art. 23 de la LCT.

Abordando el análisis de la crítica introducida por la demandada, cabe recordar que el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone expresamente: “Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio” (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 de la Const. Prov.; 21 y ss. de la L.C.T.; y 377 y 386 del C.P.C.C.).

Atento los agravios vertidos frente a los fundamentos del decisorio impugnado, se puede verificar de la prueba analizada y el marco jurídico expuesto en la sentencia, que carece de razón el pedido de revisión formulado.

Que han quedado comprobado dichos presupuestos de la condena a partir de que los testigos Guzmán (fs. 101), Prieto (fs. 106), Comas (fs. 108) y Pedraza (fs. 137), fueron coincidentes en que vieron a la actora cumpliendo labores de venta en el negocio y dos de ellos en particular agregan sobre el traslado que le imponía a los fines del ingreso y egreso en relación a su domicilio, suficientes para habilitar a presumir un contrato de trabajo en los términos del art. 23 de la L.C.T., no habiéndose demostrado circunstancias que evidencien lo contrario.

Que la evaluación que sobre ello se concreta es consistente porque más allá de la relación por afinidad de uno de ellos, que una de las declarantes admitiera amistad y aún siendo imprecisa otra acerca de que fueran simplemente conocidas, ello debe analizarse en el contexto general de la prueba que en definitiva se integra con el testimonio de un cuarto declarante (Prieto) del que no se advierte que pretenda alterar los hechos, ni que sean vagas o incoherentes, cuando describe las tareas que realizaba la actora habiendo concurrido al menos en forma quincenal por quedarle próximo al depósito donde él trabajaba.

Que vale recordar que uno de los testigos propuestos por la demandada también ubica a la actora en el comercio, aún cuando aclare que según su entendimiento se trataba de otra relación que no era laboral (fs. 104), para finalmente descartar la tacha de otra de las declarantes que efectivamente cumplió con acreditar su identidad a fs. 119.

En conclusión, es la demandada quien no cumplió con su obligación de aportar elementos de convicción para avalar la defensa planteada, de conformidad al encuadre legal que estipula la norma citada, que en virtud de la presunción establecida, invierte la carga de la prueba.

Luego, respecto a último agravio, al haberse acreditado la relación laboral, procede la aplicación de la presunción instrumental a favor del reclamo de la actora (cfme. arts. 56 de la L.C.T. y 38 de la ley procesal laboral), tornando desierta la queja respecto a los rubros que integran la liquidación practicada por salarios insuficientemente abonados, indemnizaciones y multas derivadas del distracto y falta de registración determinadas en la pericia contable de fs. 79/92, resultando insuficiente lo manifestado a fs. 121 acerca de la ausencia de registro de empleados para desvirtuar sus alcances.

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 se regulan los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria en el 25% de aquellos que se devenguen por las tareas en la instancia de grado.

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. 156/159 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 17 Ley 1594).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes e esta Alzada, en el 25% 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 a origen.
Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"CABRERA ROSANA ESTELA C/ ROSALES LUCAS RODRIGO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 376640/2008) – Sentencia: 97/17 – Fecha: 30/05/2017

ACCIDENTE DE TRANSITO. COLISION ENTRE AUTOMOTOR Y MOTOCICLETA. PRIORIDAD DE PASO. IMPRUDENCIA. RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL CONDUCTOR DE LA MOTOCICLETA. RESPONSABILIDAD DEL EMBISTENTE. CARGA DE LA PRUEBA. APRECIACION DE LA PRUEBA. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. RESPONSABILIDAD DEL EMBESTIDO. COSTAS AL VENCIDO.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado, en lo que respecta a las consideraciones efectuadas sobre la prioridad de paso, como así respecto de la conducta desplegada por las partes, a los fines de atribuir la total responsabilidad del accidente a la actora. Ello así, habida cuenta que la accionante no ha logrado probar conducta temeraria en la conducción del rodado mayor para atribuirle algún grado de responsabilidad al demandado. No existen elementos de prueba que permitan afirmar que el accionado, conductor del utilitario, en los momentos previos al accidente circulara hablando por su celular, o en forma desaprensiva de las reglas de conducción (excesiva velocidad, de manera distraída, etc.). En cambio, se desprende que la accionante a pesar de haber visto que se aproximaba el vehículo utilitario, en vez de frenar y cederle el paso (prioridad del que circula por su derecha), tocó bocina y continúo su marcha.

2.- La presunción de responsabilidad del conductor del vehículo embistente, no tiene carácter absoluto, ni implica en todos los supuestos que quien embiste a otro sin más tenga que responder por las consecuencias dañosas que se originan en un accidente de tránsito.

3.- La presunción de responsabilidad de quién embiste a otro debe analizarse sobre la base de todos los elementos fácticos y jurídicos obrantes en la causa (prioridad de paso, velocidad de los vehículos, etc.), a fin de poder apreciar en conjunto si ha mediado responsabilidad o no del sujeto embistente. En el caso, el demandado tenía prioridad de paso y si bien fue el vehículo embistente, la actora no ha demostrado la existencia de alguna circunstancia (violación a las normas de circulación, exceso de velocidad, etc.) que amerite consagrarle algún grado de responsabilidad al primero. Consecuentemente, en el caso no juega la presunción de sujeto embistente como pretende el apelante, a los fines de consagrar una solución distinta a la establecida en la sentencia de grado,

4.- No puede cuestionarse la condición de vencida que reviste la accionante sobre todo cuando

se rechazó totalmente la demanda interpuesta, correspondiendo, en consecuencia, la imposición íntegra de las costas a la perdidosa, más aún cuando el fundamento del hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro en los presentes.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 30 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CABRERA ROSANA ESTELA C/ ROSALES LUCAS RODRIGO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESIÓN O MUERTE" (Expte. JNQCI3 Nº 376640/2008) venidos en apelación a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. 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. 537/542 y vta., rechazó la demanda promovida por Rosana E. Cabrera por sí y en representación de su hijo menor de edad F.T.P., y le impuso las costas del juicio.

Para así resolver el señor juez de grado sostuvo: "Me inclino entonces a pensar, que el accidente ocurrió por culpa exclusiva y excluyente de la víctima, conductora de la motocicleta, siendo su conducta imprudente, pues advirtiendo que la camioneta se le presentaba al cruce proveniente de la derecha no frenó para cederle el paso, ello configuró "la causa eficiente del accidente". Y agrego, como lo advierte el Juez Penal que instruyó la causa: "debe mencionar como punto principal el art. 41 de la Ley de Tránsito 24.449 que establece que todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas a quien cruza desde su derecha, prioridad que es absoluta salvo las excepciones que menciona el artículo en cuestión, las cuales no se dan en el presente hecho".

Esa sentencia es apelada por la actora a fs. 547, expresando agravios a fs. 559/561, cuyo traslado fue contestado por los demandados a fs. 564/565, en donde solicitan su rechazo con costas.

II.- Al fundamentar su recurso la actora, en primer lugar, y en lo que respecta a la responsabilidad en el evento dañoso, indica que si bien el art. 41 de la Ley Nacional de Tránsito es claro al expresar que la prioridad del que circula por la derecha es absoluta, la misma norma establece excepciones que no deben tomarse con carácter taxativo, pero sí restrictivo, es decir, si existen otros elementos probatorios que acrediten la pérdida de ese derecho, ello debe ser contemplado por el Juzgador.

Refiere, que en el caso de autos está plenamente demostrada la imprudencia del demandado, quien ingresa a la calle San Juan en forma intempestiva, sin prestar la debida atención, con absoluta inobservancia al tránsito, a su urbanidad y con total desaprensión por la vida de los demás. Y que, además no se detiene al presentársele un obstáculo por delante -la motocicleta conducida por Sra. Cabrera acompañada por su hijo-, la que embiste cuando estaba terminando de cruzar la encrucijada.

Sostiene, que de la pericia mecánica se desprende con claridad la responsabilidad exclusiva del Sr. Lucas Rosales, no sólo por estar distraído, pues recién toma conocimiento de la presencia de la moto al momento del impacto, sino porque no tuvo voluntad de detener su marcha ante la presencia de la moto que se le presentaba en su trayectoria, lo que demuestra que no tenía dominio del rodado que conducía.

Agrega, que la Partner del demandado fue el vehículo embistente y que su conductor hizo caso omiso a la bocina accionada por la Sra. Cabrera, cuando al terminar de realizar el cruce de la arteria, el demandado no detenía su marcha; lo cual se encuentra claramente demostrado con su testimonio de fs. 63 en la causa penal y con los dichos de la Sra. Cristina Mabel Colasante a fs. 121/122 de autos.

Manifiesta, que se encuentra debidamente probado que la Sra. Cabrera no sólo llega primero a la encrucijada, sino que cuando estaba concluyendo el cruce, el rodado mayor no se detiene y continúa su marcha, y la embiste en el lado derecho, parte trasera de la moto; situación ésta no contemplada por el juez de grado.

En segundo lugar, afirma que en el hipotético caso de no hacerse lugar a sus agravios, las costas sean distribuidas por su orden.

III.- Ingresando al tratamiento de los agravios expuestos por la recurrente, debo decir que el Art. 41 de la ley 24.449, dispone: "Prioridades. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante: a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista.

Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal, debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada;

2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este artículo.

Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no". (el destacado es propio).

El principio de prioridad de paso y la grave presunción iuris tantum de responsabilidad que lleva anexa su violación para quien lo incumple, constituyen medios sumamente útiles, que favorecen la seguridad en el tránsito y brindan pautas claras para resolver las cuestiones derivadas de los accidentes de tránsito. La asignación de prioridades de paso persigue un objetivo fundamental: que los sujetos del tránsito no disputen el espacio en que circulan, efectuando un manejo agresivo, para ganar terreno al conductor que circula en las cercanías, quien podría ser visto como un oponente o adversario si no fuera por las prioridades de paso establecidas legalmente que ordenan el tráfico. Si bien tal principio no es absoluto, como lo indican las excepciones previstas en la misma norma y el sentido común, torna insustancial el anticipo artificial a otros conductores acelerando la marcha de modo peligroso para ganarles de mano en llegar antes que ellos al punto de confluencia. El conductor que tiene que ceder el paso, sólo debe pasar por el cruce cuando esté seguro de no constituir obstrucción o peligro para el conductor titular del derecho de paso, cualquiera sea la velocidad o proximidad. El conductor que tiene la preferencia de paso puede confiar en el respeto de la norma positiva y continuar su marcha, viéndose sorprendido por la trasgresión, lo cual le impide contar con el tiempo de reacción necesario para evitar el choque. Establecido en juicio quien debía respetar la prioridad de paso, él carga con la presunción de responsabilidad por los daños derivados de no cumplirla. (Marcelo López Mesa, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, p. 191/194). (el remarcado me pertenece).

Así entonces, al haber quedado firme y consentido que el demandado tenía prioridad de paso por circular por la derecha (art. 41 de la Ley de Tránsito), la parte actora tiene la carga de la prueba de los hechos que invoca, con motivo de la responsabilidad que pretende atribuirle a quien, momentos antes del accidente circulaba por la calle Nacimiento.

De manera que, comparto los fundamentos expuestos en la sentencia de grado, en lo que respecta a las consideraciones efectuadas sobre la prioridad de paso, como así respecto de la conducta desplegada por las partes, a los fines de atribuir la total responsabilidad del accidente a la actora.

En efecto: la accionante no ha logrado probar conducta temeraria en la conducción del rodado mayor para atribuirle algún grado de responsabilidad al demandado. No existen elementos de prueba que permitan afirmar que el Sr. Lucas Rodrigo Rosales, conductor del utilitario, en los momentos previos al accidente circulara hablando por su celular, o en forma desaprensiva de las reglas de conducción (excesiva velocidad, de manera distraída, etc.).

Por otra parte, es la demandante quien (confesional de fs. 104/105), reconoce expresamente que el vehículo del demandado apareció en la esquina por la derecha del sentido de circulación que llevaba ella (posición cuarta); que vio el vehículo que conducía el demandado cuando se aproximaba a la encrucijada (posición quinta), aclarando que circulaba por la calle Nacimiento, que le tocó bocina, y que llevaba una velocidad normal y que no puede explicar si paró o no, ya que estaba en el suelo.

De ello se desprende que la accionante a pesar de haber visto que se aproximaba el vehículo utilitario, en vez de frenar y cederle el paso (prioridad del que circula por su derecha), tocó bocina y continúo su marcha.

Si bien el Ingeniero Eduardo Salmoiraghi, en su pericia de fs. 269/274, al describir el accidente manifestó que el mismo se produce cuando la actora:

"...ya había ingresado al cruce de la calle Nacimiento, prácticamente cuando ya culminaba el mismo, ya sobre el carril este, es impactada por un automóvil, marca PEUGEOT, modelo PARTNER, dominio FOP 564..."

Tales consideraciones, además de haber sido impugnadas por la demandada, no resultan suficientes para atribuir algún grado de responsabilidad al conductor del rodado Peugeot, pues de la restante prueba colectada en esta causa y en sede penal, se desprende que quién infringió la norma de prioridad de paso fue la actora, sin que haya podido acreditar ninguna de las eximentes que la Ley Nacional de Tránsito establece para exonerarla de responsabilidad.

A fs. 119/121 del expediente penal, obra informe Policial accidentológico, de donde surge: "DINAMICA DEL ACCIDENTE: Analizando las pruebas documentales recibidas relacionadas con el siniestro, surge que se produjo alrededor de las 08:22 horas del veintisiete de Abril del dos mil siete. Aconteció en circunstancias que el utilitario PEUGEOT PARTNER blanco con dominio FOP-564, conducido por el Sr. LUCAS RODRIGO ROSALES, circulaba en sentido al cardinal

Norte de la calle Nacimiento de la ciudad de Plottier, cuando al llegar a la encrucijada directa con la calle San Juan, comienza a trasponerla, pero promediando tal acción, colisiona con el tercio anterior medio de la motocicleta GUERRERO FLASH, 110 cc. azul sin dominio comandada por la Sra. ROXANA CABRERA, quién desplazándose por la calle San Juan en sentido al cardinal Este,

tras ingresar al cruce, es embestida en el lateral medio derecho de la unidad vehicular, ocasionando su desestabilización y posterior caída sobre la calzada...".

Además, en el informe se expresa: "Sobre el acta narrada, se puede interpretar que la encrucijada de las arterias es directo, vale decir, sin semáforos, compuestas por un mismo material, determinado en consecuencia, la prioridad de paso de quién ingresa desde la derecha respecto de la trayectoria del restante...".

Y finalmente: "FACTORES TÉCNICOS MÉCANICOS: Estudiando las condiciones en que tuvo lugar el evento y la dinámica del mismo, no encuentro factores ambientales y vehiculares que influyan directa o indirectamente en su producción, debiéndolo adjudicar a una falla humana, cuya causa primaria derivaría de la vulneración del derecho preferente de paso del que accede desde la derecha con relación al restante (Artículo 41° Ley 24.449).

De lo expuesto surge que los vehículos ingresan prácticamente en forma simultánea al cruce de la intersección de las calles Nacimiento y San Juan de la localidad de Plottier, por tanto la prioridad de paso la detentaba el demandado, pues circulaba por la derecha.

Vale decir, que la mecánica del accidente dista de la descripta en la pericia accidentológica de fs. 269/274, en cuanto a que la motocicleta de la actora ya había ingresado al cruce de la calle Nacimiento, prácticamente cuando ya culminaba el mismo, es impactada por un automóvil, marca PEUGEOT modelo PARTNER; pues contrario a ello, del informe Policial analizado se desprende que el accidente ocurre en oportunidad en que el utilitario comienza a "trasponer" dicha arteria; ésta circunstancia indicaría que ambos rodados han llegado de manera "casi simultanea" al cruce de las arterias en cuestión, por lo que la prioridad de paso en este caso es del vehículo conducido por el demandado.

Con respecto a la presunción de responsabilidad del conductor del vehículo embistente, ella no tiene carácter absoluto, ni implica en todos los supuestos que quien embiste a otro sin más tenga que responder por las consecuencias dañosas que se originan en un accidente de tránsito.

Cabe precisar que la presunción de responsabilidad de quién embiste a otro debe analizarse sobre la base de todos los elementos fácticos y jurídicos obrantes en la causa (prioridad de paso, velocidad de los vehículos, etc.), a fin de poder apreciar en conjunto si ha mediado responsabilidad o no del sujeto embistente.

En efecto, no siempre coincide el concepto de embestidor mecánico con el de embestidor jurídico. La razón es simple: el primero refiere a 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 científica 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, va en contra de lo que indica la lógica y el curso normal de las cosas. Frecuentemente sucede que el embestidor resulta, en buena medida, un agente pasivo; es el objeto impactado el que se coloca sorpresivamente e indebidamente en su camino; por lo tanto, las consecuencias comúnmente adversas al embestidor "mecánico" no juegan. (Marcelo López Mesa, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, p. 791/792). (el destacado me pertenece).

En el caso, el demandado tenía prioridad de paso y si bien fue el vehículo embistente, la actora no ha demostrado la existencia de alguna circunstancia (violación a las normas de circulación, exceso de velocidad, etc.) que amerite consagrarle algún grado de responsabilidad al primero.

Consecuentemente, en el caso no juega la presunción de sujeto embistente como pretende el apelante, a los fines de consagrar una solución distinta a la establecida en la sentencia de grado, por lo que propondré al acuerdo que se rechace este agravio y se confirme la responsabilidad tal como fuera establecida en la instancia anterior.

En otro orden, no puede cuestionarse la condición de vencida que reviste la accionante sobre todo cuando se rechazó totalmente la demanda interpuesta, correspondiendo, en consecuencia, la imposición íntegra de las costas a la perdidosa, más aún cuando el fundamento del hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro en los presentes.

Por tal motivo, propiciaré al acuerdo la confirmación del fallo apelado en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada a cargo de la actora perdidosa, debiéndose regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (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.- Confirmar la sentencia de fs. 537/542 y vta. en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.
2.- Imponer las costas de Alzada a la accionante perdidosa (art. 68 C.P.C.C.).
3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, 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 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

**"PERALTA ADELINA C/ GARRIDO LAURA YANETH Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 552331/2016) – Sentencia: 99/17 – Fecha: 01/06/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

TITULOS EJECUTIVOS. FALSEDAD DE TITULO. PAGARE. FIRMA EN BLANCO. ABUSO DE FIRMA EN BLANCO.

La excepción de falsedad del título en el juicio ejecutivo no puede fundarse en el abuso de la firma en blanco, pues ello importaría no sólo desvirtuar la índole del proceso sino también discutir la legitimidad de la causa de la obligación, contrariando la prohibición establecida por el artículo 554 del Código Procesal Civil Y Comercial. La emisión de un pagaré en blanco importa un mandato tácito conferido al tenedor para llenarlo, por lo que el hecho de que el título haya sido completado luego por el beneficiario o un tercero, hace fe siendo reconocida la firma, y no obsta al progreso de la ejecución, pues se ejerció el derecho que otorga el artículo 11 del Decreto Ley 5965/63 (C.A.C. y C. de Salta, en: "Olmedo, Emilio Argentino c/ Ricci, Luis s/ ejecutivo - Nº Fallo 00170088 27/09/00).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 01 de junio de 2017
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "PERALTA ADELINA C/ GARRIDO LAURA YANETH Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO", (Expte. JNQJE3 Nº 552331/2016), venidos en apelación 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. 37/38 obra el memorial de los demandados fundando el recurso interpuesto concedido a fs. 35, contra la sentencia de trance y remate de fecha 01.09.2016 que rechazó la excepción de falsedad (fs. 30/31); pide se la revoque y se disponga la apertura a prueba de la excepción opuesta.
Critica que el juez de grado afirme erróneamente que su parte fundó su postura defensiva en el "abuso de la firma en blanco", cuando lo que sostuvo fue que se insertaron adulteraciones, y de allí que peticionara que el perito interviniente indicara si las cifras en números y letras fueron colocadas por el mismo o distinto autor, en un mismo o diferentes actos y con un mismo o diferente elemento escritor; cita antecedentes de esta Sala III, de la Sala I, y de la doctrina.

Sustanciado el recurso (26.09.2016), la parte actora no responde.

II.- Que la sentencia de grado, en lo que es materia de agravio, entiende innecesario disponer la apertura a prueba porque los demandados dicen que el título en ejecución ha sido adulterado materialmente en su contenido, habiendo hecho la actora abuso de firma en blanco, procediendo al llenado ilegítimo del instrumento; que el planteo no tiene basamento en la falsificación que pueda haber sufrido el título en forma objetiva; que el tratamiento alegado impone el examen de la causa de la obligación lo cual excede el ámbito restringido del proceso ejecutivo y el tema puede ser debatido ampliamente en el proceso de conocimiento posterior, cuya promoción no se encuentra vedada por ser –justamente – la defensa invocada, ajena a este tipo de proceso.

Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la demandante, beneficiaria del pagaré sin protesto, promueve ejecución de cobro contra los dos firmantes (fs. 2), quienes oponen excepción de falsedad de título denunciando que la actora incurrió en "abuso de firma en blanco" y que procedió "al llenado ilegítimo del instrumento, hecho que se ha producido en momentos diferentes"; agrega que la adulteración radica "en la inserción indebida de la cifra en números y en letras" (fs. 18/19).

Que en el pagaré objeto de ejecución agregado a fs. 1 se observa que en el área superior derecha aparece consignado luego del preimpreso "$" en letras manuscritas "120.000" y a continuación, sin advertirse ni denunciarse que exista diferencias con aquel, su expresión en letras: "ciento veinte mil" precedido de "la cantidad de pesos" también impreso.

Más lo fundamental que obsta a abordar cualquier razonamiento de los ejecutados, y como bien analiza el juez de grado, se deriva de la falta de desconocimiento de haber librado el instrumento en blanco.

Precisamente, la doctrina y jurisprudencia pacífica han entendido que ello importa otorgar al beneficiario un mandato tácito para su llenado.

Luego, el proceso ejecutivo no habilita la vía que en este caso se pretende, atento a que la prevista en el inc. 4° del art. 544 del CPCyC, se refiere a la falsedad material en su aspecto externo, más no la ideológica o causal.

En definitiva, y reiterando, conforme a que los demandados no negaron la firma, deja de tener relevancia la prueba pericial caligráfica, porque el abuso de firma en blanco, conforme el régimen de excepciones, constituye materia cuya evaluación se encuentra obstada en la ejecución cambiaria, excluyéndose la falsedad ideológica, que es lo que aquí se alega al expresar que se trata de un "llenado ilegítimo del instrumento".

La excepción de falsedad del título en el juicio ejecutivo no puede fundarse en el abuso de la firma en blanco, pues ello importaría no sólo desvirtuar la índole del proceso sino también discutir la legitimidad de la causa de la obligación, contrariando la prohibición establecida por el artículo 554 del Código Procesal Civil Y Comercial. La emisión de un pagaré en blanco importa un mandato tácito conferido al tenedor para llenarlo, por lo que el hecho de que el título haya sido completado luego por el beneficiario o un tercero, hace fe siendo reconocida la firma, y no obsta al progreso de la ejecución, pues se ejerció el derecho que otorga el artículo 11 del Decreto Ley 5965/63 (C.A.C. y C. de Salta, en: "Olmedo, Emilio Argentino c/ Ricci, Luis s/ ejecutivo - Nº Fallo 00170088 27/09/00).

Que por último, no se puede equiparar el presente al caso decidido por esta Sala III in re "VALLEJOS JORGE ALEJANDRO C/ RUIZ GLORIA BEATRIZ S/COBRO EJECUTIVO", (Expte. Nº 474485/2012-Sent. 02.09.2014), donde se comprobó y evaluó que:

"De conformidad con las conclusiones a las que arriba el perito calígrafo de autos, entiendo que no estamos ante un pagaré llenado en blanco, tal como autoriza el art. 11 del Decreto Ley N° 5965/63, ni ante un caso de diferencia entre la cifra expresada en números y letras, como consagra el art. 6 del Decreto mencionado, tal como interpreta la jueza de grado, sino en presencia de un hecho grave, como lo es la "adulteración del documento en ejecución".

"Así pues, no se ha llenado un espacio en blanco, sino que se ha adulterado el importe del documento, al anteponerse al número "350", el numero "16", afectando la "composición" de un aspecto hipersensible en un título creditorio como lo es la cifra objeto de la obligación …" (Voto del Dr. Ghisini).

III.- Conforme las consideraciones expuestas, propiciaré al acuerdo rechazar la apelación, y confirmar el pronunciamiento de grado, con costas a los recurrentes en su calidad de vencidos (art. 558 del CPCyC).

Las costas del letrado interviniente se fijan en el 25% de los que resulten de los devengados a su favor en la primera instancia (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. 30/31 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 558 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% 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 a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"TRIPIER SILVIA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A: 511815/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 43464/2016) – Interlocutoria: 92/17 – Fecha: 25/04/2017

DERECHO PROCESAL: Nulidad.

ACCION AUTONOMA DE NULIDAD. MANDAMIENTO DE INTIMACION PAGO Y EMBARGO. DILIGENCIAMIENTO. DOMICILIO DEL DEMANDADO. SENTENCIA DE TRANCE Y REMATE. NULIDAD DEL MANDAMIENTO. ERROR IN PROCEDENDO. DEFECTOS DEL PROCEDIMIENTO. VIA IDONEA. INCIDENTE DE NULIDAD. COMPETENCIA.

Debe ser revocada la resolución del Juzgado Civil N° 4 que rechaza la excepción de incompetencia en la acción autónoma de nulidad instaurada con el objeto de que se decrete la nulidad de la sentencia de trance y remate pues, el planteo no está encaminado a atacar la sentencia por vicios sustanciales, sino que lo pretendido es la nulidad de una diligencia anterior al dictado de la sentencia de trance y remate, por lo que al tratarse de un vicio o error in procedendo, la única vía posible es la del incidente de nulidad. El hecho de que se haya dictado sentencia, en función de un mandamiento diligenciado en un domicilio distinto que el que posee el demandado, no resulta suficiente para interponer acción autónoma de nulidad contra la sentencia de trance y remate así dictada, pues tratándose de un vicio de procedimiento la parte interesada debe plantear incidente de nulidad conforme el tramite habilitado en el capitulo x, arts. 169 a 174 del libro III del CPCyC. Consiguientemente, deben remitirse las presentes actuaciones al Juzgado de juicios Ejecutivos N° 2, a los fines de su tramitación vía incidente de nulidad (arts. 169 y siguientes del CPCyC).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "TRIPIER SILVIA CONTRA MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A: 511815/2016" (INC 43464/2016), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 4 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI en ejercicio de la subrogancia con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 26, contra la

resolución de fs. 23/25, que rechaza la excepción de incompetencia planteada por su parte.-

En su memorial de fs. 28/33 y vta, afirma que si bien es cierto que la declaración de nulidad de la intimación de pago conllevaría la declaración de nulidad de la sentencia de trance y remate dictada en la misma ejecución, no es menos cierto que de modo manifiesto y expreso persigue el actor es la declaración de nulidad de aquél acto intimatorio.

Afirma, que la accionante persigue la declaración de nulidad del mandamiento de intimación de pago practicado en el juicio ejecutivo, ésto es, un acto procesal cumplido en aquella ejecución y en este sentido, entiende que la jueza de grado ha resuelto de modo errado.

Aduce, que lo que ha omitido considerar la a-quo en su interlocutoria es que los actos procesales cuentan con un régimen específico de nulidad, por lo que no depende de la voluntad libre de elección del accionante establecer que vía legal o procesal es la pertinente para lograr la declaración de nulidad de un acto procesal.

En tal sentido, menciona que, el segundo párrafo del art. 170 del CPCyC, es claro al establecer que la declaración de nulidad de un acto procesal debe perseguirse por vía de un incidente de nulidad, es decir, no procede por vía de una acción autónoma.

Por otra parte, señala que el art. 545 del CPCyC, establece una vía específica e ineludible en caso de que se pretenda la declaración de nulidad de la ejecución, por lo que concluye que no existe para el accionante ni mucho menos para el juez, opción entre la acción autónoma y el incidente de nulidad.

Sostiene que, el hecho que la actora, además de perseguir la declaración de nulidad de un acto procesal, persiga una reparación indemnizatoria, no implica dejar sin efecto las normas sobre incidente de nulidad y la competencia del juez de la ejecución para entender la nulidad del mandamiento de intimación.

Afirma, que en todo caso la acción de daños y perjuicios deberá interponerse como una acción autónoma una vez que el juez del proceso ejecutivo haya declarado la nulidad del acto cuestionado.

Asimismo, menciona que en función de lo dispuesto por el art. 542, inc. 1 del CPCyC, para que proceda la nulidad de un acto por no haberse practicado legalmente el acto intimatorio, el ejecutado debe necesariamente depositar la suma fijada en el mandamiento u oponer excepciones legítimas.

Indica que la omisión de haber promovido el incidente de nulidad de la ejecución en tiempo y forma lo priva de ejercer el mismo derecho o la misma pretensión a través de la acción autónoma que tramita en autos y por ende también, por ante un juez distinto de aquél que entendió en el proceso ejecutivo supuestamente viciado.

Por último, advierte que más allá de la incompetencia articulada, la actora carece de acción para perseguir la pretensión deducida en esta acción autónoma.

A fs. 34 se ordena correr traslado del recurso y vencido el plazo no es contestado por la contraria.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, corresponde expedirnos sobre dos temas que han sido planteados por el recurrente en función de lo resuelto en la interlocutoria en crisis.

El primero es si la vía elegida “acción autónoma de nulidad” es la que corresponde para el tratamiento de la nulidad de la sentencia de trance y remate, en función de la nulidad del acta de intimación de pago y embargo. El segundo, se circunscribe a si la jueza del Juzgado Civil N° 4 de esta ciudad, resulta competente para entender en dicha acción o si por el contrario, es competente el juez de la ejecución.

Consideramos que la Acción autónoma de Nulidad, no es la vía correcta para plantear la nulidad de la sentencia de trance y remate fundada precisamente en las irregularidades de la diligencia del mandamiento de intimación de pago y embargo.

En efecto: las irregularidades procesales cometidas durante la tramitación del proceso (sea ejecutivo, de conocimiento u otros), deben canalizarse a través del incidente de nulidad, conforme art. 169 y siguientes del CPCyC, que es el procedimiento estatuido expresamente por nuestro ordenamiento procesal para atacar los vicios de procedimiento. De allí que, si lo que se pretende atacar es la nulidad del mandamiento de intimación de pago y embargo, la vía correcta para su planteo es el incidente de nulidad y no la acción autónoma de nulidad de sentencia, pues se trata de un vicio de procedimiento y no de uno sustancial, en donde se cuestiona la aplicación de una norma de fondo.

Tal como sostenía Morello “si fue el anterior “error in procedendo” el que produjo la resolución judicial, lo que era necesario corregir, a través de la impugnación correspondiente, era la irregularidad en sí, más que la consecuencia que de ella se derivó. Recordemos que al incidente de nulidad y nada más que a él, precisamente, está reservada la subsanación de los defectos de procedimiento...” desde donde cabe concluir que si “El proceso llegó a la alzada adoleciendo de un defecto formal ocurrido en primera instancia, en una actuación procesal “anterior” a la resolución de Cámara, la reparación de esta irregularidad es la que estaba en juego y el remedio era el incidente y no el recurso...” (cfr. Morello, “Recursos extraordinarios y eficacia del proceso”, Tomo 1, pág. 188).

Advertimos que si bien el actor pretende la nulidad de la sentencia de trance y remate, en realidad cuestiona una irregularidad procesal consistente en la nulidad del mandamiento de intimación de pago y embargo, al practicarse la diligencia de intimación en un domicilio que no pertenece al demandado.

De ello se desprende que el planteo no está encaminado a atacar la sentencia por vicios sustanciales, sino que se pretende la nulidad de una diligencia anterior al dictado de la sentencia de trance y remate, por lo que al tratarse de un vicio o error in procedendo, la única vía posible es la del incidente de nulidad.

El hecho de que se haya dictado sentencia, en función de un mandamiento diligenciado en un domicilio distinto que el que posee el demandado, no resulta suficiente para interponer acción autónoma de nulidad contra la sentencia de trance y remate así dictada, pues tratándose de un vicio de procedimiento la parte interesada debe plantear incidente de nulidad conforme el tramite habilitado en el capitulo x, arts. 169 a 174 del libro III del CPCyC.

En función de las consideraciones expuestas, observamos que la vía elegida por la actora no es la adecuada para el tratamiento de la nulidad de sentencia por defectos derivados del diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago y embargo, por lo que procede revocar la resolución apelada, debiendo tramitar las presentes actuaciones a través de la vía de incidente del nulidad consagrada por los arts. 169 y siguientes del CPCyC.

Con respecto a los daños y perjuicios reclamados, una vez resuelta la nulidad planteada y teniendo en cuenta el resultado allí obtenido, estos deberán tramitar por la vía procesal pertinente.

En cuanto al juez competente para resolver el incidente de nulidad, resulta de aplicación el art. 6 inc. 1° que establece: “A falta de otras disposiciones especiales será juez competente: 1° En los incidentes, tercerías, citación de evicción, cumplimiento de transacción celebrada en juicio, ejecución de sentencias, regulación y ejecución de honorarios y costas devengadas en juicio el del proceso principal”.

Consecuentemente, para el tratamiento del incidente de nulidad, es competente el juez titular del Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 2, en donde tramitó el proceso ejecutivo.

Por todo lo expuesto, se hará lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y se revocará la resolución de fs. 23/25, debiéndose remitir las presentes actuaciones al Juzgado de juicios Ejecutivos N° 2, a los fines de su tramitación vía incidente de nulidad (arts. 169 y siguientes del CPCyC).

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución de fs. 23/25, debiéndose remitir las presentes actuaciones al Juzgado de juicios Ejecutivos N° 2, a los fines de su tramitación vía incidente de nulidad (arts. 169 y siguientes del CPCyC), de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

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

**"SILVA YESICA DEL CARMEN 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 III – (Expte.: 507946/2016) – Interlocutoria: 93/17 – Fecha: 25/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Procedimiento laboral.

ACCIDENTE DE TRABAJO. RECONOCIMIENTO DE LA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO. PRESTACIONES DINERARIAS. CREDITO LÍQUIDO Y EXIGIBLE. INTIMACION. DEPOSITO DE LA SUMA

RECONOCIDA.

Cabe confirmar la decisión que intima a la demandada a depositar en la cuenta que deberá abrir a nombre de la causa y a la orden del juzgado dentro del plazo de cinco días la suma de dinero que había reconocido -prestación dineraria establecida en el art. 14 inc. 2 b de la Ley 24557- bajo apercibimiento de ejecución pues, el planteo relacionado a la confusión de sujetos asegurados, rescisión del contrato prestacional con el empleador y responsabilidad de este último, resulta insuscepible de ser abordado por haber sido alcanzado por los efectos de la preclusión derivada de la perentoriedad de los plazos (art. 21, 23 y 26 L.921) ni constituido materia sometida al juez de grado (art. 277 CPCyC), al haberse omitido toda referencia a ello al responder la demanda.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de Abril del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "SILVA YESICA DEL CARMEN C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expte. Nº 507946/2016) 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,

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 125 interpone y funda la demandada recurso de apelación contra el auto de fecha 19 de septiembre de 2016 (fs. 122) que la intima a depositar en la cuenta que deberá abrir a nombre de la causa y a la orden del juzgado dentro del plazo de cinco días la suma de dinero que había reconocido a fs. 98 vta, bajo apercibimiento de ejecución.

Invoca que no corresponde efectuar pago alguno a la actora, atento a que incurrió en un error involuntario al contestar la demanda, por existir en sus registros un trabajador homónimo a la actora; manifiesta que su parte envió carta documento a la actora mediante la cual se le hace saber que el contrato estaba rescindido a la fecha de siniestro y que no correspondía el pago debiendo reclamar a su empleador.

Sustanciado el recurso (fs. 126), responde la actora solicitando su rechazo con costas; denuncia que el planteo son simples discrepancias subjetivas genéricas por lo que pide se declare desierto el agravio; contestando el agravio, señala que no surge la mas mínima probanza de que brinde prestaciones a un homónimo, que interpuso excepción de pago total con fundamento en que luego de determinada la incapacidad laboral por la Comisión Medica procedió de inmediato a liquidar el siniestro conforme el art. 14 ap. 2 inc. A de la Ley 24557, de la que surgió un crédito de $753.025 por prestación dineraria, y que fue percibido íntegramente por la trabajadora, más no probó con documental alguna el pago, y en consecuencia fue intimado a acompañarla, y ante el incumplimiento se hizo efectivo el apercibimiento teniéndola por desistida de dicha prueba.

Que su parte solicitó se diera origen al incidente de ejecución conforme lo normado en el art. 47 y 48 de la Ley 921, por el crédito originado en la contestación de demanda por $753.025 y que fuera proveído el día 19 de septiembre de 2016; que no resulta procedente la apelación porque lo exigido surge de su propio reconocimiento al contestar la demanda, y que no se puede alegar la propia torpeza.

II.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, y en lo que resulta de interés para los presentes, la actora el día 18 de mayo de 2016 promueve demanda por la suma de $5.808.057 contra la aseguradora de riesgo de trabajo por “INDEMNIZACION por ACCIDENTE de TRABAJO por INCAPACIDAD PSICOFISICA LABORAL PARCIAL, PERMANENTE y DEFINITIVA” derivada del accidente de trabajo sufrido el día 29.05.2015 en su mano derecha (miembro hábil).

Informa que solicitada la intervención de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, la Comisión Médica Nº 9 en el Expte. 23665/16 del 16 de marzo de 2016, caracteriza a la contingencia como accidente de trabajo, traumatismo grave de la mano derecha, determina la necesidad de que continúe con prestaciones médicas consistentes en evaluación psicológica, como así también el proceso de recalificación profesional, en virtud de la importante limitación que resalta el dictamen; estima la incapacidad en el 58%.

Que corrido el traslado y notificada la accionada, ésta se presenta contestando a fs. 85/105; pide se rechace la demanda con costas; explica a que su parte otorgó prestaciones en especie acordes a la entidad de la lesión sufrida, que dio ingreso al siniestro,

brindó atención medica, y que otorgada el alta médica se inició un trámite ante la Comisión Médica, cuyo dictamen del 29.05.15 homologó que el actor padecía una incapacidad laboral del 49,13% de carácter permanente, y que procedió a liquidar en tiempo y forma la prestación dineraria según el art. 14 ap. 2 inc. a) de la Ley 24557 como "prestación dineraria por incapacidad parcial permanente del accionante, suma que fue percibida por el actor conforme documental que se acompaña (pese a la omisión del actor en mencionar el mismo en la demanda que se me da traslado)" expresada a fs. 86 vta., utilizando una redacción con el mismo sentido a fs. 98vta.

Así es que opone excepción de pago total, destacando que a pesar de haber percibido voluntariamente todas las prestaciones que la misma LRT determima, el actor pretende reclamar una indemnización que ya percibió, y que no se alcanza a percibir cuál es la razón que impulsó a la contraria a concurrir a la justicia ordinaria, cuando ello no está previsto en manera alguna en el régimen de riesgos de trabajo; que la actora jamás impugnó el sistema de riesgos de trabajo, es más, lo consintió al percibir cada una de la prestaciones.

Subsidiariamente solicitó la compensación para el supuesto de que se estime un resarcimiento superior.

A su respecto, también describe que adjunta "ORDEN DE PAGO QUE TIENE COMO BENEFICIARIO AL ACTOR" (punto 1-c fs. 102).

Que intimada a que acompañe tal instrumento bajo apercibimiento de perder el derecho a valerse de dicha prueba (03.08.2016 - fs. 106), la parte se presenta solicitando lo tenga por cumplido mediante el instrumento que acompaña consistente en el Dictamen Médico Rectificado de la Comisión Médica Nº 9 del 29 de junio de 2016 por el que procede a la "Determinación de la incapacidad" del actor de tipo PERMANENTE Grado PARCIAL Carácter DEFINITIVO del 49,13% por: Limitación funcional del pulgar derecho 88%) + Afectación de la colateral 1º C del pulgar derecho (S4) (1,4%)=9,40%, Amputación a nivel metacarpofalángico del índice derecho: 14%, Limitación funcional del mayor derecho (7%) + Afectación de las colaterales del mayor derecho (S2); radial= 10,60% - Limitación funcional del anular derecho (1%) + Afectación de la colateral radial del anular derecho (S3) (1,20%)= 2,20%; Limitación funcional del meñique derecho (1%) + Afectación de la colateral radial del meñique derecho (S4) = 1,60%, Miembro superior hábil: Derecho 5% del 37,80% = 1,89%, Factores de ponderación: Tipo de actividad: Alta 7,94%, Reubicación laboral: No amerita Recalificación (0%) y Edad: De 31 y más años (0 a 2%)= 1,50% (fs. 107/108).

Explica que "atento a que el actor –habiendo sido fehacientemente intimado a recibir el pago del mismo- no ha procedido a cobrar la suma correspondiente, mal podría mi mandante acompañar constancia alguna de pago" (fs. 109).

Que con posterioridad, a fs. 121 la actora promueve incidente ejecutivo bajo el fundamento de existir "un CREDITO LIQUIDO y EXIGIBLE" a su favor "por la suma de $753.025", señalando que ese monto no lo percibió, y solicita "en los términos de los Arts. 47 y 48 de la Ley 921, que VS ordene el inmediato pago, a cuenta de lo que resulte en la sentencia a dictarse. Ello bajo apercibimiento de ordenarse el embargo de los bienes de la demandada".

Que la pretensión de la actora importa dar respuesta a si resulta aplicable o no la regla contenida en el art. 48 cuando regula que "Si el empleador –en cualquier estado del juicio- reconociera adeudar al trabajador algún crédito líquido y exigible que tuviera por origen la relación laboral, a petición de parte se formará incidente por separado y en él se tramitará la ejecución ese crédito por el procedimiento establecido en el artículo anterior.

... Si hubiese alguna duda respecto de estos extremos, el juez denegará el testimonio y la formación del incidente".

Que los antecedentes reseñados dan cuenta de los expresos términos de la aseguradora de riesgo de trabajo por los que reconoció la prestación dineraria establecida en el art. 14 inc. 2 b de la Ley 24557 y derivada del accidente de trabajo que, en el caso, está fuera de discusión afectó a la actora, y que concretan los presupuestos previstos en la norma transcripta, dirigida al aseguramiento a la trabajadora para que perciba de forma rápida y expedita sumas de dinero que se encuentran fuera de toda discusión judicial, y con fundamento en el carácter alimentario de los créditos laborales.

Que frente a ello, el planteo relacionado a la confusión de sujetos asegurados, rescisión del contrato prestacional con el empleador y responsabilidad de este último, resulta insuscepible de ser abordado por haber sido alcanzado por los efectos de la preclusión derivada de la perentoriedad de los plazos (art. 21, 23 y 26 L.921) ni constituido materia sometida al juez de grado (art. 277 CPCyC), al haberse omitido toda referencia a ello al responder la demanda.

Luego, el principio de tutela efectiva que importa la aplicación de la previsión legal involucrada -art. 48 L.921- en correspondencia con lo receptado en la reforma constitucional del año 2006 que incluyó el art. 58 de la Carta Magna Provincial (La Provincia asegura la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la Justicia, en los términos que establece esta Constitución; la gratuidad en los trámites y asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes, la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo proceso administrativo o judicial), resultaría contrariado si se considerara necesario esperar la culminación del proceso con una sentencia firme para que la víctima de un infortunio laboral pueda acceder a esa porción del crédito cuando no

hay controversia a su respecto, tanto como vano asumir una postura contraria al reconocimiento.

III.- Conforme lo expuesto y comprobada la correspondencia del monto exigido con la formula y prescripciones legales para el porcentaje admitido, propiciaré al Acuerdo se confirme la resolución objeto de recurso, con expresa imposición en costas a cargo de la demandada (art. 17 Ley 921 y 69 del CPCyC), debiéndose regular honorarios al momento en que existan pautas a tal fin (art. 15 L.A.).

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 122, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (arts. 17 ley 921 y 69 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

**"ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ SUBSECRETARIA DE TRABAJO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509711/2017) – Interlocutoria: 99/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO PROCESAL: Jurisdicción y competencia.

COMPETENCIA. DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA. COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. IMPRORROGABILIDAD DE LA COMPETENCIA. ETAPAS DEL PROCESO. CELERIDAD PROCESAL. ECONOMÍA PROCESAL.

Toda vez que del cotejo de los antecedentes incluidos en la pretensión de la actora con el ordenamiento citado, se desprende en forma clara que el reclamo se funda y requiere la aplicación de normas del derecho administrativo local para resolver la controversia, esta son las previsiones invocadas contenidas en las Leyes 1284 y 1974; concretamente se requiere la anulación de actos administrativos con el deliberado objeto de retrotraer el trámite a una etapa anterior al acaecimiento de los vicios endilgados, y por hallarse comprometido el orden público provincial, corresponde pronunciar, aun de oficio, la incompetencia de esta Cámara para entender en estas actuaciones, pese al grado de apelación en que ellas se encuentran, y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ SUBSECRETARIA DE TRABAJO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ MEDIDA CAUTELAR" (Expte. Nº 509711/2017) 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.- Que a fs. 47/49 y vta. Y 57/65 obran los recursos de apelación interpuestos por la Unión del Personal Civil de la Nación, Seccional Neuquén y por la Provincia de Neuquén, contra la resolución de fecha 3 de marzo de 2017 (fs. 42/45) que luego de certificar la radicación del expediente: "ASOCIACION SINDICAL A.T.E. S/ RECURSO APELACION LEY 1625" Expte. N° 509733/2017, resolvió hacer lugar a la medida cautelar por la que pone en conocimiento de la existencia tales actuaciones a fin de resolver los recursos interpuestos por la actora contra las Resoluciones 003 y 004/17, dictadas por la Subsecretaría de Trabajo y, consecuentemente requerirle que provisionalmente suspendan el tratamiento del Expte. 17/17, remitido por la Subsecretaría de Trabajo hasta tanto exista pronunciamiento judicial definitivo en las actuaciones principales antes referenciadas (cfr. fs. 42/45).

II.- Expresa la U.P.C.N. que la medida cautelar solicitada por la actora afecta sus derechos colectivos –de representación y de negociación colectiva- y los derechos laborales de las personas a las cuales representa, puntualmente a los/as trabajadores/as dependientes del Ministerio de Desarrollo Social; siendo dicha petición dilatoria de la entrada en vigencia de un convenio colectivo de trabajo inédito para los/as trabajadores/as del sector dado que éste, es uno de los pocos sectores de la administración pública local que carece de una convención que tutele sus derechos además, de la compensación salarial que implica la entrada en vigencia del mismo.

Asevera que la cautelar como el recurso intentado por A.T.E., en caso de prosperar socaban el derecho a la negociación colectiva y representación sindical ambos con jerarquía constitucional.

Destaca que en autos “Asociación Sindical A.T.E. s/ recurso apelación Ley 1625” (Expte. N° 509733/2017, de tramite por ante ese mismo juzgado se ha dispuesto dar intervención a U.P.C.N. mediante providencia de fecha 03/03/2017, por ello atento la accesoriedad de la presente respecto del mencionado expediente es que se considera que V.S. debe aceptar la intervención de la U.P.C.N. en estos autos.

Señala que la jueza interviniente no ha efectuado el análisis que amerita la cuestión omitiendo considerar elementos centrales del asunto, así el fundamento principal para hacer lugar a la medida requerida, ha sido el hecho de que la A.T.E. interpuso en tiempo y forma distintos recursos administrativos y, el recurso por el que pretende la revisión judicial.

Que la Magistrada siquiera someramente, menciona que los recursos señalados fueron resueltos fundadamente en la instancia administrativa; tampoco tiene en cuenta que se trata de actos administrativos regulares por cuanto no padecen vicio alguno destacando los caracteres esenciales de éstos en los términos del art. 55 de la ley 1284.

Asevera que la mera presentación de recursos administrativos no constituye por si solo un argumento legitimo, para fundar la medida cautelar con una decisión administrativa en virtud de la presunción de legitimidad y estabilidad de la que gozan los actos administrativos; siendo que tampoco esgrimió la actora argumento especifico alguno en torno a la legalidad del acto limitándose a manifestar la mera disconformidad con la homologación del C.C.T, tal como lo había hecho inmediatamente antes de la finalización del tramtie de la negociación colectiva.

Expresa que le sorprende la laxitud del criterio con el que se examinaron los presupuestos de procedencia de la medida cautelar por cuanto el escrito de la actora no cumple con la carga de demostrar el perjuicio y verosimilitud del derecho invocado.

Cuestiona cual sería el perjuicio para los/as trabajadores/as a quienes representa A.T.E. de la entrada en vigencia por primera vez de un convenio colectivo de trabajo, y reitera como una organización que no participó de la negociación colectiva acredita un perjuicio, limitándose a presentar un recurso al cierre de la misma.

Enfatiza que el único argumento utilizado por la actora, es la interposición de los recursos contra dos resoluciones administrativas, que no dice y tampoco meritó V.S., que fueron resueltos y suficientemente motivados; razón por la cual de confirmarse el criterio de dicha resolución se consagraría el absurdo de que la sola interposición de recursos administrativos en tiempo y forma constituirá fundamento suficiente para suspender la ejecución de actos administrativos regulares.

Señala que de una lectura del expediente administrativo remitido al Juzgado surge que la A.T.E. se encontraba debidamente convocada a la paritaria y no participó de la misma por una decisión política en atención a ser minoría en el sector.

Por ello, solicita se haga lugar al recurso interpuesto y rechace la medida cautelar intentada por la actora con costas. Subsidiariamente modifiquen el objeto cautelar y se limite a ordenar a la Legislatura de Neuquén, la no sanción de la ley correspondiente, mas no limitar el tramite del proyecto dentro de la Cámara.

III.- Que en representación de la Provincia del Neuquén, a fs. 57/65 se presenta tomando intervención el Fiscal de Estado; solicita que el Juzgado Laboral se declare incompetente para intervenir, e interpone revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fecha 3 de marzo de 2017 que decretó la medida cautelar para ser resuelta por el juez competente. Asimismo,

denuncia conflicto de poderes entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

Expresa que en atención a que el Juzgado Laboral es Tribunal de Alzada hace reserva de deducir recurso de casación contra la resolución que decretó la medida cautelar, en caso de que la misma no sea dejada sin efecto en el marco de la denuncia de 'conflicto de poderes'.

Afirma que en el caso de autos se ha producido una indebida interferencia del poder judicial en el ejercicio de competencias y funciones privativas del Poder Ejecutivo (Subsecretaria de Trabajo) y Poder Legislativo, la Provincia de Neuquén plantea la incompetencia del juzgado laboral por entender que corresponde la tramitación ante el fuero contencioso administrativo por tratarse de materia administrativa en los términos del art. 2, inciso a) apartado 3° de la Ley 1305 debiéndose remitir los autos al Tribunal Superior de Justicia a fin de dirimir la cuestión de competencia suscitada.

Asimismo, denuncia conflicto de poderes entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

Expresa que la medida cautelar decretada en autos ha ordenado a la Honorable Legislatura de la Provincia suspender el tratamiento del expediente 17/17, es decir el tratamiento de la Ley que prevé el art. 10 de la Ley 1974 que prescribe "…en el supuesto de que alguna clausula de la convención colectiva implicara la modificación de normas presupuestarias vigentes, la misma será sometida a consideración del Poder Legislativo sin perjuicio de la inmediata aprobación y homologación de las restantes en tanto sea posible su vigencia".

Alega que la Constitución Provincial le acuerda al poder Legislativo la competencia exclusiva para la sanción de las leyes y el poder Judicial carece de competencia para interferir en el proceso de producción de las mismas, so pena de incurrir en una indebida injerencia en el marco de actuación de otro órgano constitucional sin perjuicio de la facultad jurisdiccional para juzgar en un caso judicial concreto su constitucionalidad, una vez que se encontrara sancionada y vigente.

Asevera que la invasión de un poder del Estado, en el caso el Judicial, en la zona de reserva que corresponde a otro órgano por atribución constitucional importa la flagrante conculcación y desconocimiento de la estructura básica de la organización jurídica-política estatal y genera una situación que el Tribunal Superior no puede soslayar.

Explicita que el conflicto se suscita desde el momento mismo en que el juez de primera instancia laboral dictó la resolución de fecha 3 de marzo de 2017 mediante la cual suspende el tratamiento del expediente 17/17 ya mencionado.-

Alega que las cuestiones que han sido objeto de los recursos, y motivaron el dictado de la medida cautelar son materia administrativa que se rigen por la Ley 1974 modificada por la ley 2488 y por la Ley 1284.

Fundamenta que conforme lo dispuesto por el art. 9 de la ley 1984 las resoluciones que denieguen la homologación serán recurribles ante los tribunales ordinarios de la Provincia del Neuquén que sean competentes en razón de la materia y tramitan por procedimiento sumarísimo.

Aclara que a partir de la creación de los Tribunales en lo contencioso administrativo, son éstos competentes para entender en el recurso interpuesto y la medida cautelar peticionada y no el Juzgado Laboral dado que las relaciones de empleo público y el régimen de la Negociación Colectiva del Sector Público se rigen por las normas y principios de derecho público. Cita el precedente de la C.S.J.N en autos "Guida" en el que se ha dicho que "la relación de empleo público se rige por pautas de derecho público en las que el Estado goza de prerrogativas que resultarían exorbitantes para el derecho privado pero que componen el marco en que se devuelve su poder de gobierno".

Indica que el Convenio cuestionado por ATE está destinado a regir, como el procedimiento de negociación Colectiva que lo creo, que se rige por la Ley Nro 1974 conforme lo prevé el art. 5 del C.C., el que también contempla la aplicación subsidiaria del Estatuto personal civil de la Administración Pública (EPCAC art. 6 C.C).

Destaca que a los trabajadores comprendidos en el Convenio Colectivo no se les aplica la Ley de Contrato de Trabajo, pues no han sido incluidos en la misma, ni por acto expreso, ni en el Convenio Colectivo tal como lo prevé el art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo que excluye de su aplicación a los dependientes de la Administración Pública Nacional, provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo. También la Ley 14250 sobre Convenciones Colectivas del Sector Privado excluye a los trabajadores comprendidos en las negociaciones colectivas del sector público.

Dice que en modo alguno, se da en el caso la excepción prevista en el art. 3 de la Ley 1305 por cuanto no resulta aplicable al caso ni la Ley de Contrato de Trabajo ni la ley de Negociones Colectiva del Sector Privado Nro 14250; resultando clara la regla de competencia que fija el art. 1 de la ley 921 para cuando resultaren aplicables disposiciones emergentes de una Convención Colectiva del Sector Privado pero no, cuando resulta aplicable una del sector público que no hubiera incluido a sus trabajadores en el régimen de la L.C.T.

Deduce que si se interpretara que dicha norma asigna la competencia a la justicia Laboral, aun en los casos regidos por las normas

provinciales de negociación Colectiva del Sector Publico la misma resultaría inconstitucional por violentar la competencia originaria exclusiva y excluyente del fuero contencioso administrativo.

En virtud de lo expuesto, solicita la declinación de competencia del juzgado laboral a favor del fuero contencioso administrativo y, se remitan los presentes al Tribunal Superior de Justicia fin de tratar el planteo de la cuestión de competencia y el conflicto de poderes denunciado.

IV.- Conferido el traslado, a fs. 66 contesta A.T.E.; solicita el rechazo del recurso de apelación presentado por U.P.C.N. y que se confirme la medida cautelar decretada en autos.

Asimismo, a fs. 71 y vta., hace lo propio con el planteo de la Fiscalía de Estado, peticionando su rechazo con costas.

V.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento resulta que mientras el primer punto de la resolución en crisis el juez de grado rechaza la medida cautelar innovativa para que la Subsecretaria de Trabajo suspendiera el trámite del Expte. Administrativo n° 4070002707/2010, considerando que las actuaciones administrativas ya se encuentran radicadas en el Juzgado; a continuación, conforme las previsiones de los arts. 232 y ccdtes del CPCC, y en base a la documental aportada advierte “prima facie”, hizo lugar al pedido para poner en conocimiento de la Honorable Legislatura Provincial la existencia de los autos principales ("ASOCIACION SINDICAL A.T.E. S/ RECURSO APELACION LEY 1625" Expte. N° 509733/2017) a fin de resolver los recursos interpuestos por la actora contra las Resoluciones 003 y 004/17, dictadas por la Subsecretaría de Trabajo y, consecuentemente requerirle provisionalmente suspenda el tratamiento del Expte. 17/17, remitido por dicho organismo hasta tanto exista pronunciamiento judicial definitivo.

VI.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la asociación sindical actora demanda medida cautelar para que se ordene a la Subsecretaría de Trabajo suspenda todo tramite en el Expediente 4070-002707/2010 hasta tanto exista sentencia respecto del Recurso Administrativo presentado contra las Resoluciones N° 003/2017 y 004 /2017 emitidas por aquel.

Que a fs. 3/7 obra el recurso contra la primera de las resoluciones por el que dicho organismo rechaza el pedido de que se efectúe una nueva asignación de miembros paritarios por la parte obrera conforme lo estableció en el art. 2 de la Ley 1974 (mod. Ley 2488).

Que a fs. 34/40 luce semejante planteo dirigido a la segunda de las decisiones en la que declarara homologado el Convenio Colectivo para el personal de la Subsecretaría de Desarrollo Social y de la Subsecretaría de Familia dependiente del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Provincia del Neuquén, y lo remite a la Honorable Legislatura de la Provincia, conforme arts. 1° y 2°.

Cuestiona la actora que la Subsecretaría omitiera elevar las actuaciones a los Juzgados Laborales, y continuó el trámite administrativo, y denuncia irregularidades en el procedimiento por falta de citación a la reunión de la Comisión Paritaria en la que sin su participación, por Acta N° 128 se acordó el texto del citado convenio colectivo y cierre de la negociación, que fue impugnada por nula, al igual que el Acta N° 129 en la que se consigna estar notificada de la fecha y lugar de la reunión paritaria.

Que como argumento central para demandar la nulidad de tales actos (Reunión/Acta) por la que vio obstada su participación, se observa que remite a las previsiones de la Ley 1284 de Procedimiento Administrativo, particularmente los arts. 53 y 45 citadas expresamente.

Que aún cuando la actora ha invocado la competencia de los Tribunales del Trabajo, citando el procedimiento recursivo del art. 41 de la Ley 1625 que reza “La resolución final del secretario de Trabajo será apelable ante el Tribunal de Trabajo con jurisdicción en el lugar en que se han prestado las tareas, dentro del tercer día de notificado. El recurso deberá interponerse y fundarse por ante el delegado regional que dictó la resolución”, en orden al expreso planteo introducido por la demandada, no puede dejar de atenderse que la CSJN invariablemente ha sostenido que para dilucidar las cuestiones de competencia es preciso atender, de modo principal, a la exposición de los hechos de la demanda –art. 4 CPCCN y art. 67 ley 18.345 y, en la medida que se adecue a ello, al derecho invocado como fundamento de su pretensión (Fallos: 305:1453; 306:1053 y 308:2230; 320:46; 324:4495, y en “Pérez, Gustavo Javier c/ Facultad de Medicina UBA y otros s/ daños y perjuicios” Competencia N° 495. XLV del 7/12/2009).

Que la Constitución Provincial, luego de estipular en su art. 238 que “Leyes especiales determinarán la competencia, jurisdicción y demás atribuciones de todos los tribunales y establecerán el orden de sus procedimientos, propendiéndose gradualmente a la oralidad. Las sentencias deben ser motivadas bajo pena de nulidad. En materia contencioso-administrativa, la legislación exigirá la previa denegación o retardo de la autoridad administrativa como presupuesto para el inicio de las causas, contemplando el término para este recurso y su procedimiento”, previó en la Disposición Complementaria transitoria y finales V que “Los Tribunales Contencioso-Administrativos deberán crearse, con sujeción a los principios de especialización y descentralización territorial, en el plazo de un (1) año a partir de la creación del Consejo de la Magistratura. Hasta la creación de los mismos, el Tribunal Superior de Justicia mantendrá su jurisdicción y competencia”.

Que la ley 1284 prevé que “regirá toda la actividad administrativa estatal provincial, centralizada y descentralizada”, aplicándose “a

las personas públicas no estatales y a las personas privadas cuando ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal", incluso supletoriamente en "los procedimientos administrativos especiales que establezcan otras leyes (art. 1°), imponiendo la presunción de que "La organización, actividad y relación de las personas públicas, estatales y no estatales", están regidas por el derecho público y sólo por norma expresa se considerarán excluidas de la regulación establecida por esta ley y de toda otra que integre el derecho administrativo provincial (art. 2°), contemplando a su vez, la impugnación judicial del acto administrativo (art. 171 y 188).

Que la Ley 1.305 -Modificada por ley 2240 y 3010- regula el "PROCESO Y MATERIA PROCESAL ADMINISTRATIVA", comienza en su art. 1° por asignar la competencia al juez para conocer y resolver "en las acciones procesales administrativas que deducen: "a) Los administrados: Personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por violación a sus derechos subjetivos públicos. b) La Administración Pública: La Provincia, los municipios, las entidades descentralizadas estatales, no estatales, mixtas y privadas que ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal, en los términos de los Artículos 1° y 26 de la Ley 1284, de Procedimiento Administrativo, en defensa de sus prerrogativas o competencias administrativas y por lesividad de sus actos administrativos irrevocables", definiendo a continuación y la materia alcanzada en su art. 2°: "1) Los actos administrativos que violan derechos subjetivos públicos regidos por ley, decreto, reglamento, resolución, contrato, acto o cualquier otra disposición de carácter administrativo, siempre que la impugnación se funde en razones de ilegitimidad. El concepto de ilegitimidad comprende los vicios en la competencia, objeto, voluntad y forma del acto, la desviación y el abuso o exceso de poder, la arbitrariedad y la violación de los principios generales del Derecho; 2) Los actos separables de los contratos administrativos; 3) Los actos que resuelvan sobre todo tipo de reclamo por retribuciones, jubilaciones o pensiones de agentes estatales, con excepción de aquellas relaciones que sobre tales aspectos se regulan por el Derecho del Trabajo".

En su art. 4° -incorporado por el art. 10 de la Ley 2979- delimita inmediatamente la competencia del Tribunal Superior de Justicia, asignándole a la Sala Procesal Administrativa entender:" a) En grado de apelación, en los recursos contra las sentencias definitivas, interlocutorias y demás providencias que causen gravamen irreparable, dictadas por los jueces de Primera Instancia con competencia en lo Procesal Administrativo. b) En las recusaciones y excusaciones de sus propios miembros, de los magistrados y de los integrantes del Ministerio Público que actúan en su fuero; …. e) En los recursos de queja por apelación denegada respecto de los jueces de Primera Instancia, cuando la materia sea procesal administrativa: …".

Previendo en forma expresa en su Art. 5° la "Improrrogabilidad de la competencia" procesal administrativa, y finalmente el art. 7° de la Ley 2979 regula el "Trámite del recurso de apelación en segunda instancia "en el que: "Recibidas las actuaciones, por Secretaría se dará cuenta de ello y se notificará a las partes en forma personal o electrónica. Dentro del quinto (5to.) día de notificada la providencia del párrafo anterior, las partes podrán deducir las recusaciones contra los miembros del Tribunal. Vencido el plazo o resueltas las excusaciones y recusaciones planteadas, la causa quedará en estado de resolver. Para el orden de estudio y votación de las causas, se aplicará el Reglamento de División en Salas, del Tribunal Superior de Justicia.

Que la Ley 1974 que regula el procedimiento a seguirse en la "Convenciones Colectivas de Trabajo", impone que es a través de sus reglas que se deben dirimir las cuestiones que se susciten en materia de condiciones de trabajo y relaciones laborales del personal de la Administración Pública, organismos descentralizados y entes autárquicos del Estado provincial, se resolverán por el procedimiento de Convenciones Colectivas de Trabajo.

En punto a ello, es relevante que su art. 5° estipule que "Las disposiciones de la convención colectiva deberán ajustar su cometido a las normas legales vigentes en la Provincia en materia de Derecho Administrativo y de interés general, y no podrán contener ninguna cláusula que afecte o limite el derecho de cualquier ciudadano a tener acceso a los cargos públicos", y que en el siguiente art. 6° exija a las partes la obligación de negociar de buena fe, comportando ello: "a) La concurrencia a las negociaciones y a las audiencias citadas en debida forma. b) La realización de las reuniones que sean necesarias, con la frecuencia que exijan las circunstancias. c) La designación de negociadores con idoneidad suficiente. d) El intercambio de información, a los fines del examen de las cuestiones en debate. e) La realización de esfuerzos conducentes a lograr acuerdos consensuados. Ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas se aplicarán las sanciones que correspondan por la legislación vigente en la materia".

Tanto como que en su art. 9° que "Las resoluciones que denieguen la homologación serán recurribles ante los tribunales ordinarios de la Provincia del Neuquén que sean competentes en razón de la materia, y tramitará por procedimiento sumarísimo".

VII.- Que del cotejo de los antecedentes incluidos en la pretensión de la actora con el ordenamiento citado, se desprende en forma clara que el reclamo se funda y requiere la aplicación de normas del derecho administrativo local para resolver la controversia, esta son las previsiones invocadas contenidas en las Leyes 1284 y 1974; concretamente se requiere la anulación de actos administrativos con el deliberado objeto de retrotraer el trámite a una etapa anterior al acaecimiento de los vicios endilgados.

Por ello, y en cuanto estas normas en materia de competencia remiten a la Ley 1305 y sus modificatorias, procede concluir que la presente causa debe tramitar ante el fuero contencioso administrativo.

En virtud de que dicha competencia no puede ser prorrogada por las partes ni expresa ni tácitamente, por hallarse comprometido el orden público provincial, corresponde pronunciar, aun de oficio, la incompetencia de esta Cámara para entender en estas actuaciones, pese al grado de apelación en que ellas se encuentran, y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario.

VIII.- Que la entrada en vigencia de la ley 2979 ha operado como cortapisa a la plenitud de la competencia que el art. 171 de la Ley Suprema de esta Provincia le confería al Tribunal Superior de Justicia, mientras que la previsión de su art. 7° -ya citado- se ha atribuido la competencia a la Sala Contencioso Administrativa para entender en los recursos interpuestos contra las decisiones del juez de primera instancia del fuero específico, tales los que las partes han concretado y motivó la intervención de esta Cámara.

IX.- Finamente, considerando el conflicto de poderes denunciado por el representante de la Provincia del Neuquén, y atendiendo la atribución constitucional que en su art. 271 la Carta Magna Provincial le otorga al Tribunal Superior de Justicia para que en ejercicio de la jurisdicción originaria y exclusiva conozca y resuelva "En las causas de competencia o conflictos entre los Poderes públicos de la Provincia o entre las ramas de un mismo Poder, entre esos Poderes y alguna Municipalidad o entre dos (2) o más Municipalidades, o en conflictos internos de esas Municipalidades y en las cuestiones de competencia que se susciten entre los tribunales de Justicia con motivo de su jurisdicción respectiva (inc. b), justifican disponer la elevación de éstos a aquel, a sus efectos.

Por ello, la Sala III

RESUELVE:

1.- Declarar la incompetencia de esta Cámara de Apelaciones para conocer y decidir en las presentes actuaciones, atento estar comprometida materia contenciosa administrativa.

2.- Elevar las actuaciones al TSJ, a sus efectos, conforme los argumentos expuestos en los puntos VIII y IX.

3.- Regístrese y notifíquese electrónicamente y, oportunamente, cúmplase con la elevación dispuesta en el punto que antecede.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"SABELLA FABIAN RICARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509590/2017) – Interlocutoria: 110/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCION DE AMPARO. JUBILACION POR INVALIDEZ. ACTO ADMINISTRATIVO. RECHAZO DEL BENEFICIO PREVISIONAL. RECURSO PENDIENTE EN INSTANCIA ADMINISTRATIVA. ARBITRARIEDAD O ILEGALIDAD MANIFIESTAS. INADMISIBILIDAD DEL AMPARO.

1.- Cabe confirmar la resolución que declara la inadmisibilidad del amparo al considerar que, sin perjuicio de no ser necesario agotar las otras vías administrativas para interponerlo, en el presente caso se observa que el actor por un lado impugna en sede administrativa la Disposición N° 2684/16 que le rechazó su petición de acceder a la jubilación por invalidez, impugnación que aún se encuentra sin resolver en instancia administrativa, y por otro lado inicia la presente acción de amparo a fin de que se le reconozca lo originariamente peticionado ante el organismo previsional. Por tales circunstancias, entiende la A quo que al no encontrarse

resuelto el referido recurso, no habría un acto firme y ello le impide analizar la arbitrariedad e ilegalidad del mismo, toda vez que no resulta "manifiesta, ni actual". Ello así, la solución del conflicto planteado a través del procedimiento de amparo, es palmariamente inadmisible pues se trata de una temática de índole previsional por invalidez que en el caso debe necesariamente ser continuada –al haber sido recurrida la Disposición N° 2684/2016- por la vía administrativa y/o en su caso judicial, con las eventuales medidas cautelares que estime corresponder. Por otra parte el amparo, no obstante la reforma constitucional, sigue siendo un proceso excepcional contra un acto en que la arbitrariedad o ilegalidad se perfile notoria, inequívoca, incontestable, cierta, ostensible, palmaria, todo lo cual no se presenta en el caso de marras. (Del voto del Dr. Fernando Ghisini).

2.- Aun teniendo en cuenta el nuevo artículo 43 de nuestra carta magna, incorporado en la reforma del año 1994, o a nivel provincial, el artículo 59 de la Constitución Provincial, sigue en plena vigencia lo dispuesto en el art. 3- 3.1. de la Ley N° 1981, en cuanto dispone que: "La acción no será admisible cuando: 3.1 Existan otros procesos judiciales o procedimientos administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía, salvo que a criterio del juez ellos resulten, en la circunstancia concreta, manifiestamente ineficaces o insuficientes para la inmediata protección". De allí que, la acción de amparo, a pesar de los artículos constitucionales mencionados, no ha dejado de ser una acción subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra vía que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado. (Del voto del Dr. Fernando Ghisini).

3.- El remedio intentado queda reservado a los supuestos en que existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado. (Del voto del Dr. Fernando Ghisini).

4.- Aun cuando por su naturaleza el amparo sea un trámite más expedito que aquellos procedimientos previstos para tramitar ciertas causas, entiendo que ello de manera alguna justifica el empleo de esta vía excepcionalísima. En efecto: aún con antelación al inicio del procedimiento administrativo, el peticionante cuenta con la posibilidad de solicitar -sin necesidad de agotar la vía administrativa- medidas cautelares de corte anticipatorio con resultado similar al buscado en esta causa. (Del voto del Dr. Fernando Ghisini).

5.- Constituye la premisa esencial de partida que, tal como ha sido previsto constitucionalmente, el amparo se ha establecido para aquellos casos en que la entidad de la acción u omisión estatal resulten palmariamente arbitrarias o ilegales, y que revistan gravedad –art. 43 CN, art. 59 CP- respecto al incumplimiento del presupuesto sustantivo de viabilidad previsto en el art. 1 de la ley 1981, y el adjetivo estipulado en el art. 3 de la misma norma; en tal sentido debe resultando inequívoca la pretensión acerca de la necesidad de recurrir a esta vía a los fines confrontar el ordenamiento jurídico aplicable para hacer efectivo del derecho, atento a que para su admisión no basta que lo decidido no resulte ajustado al ordenamiento jurídico o sea resultado de un razonamiento equivocado, sino que debe reunir los citados requisitos que señala la ley, pues de lo contrario cualquier decisión que carezca de dicha adecuación habilitaría utilizar este remedio excepcional, con lo cual los restantes procesos, previstos

legalmente, dejarían de tener vigencia y todo se dilucidaría por la vía del amparo. (Del voto del Dr. Marcelo Medori).

6.- […] luego de admitir que su situación se retrotrae a aproximadamente dos años, el actor omitió verificar ni ofrece justificar, que menos de cinco días hábiles después de recurrir administrativamente el rechazo del beneficio provisional, aquella –situación- pudo haber variado en su perjuicio, o que sólo en sede judicial a través del proceso excepcional que insta, tenga la posibilidad de sustraerse a consecuencia que denuncia, cuando no son más que eventuales. (Del voto del Dr. Marcelo Medori).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de mayo del 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SABELLA FABIAN RICARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO", (EXP Nº 509590/2017), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 6 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.- A fs. 81/84 vta., luce Resolución que declara inadmisible la acción de amparo deducida a fs. 64/80.

Para así resolver la a quo considera: "...sin perjuicio de no ser necesario el agotamiento de las otras vías administrativas, en el caso de autos el actor impugna el acto en sede administrativa, encontrándose sin resolución dicha impugnación, y paralelamente inicia el amparo. Es decir, al no encontrarse resuelto dicho recurso, no habría un acto firme y lo es a instancia de la parte actora, lo que impide analizar a mi entender la arbitrariedad e ilegalidad del mismo, toda vez que no resulta "manifiesta, ni actual".

Contra la citada Resolución apela la parte accionante a fs. 85/89.

II.- Sostiene que la sentencia parte de una errónea premisa, al establecer que al haber recurrido su parte en sede administrativa la Disposición N° 2684/16, ello resulta letal para la acción instada en sede judicial, al no tener carácter firme la resolución lesiva de los derechos del amparista.

Refiere, que el cuadro clínico del señor Sabella hace que su vida penda de un hilo, ya que la disposición en crisis reconoce una incapacidad del 66% pero le rechaza el otorgamiento del beneficio previsional por invalidez, por lo que debió ser recurrida. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

En relación al rechazo de la cautelar, mediante la cual se peticiona que no se afecte el salario del señor Sabella, que conforme Decreto Ley 1853/58, en forma inminente será reducido al 50% por su empleador, la Provincia de Neuquén.

Pide que se mantenga inalterable la situación de hecho y de derecho del señor Sabella, y que su empleadora se abstenga de reducir sus haberes y el cese de la licencia por enfermedad, mientras se resuelva la acción intentada, y en caso de rechazarse la misma, mientras se sustancie todo el agotamiento de la vía administrativa y su posterior acción ordinaria a los fines de obtener el beneficio de la jubilación por invalidez del actor. Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, diré que, tal como lo he propiciado en otras oportunidades, el amparo es un remedio excepcional, de carácter restrictivo, reservado para aquellas cuestiones de suma urgencia que requieran un tratamiento especial y que no tenga designada para su tramitación otra vía de índole judicial o administrativa destinada a tal fin.

Vale decir, que en el caso concreto los agravios no pueden prosperar teniendo en cuenta, entre otras cosas, el criterio que viene sosteniendo esta Sala en reiteradas oportunidades, (PS-2006-N°87-T°II-F°332/334; PS-2006-N°1-T°I-F°1/5; PS-2006-T°II-F°261/264, entre otros), en relación al carácter restrictivo con el que debe interpretarse la viabilidad de este remedio procesal.

Cabe expresar, que sin perjuicio de la razón o sin razón del planteo efectuado por el amparista, esta vía no es la elegida para propiciar una solución adecuada al conflicto planteado, máxime cuando el propio accionante ha reconocido la existencia de otras vías alternativas por medio de las cuales correspondería se siga tratando la problemática planteada a los fines de arribar a una solución.

Siguiendo con el lineamiento expuesto, puedo afirmar con total convicción que esta acción debe reservarse para aquellas situaciones en las que no existen otros medios legales o cuando aun existiendo éstos, peligraría la concreción del derecho que se pretende tutelar.

Dentro de este límite es que debe encarrilarse el planteo efectuado. Tal es así que aún ante la existencia del hecho denunciado por el amparista -a mi entender- no corresponde buscar su solución a través del amparo bajo el entendimiento que éste medio es el "más rápido y eficaz", pues ello no puede servir de pretexto para obviar el resultado –pendiente de respuesta- del trámite administrativo encauzado. Una interpretación contraria desvirtuaría –sin lugar a dudas- el objetivo que se ha tenido en miras al implementarse esta vía, repito, de carácter excepcional, logrando así su ordinarización.

Advierto que la materia introducida por el recurrente en procura de la solución del conflicto planteado a través del procedimiento de amparo, es palmariamente inadmisible pues se trata de una temática de índole previsional por invalidez que en el caso debe necesariamente ser continuada –al haber sido recurrida la Disposición N° 2684/2016- por la vía administrativa y/o en su caso judicial, con las eventuales medidas cautelares que estime corresponder.

Por otra parte el amparo, no obstante la reforma constitucional, sigue siendo un proceso excepcional contra un acto en que la arbitrariedad o ilegalidad se perfile notoria, inequívoca, incontestable, cierta, ostensible, palmaria, todo lo cual no se presenta en el caso de marras.

Debo destacar, que aun teniendo en cuenta el nuevo artículo 43 de nuestra carta magna, incorporado en la reforma del año 1994, o a nivel provincial, el artículo 59 de la Constitución Provincial, sigue en plena vigencia lo dispuesto en el art. 3- 3.1. de la Ley N° 1981, en cuanto dispone que: "La acción no será admisible cuando: 3.1 Existan otros procesos judiciales o procedimientos administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía, salvo que a criterio del juez ellos resulten, en la circunstancia concreta, manifiestamente ineficaces o insuficientes para la inmediata protección".

De allí que, la acción de amparo, a pesar de los artículos constitucionales mencionados, no ha dejado de ser una acción subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra vía que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado.

Interpreto, que el remedio intentado queda reservado a los supuestos en que existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: La acción excepcional de amparo sólo es utilizable contra actos administrativos que adolezcan de arbitrariedad manifiesta, y en los cuales el desconocimiento de los preceptos legales pertinentes por parte de la autoridad administrativa sea lo suficientemente claro e inequívoco como para imponerse per se de manera palmaria, sin necesidad de un debate detenido o extenso habida cuenta que el carácter sumarísimo del trámite es inherente a la naturaleza del amparo. Si esta exigencia no se cumple, en razón de que el caso planteado -por su índole- reclama un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que éstos sean juzgados con sujeción a las formas establecidas al efecto" (CNFed, Sala II, Cont-adm, 29/9/975, ED 65-233). No surgiendo que el acto impugnado adolezca de arbitrariedad manifiesta, es improcedente la vía de amparo promovida. TSJ NQ, TS 92 RSI-230-84 I 20-10-84 COLEGIO FARMACEUTICO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS s/ RECURSO DE AMPARO MAG. VOTANTES: FABANI-BARBA-OLCESE-MACOME-SILVA ZAMBRANO.

"El amparo únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta; es inadmisible, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional pues, en lo que aquí importa, el nuevo texto reproduce el art. 1º de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia formal". (LDT. Autos: PRODELCO c/ PEN s/ amparo. Tomo: 321 Folio: 1252 Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Disidencia: Abstención: 07/05/1998).

"La vía del amparo no es apta para enervar los efectos de una resolución de autoridad competente dictada en ejercicio de facultades legales, siendo inadmisible cuando la intervención judicial impediría o perturbaría el ejercicio de facultades privativas de los otros poderes del Estado. Por lo demás, es requisito ineludible para la procedencia del amparo, tanto la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo, como el agotamiento o inexistencia de otras vías aptas para dar respuesta al reclamo efectuado." (LDT. Autos: LUNA, Luis Miguel c/ CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES s/ AMPARO - Nº Sent.: 217525 - Civil - Sala F - 15/04/1997).

Conforme el desarrollo hasta aquí efectuado, surge de manera palmaria que el amparo no puede ser visto como una vía ordinaria más, a los fines de encaminar reclamos calificados de urgentes, pues el legislador ha previsto procedimientos concretos y cautelares destinados a evitar que la solución en tales casos sean de imposible cumplimiento.

Aun cuando por su naturaleza el amparo sea un trámite más expedito que aquellos procedimientos previstos para tramitar ciertas causas, entiendo que ello de manera alguna justifica el empleo de esta vía excepcionalísima.

En efecto: aún con antelación al inicio del procedimiento administrativo, el peticionante cuenta con la posibilidad de solicitar -sin necesidad de agotar la vía administrativa- medidas cautelares de corte anticipatorio con resultado similar al buscado en esta causa.

En función de lo hasta aquí expuesto, considero que la vía del amparo resulta inadmisible al no haber planteado ni acreditado en el

caso concreto, cuál era la urgencia que provocó que a escasos días de haber planteado el recurso administrativo contra la Disposición N°2684/2016 y la presentación del amparo.

Párrafo aparte merece la reiteración del pedido de la medida cautelar, y al haber sido solicitada contra un tercero que no es parte en los presentes, cabe su rechazo conforme fuera resuelto en la instancia anterior.

En consecuencia, por las razones expuestas, propiciaré al Acuerdo que se rechace el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, confirmándose el fallo de grado en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

Así voto.

El Dr. Medori dijo:

I.- Que habré de propiciar la confirmación de la resolución que rechazó in límine la presente acción de amparo, estimando oportuno integrar al voto que antecede el siguiente análisis para justificar la decisión.

II.- Que la materia traída a resolución evidencia al actor postulando la nulidad de la Disposición N° 2684/16 del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (fs. 50) que rechazó su solicitud de Jubilación por invalidez, denunciando la ilegalidad y arbitrariedad en la conducta de la demandada, para concluir en la petición de que se le ordene que la conceda por reunir los requisitos previstos en la Ley N° 611, y de manera cautelar mientras tramita la causa.

Reseña todos los antecedentes y tratamientos recibidos que avalan su incapacidad absoluta e irreversible para desarrollar labores habituales, en diagnóstico totalmente consolidado luego que la Junta Médica le asignara el porcentaje del 66%; informa que desde hace más de dos años no ha evidenciado mejorías que permitan prever que en un futuro se reviertan las secuelas del ACV.

Cuestiona que se caracterice de transitoria dicha incapacidad en base al art. 40 de la Ley 611, normativa que en el caso que se considere aplicable, ataca por inconstitucionalidad y no aplicable.

Que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, atento a que se han cumplido más de dos años de tratamiento médico, por lo que la merma del 50% de sus haberes es inminente, conforme lo prevé el art. 62 del Dec. Ley 1853/58, destacando el carácter alimentario aquellos, y que no se puede poner en riesgo la subsistencia de quien depende de él; que goza de la protección constitucional del art. 14 bis; que de otra forma se vería obligado a reincorporarse a sus actividades laborales para preservar la integridad de su salario y subsistencia, con el consiguiente peligro de exponer su ya delicado y complejo estado de salud a un detrimento mucho peor.

Que además de información relacionada con el diagnóstico y tratamientos recibidos, el actor aporta como documental el instrumento por el que con fecha 28 de diciembre de 2016 apeló la citada Disposición N° 2684/2017 ante el Directo de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN (fs. 51/53), y un informe médico pericial de parte emitido el 01 de febrero del año 2017 en el que se realizan consideraciones médico legales que avalan el gravísimo estado de salud, la imposibilidad de desempeñar cualquier tipo de tareas remunerada, y le permiten tramitar la jubilación por invalidez, con citas de jurisprudencia que lo avalan (fs. 56/63).

Que la decisión de grado, si bien advierte que el art. 43 de la Const. Nacional no impone la conclusión del trámite administrativo para accionar por la vía del amparo, así como, que la viabilidad de esta acción está condicionada a que no exista otro medio judicial más idóneo, considera que el actor promovió esta acción mientras se encontraba sin resolver la impugnación que planteara con anterioridad ante el organismo provisional aquí demandado, es decir, que no habría un acto firme, tratándose de la condición que impide analizar su arbitrariedad e ilegalidad, toda vez que no resulta “manifiesta, ni actual”.

Cabe recordar que, en regulación equiparable al art. 43 de la Const. Nacional, la Carta Magna Provincial en la materia establece en su art. 59 que: “Toda persona afectada puede interponer acción expedita y rápida de amparo en las modalidades que se prevean en la ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que garantice una tutela judicial efectiva, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y la Constitución Nacional. Podrán también interponer esta acción en lo relativo a los derechos colectivos, cualquier persona, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas que propendan a esos fines. La acción de amparo puede interponerse mientras subsistan los requisitos exigidos en el presente artículo … ”.

Y a su respecto, la Ley N° 1.981, conforme la reciente redacción dada por la Ley 3049, prescribe en su art. 1 que: “La acción de amparo, en sus aspectos de mandamiento de ejecución y prohibición, procede contra todo acto, decisión u omisión de autoridad pública que, en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia del Neuquén; por las leyes que, en su consecuencia, se dicten; por la Constitución Nacional; y por los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus”.

Este concepto básico de la acción de amparo que reúne los recaudos esenciales de admisibilidad debe integrarse con lo estipulado en el art. 3 de la misma ley, que establece causales para su rechazo in límine, tales como la existencia de otros procesos judiciales o administrativos idóneos para la protección del derecho, que la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese mayor debate y prueba que lo permitido por este procedimiento y que la demanda no se hubiera presentado dentro de los veinte días hábiles de haber tomado conocimiento.

Que constituye la premisa esencial de partida que, tal como ha sido previsto constitucionalmente, el amparo se ha establecido para aquellos casos en que la entidad de la acción u omisión estatal resulten palmariamente arbitrarias o ilegales, y que revistan gravedad –art. 43 CN, art. 59 CP- respecto al incumplimiento del presupuesto sustantivo de viabilidad previsto en el art. 1 de la ley 1981, y el adjetivo estipulado en el art. 3 de la misma norma; en tal sentido debe resultando inequívoca la pretensión acerca de la necesidad de recurrir a esta vía a los fines confrontar el ordenamiento jurídico aplicable para hacer efectivo del derecho, atento a que para su admisión no basta que lo decidido no resulte ajustado al ordenamiento jurídico o sea resultado de un razonamiento equivocado, sino que debe reunir los citados requisitos que señala la ley, pues de lo contrario cualquier decisión que carezca de dicha adecuación habilitaría utilizar este remedio excepcional, con lo cual los restantes procesos, previstos legalmente, dejarían de tener vigencia y todo se dilucidaría por la vía del amparo.

Luego, esta acción no fue prevista para sustituir o reemplazar los demás medios ordinarios para la solución de las controversias, y si en aquellos supuestos en que se acredite ser más la vía más idónea de las existentes para la proteger un mismo derecho; y esa “idoneidad” procede asociarse necesariamente a la celeridad, porque existen otros supuestos en que lo es aquella que habilita una mayor amplitud de prueba y debate.

"El peticionante no debe probar el carácter subsidiario respecto del proceso ordinario. Debe demostrar el supuesto de hecho requerido por la norma, esto es, la idoneidad. De tal modo deberá presentar al juez una situación de urgencia tal, para la que la medida solicitada es el medio apto. La violación a que da lugar la acción debe ser manifiesta. Este requisito debe ser demostrado por el accionante, prima facie, y su falta de prueba autorizará al rechazo in límine de la acción". (…) "Mediante estos dos elementos de la subsidiariedad débil y la violación manifiesta se establecen límites que evitan la desnaturalización del instituto. No cabe caer en una "sumarización" total, generalizada, que sacrificaría valores o principios de rango superior (art. 18, Const. Nac.), ya que la Justicia requiere "siempre" de un tiempo propio, que si le es privado, produce consecuencias "irreparables" a los fines específicamente "de la justicia" (Ricardo Lorenzetti, "Las normas fundamentales de derecho privado"-Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 298).

III.- Que considerando el marco fáctico y jurídico expuesto, el actor no ha aportado aquellos antecedentes que justifiquen la necesidad de eludir la vía ordinaria del contencioso administrativo -que no le es desconocida a tenor de la profusa cita de jurisprudencia que realiza al apelar, fundamentalmente del Máximo Tribunal Provincial- ni demostrado que para hacer efectivo su derecho, el amparo constituye el trámite más “idóneo”, en la consideración de que “la equiparación de la expresión más idónea a más rápida no condice ni con una interpretación gramatical (idoneidad es un término más amplio, más comprensivo que rapidez) ni con la interpretación sistemática (pues esto significaría que el amparo sólo sería desplazado por las medidas cautelares o por algunos sumarísimos excepcionales que se resuelven con una simple vista, prácticamente inexistentes en el ámbito del derecho público, quedando vacía de contenido la jurisdicción contencioso-administrativa…). … Estoy convencida que la rapidez, la celeridad, es un aspecto fundamental a tener en cuenta (así lo demuestra el art. 43 que comienza refiriéndose al derecho a una vía rápida y expedita, intentando de este modo hacer efectivo el derecho concedido por el Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestra Constitución Nacional), pero no el único factor a considerar. Fundo esta conclusión en estos razonamientos: La rapidez se conecta estrechamente al recaudo del daño; pero también hay otros elementos (como la complejidad probatoria), vinculados al efectivo derecho de defensa en juicio, unidos al recaudo de lo manifiesto o notorio… En suma, todos los recaudos legales están imbricados, de modo tal que en cada caso deberá verificarse si, de acuerdo con la pretensión deducida y la complejidad (sobre todo, fáctica) de la cuestión, el amparo es o no menos idóneo que otra vía jurisdiccional”.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo:

“En cuanto a la alegada inexistencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo, cabe señalar que la mencionada existencia no es postulable en abstracto sino que depende –en cada caso- de la situación concreta de cada demandante…” (“Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía” Fallos 318:1161).

Que por ello, aún cuando coincida en que se impone ponderar el efecto que produce en el caso la circunstancia de que el actor haya interpuesto recurso ante la administración dirigido también a cuestionar el acto del organismo previsional; sin embargo, entendiendo que a partir de ello la juez de grado desarrolla otra argumentación cual es la falta de firmeza de la disposición, atento a que ello importa reeditar la exigencia de agotar previamente la vía en dicha sede, recaudo que la doctrina y jurisprudencia estimó

eliminado a partir de que el art. 43 de la Const. Nac. califica de “expedita” a la acción de amparo.

Y es que, lo que tal proceder revela para el razonamiento, es que luego de admitir que su situación se retrotrae a aproximadamente dos años, el actor omitió verificar ni ofrece justificar, que menos de cinco días hábiles después de recurrir administrativamente el rechazo del beneficio provisional, aquella –situación- pudo haber variado en su perjuicio, o que sólo en sede judicial a través del proceso excepcional que insta, tenga la posibilidad de sustraerse a consecuencia que denuncia, cuando no son más que eventuales.

IV.- Que en conclusión, será siguiendo los argumentos expuestos que propiciaré la confirmación del rechazo in limine de la acción de amparo decretada.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la Resolución obrante a fs. 81/84 y vta., en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ ACCIDENTES DE TRABAJO CON ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 507680/2016) – Interlocutoria: 112/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO PROCESAL: Procedimiento laboral.

PROCEDIMIENTO LABORAL. EXCEPCIONES PREVIAS. PRESCRIPCION. RECHAZO. APELACION. EFECTO DIFERIDO. RECURSO MAL CONCEDIDO. ACCION CIVIL. INTERVENCION DE TERCEROS. INTERVENCION OBLIGADA. ACUMULACION DE ACCIONES. DESPIDO. INTERVENCION PROCEDENTE.

1.- Fue mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la codemandada contra la resolución que rechaza la excepción de prescripción, toda vez que se trata del supuesto del rechazo de la defensa, y cuyo agravio debe ser introducido en oportunidad y para el caso de que sea apelada la sentencia definitiva (Cf. art. 24° de la Ley 921).

2.- Corresponde ordenar la citación del tercero en los términos de la pretensión introducida por el co-demandado, ya que lo peticionado no difiere (…) –como bien cita el recurrente- del abordaje, conclusión y resolución alcanzada por esta Sala III con fecha 09 de Agosto del año 2016 en los autos "MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION (RESOLUCION DE CITACION DE TERCEROS)" (Expte. INC Nº 1708/2015), y que resultan aplicables a los presentes en que se persigue por acción civil la reparación de la incapacidad derivada de un infortunio que el actor señala acaecido mientras prestaba su fuerza de trabajo a los demandados: […]. Por lo tanto, no se comprueba en qué radicaría la lesión a los intereses del actor de hacerlo litigar contra quien no ha querido ni pretendido, cuando (…)

dicha parte consintió la acumulación de los presentes a la causa donde antes ello había sido habilitado por esta Cámara de apelaciones -en la causa antes referida se hizo lugar al planteo (citación de terceros) en el juicio en que intervienen las mismas partes y en donde se demandan las indemnizaciones y créditos derivados de la relación laboral y el despido denunciado por el actor).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 9 de mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ ACCIDENTES DE TRABAJO CON ACCION CIVIL" (Expte. EXP Nº 507680/2016) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 110/112 la parte demandada interpone y funda recurso de apelación contra la resolución de fecha 27.10.2016 (fs. 101/106); pide se haga lugar a la excepción de prescripción, y subsidiariamente, a la citación de terceros planteadas, con costas a la contraparte.

Cuestiona en primer punto que el juez de grado al resolver la excepción que planteara, no haya aplicado la Ley 24557, que rige los accidentes de trabajo y en especial, cuando en el inc. 1° de su art. 44 establece que prescriben las acciones derivadas de ella a los dos años a contar de la fecha en que la prestación debió ser abonada o prestada, y en todo caso, a los dos años desde el cese de la relación laboral; y que en el caso acaecido el accidente el 23.07.2013 y que la relación finalizó el mismo día, la acción ya se hallaba prescripta al momento de promover esta demanda el 12.04.2016, porque había operado el 23.07.2015.

En segundo agravio critica que se haya rechazado la citación del tercero, que fuera solicitada teniendo en cuenta que la responsabilidad confesada y asumida por éste, hermano del actor, contratado para la construcción del techo, y quien no le comunicó la contratación, asumiendo toda la responsabilidad por la misma, por ser secreta y prohibida, resultando necesaria su intervención para lograr la demostración de la verdad real de lo sucedido.

Cita y transcribe lo decidido por esta sala III con fecha 09.08.2016 en los autos "MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION (RESOLUCION DE CITACION DE TERCEROS)" (Expte. INC Nº 1708/2015), donde se hizo lugar a semejante planteo en el juicio en que intervienen las mismas partes donde se demandan las indemnizaciones y créditos derivados de la relación laboral y el despido denunciado por el actor, y particularmente luego que en la misma resolución recurrida se dispusiera la acumulación de aquel con este proceso.

Sustanciada la apelación (fs. 113) el actor guarda silencio.

II.- Que la resolución de grado objeto de recurso, con expresa imposición en costas al co-demandado vencido, rechazó la excepción de prescripción que interpusiera en razón de haberse suspendido su transcurso por un año, desde el 13.08.2013, derivada del intercambio epistolar; luego, hizo lugar a la acumulación de las presentes actuaciones con la que tramita ante el mismo Juzgado Laboral N° 4 "MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. 504.482/2014); finalmente, rechazó el pedido de citación de tercero fundada en el vinculo contractual con uno de los co-demandados, y con quien el actor no ha querido ni pretendido litigar.

III.- Abordando, por razones metodológicas, en primer punto al planteo relacionado con la prescripción de la acción, cabe hacer notar que conforme el art. 24° de la Ley 921, que habilita a la demandada a introducir, entre otras, la excepción de prescripción, resulta que su último párrafo estipula:

“Siempre que la decisión que las admita determinara la conclusión del juicio, será apelable de inmediato; sino produjera dicho efecto o se las rechazara, la apelación se otorgará en forma diferida para con la sentencia definitiva, si se apelara de ella”.

Conforme entonces lo decidido a su respecto, se advierte que el recurso fue mal concedido, desde que se trata del supuesto del rechazo de la defensa, y cuyo agravio debe ser introducido en oportunidad y para el caso de que sea apelada la sentencia definitiva.

IV.- Que respecto a la citación de terceros, el planteo del co-demandado y el análisis del juez de grado para rechazarlo, no difiere del que –como bien cita el recurrente- del abordaje, conclusión y resolución alcanzada por esta Sala III con fecha 09 de Agosto del

año 2016 en los autos "MARIN GARRIDO JAIME LUIS C/ ERRO OSCAR Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION (RESOLUCION DE CITACION DE TERCEROS)" (Expte. INC Nº 1708/2015), y que resultan aplicables a los presentes en que se persigue por acción civil la reparación de la incapacidad derivada de un infortunio que el actor señala acaecido mientras prestaba su fuerza de trabajo a los demandados:

"… II.- Que entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento, y teniendo por cumplidos los recaudos del art. 265 del CPCyC, resulta que la decisión en crisis rechaza la citación de tercero con fundamento en el carácter restrictivo que tiene el instituto en materia laboral y que el demandado que lo pretende ha negado la relación laboral, con lo que no se cumple con el requisito de tratarse de una controversia común y eventual acción de regreso.

Que el actor invocando la calidad de oficial techista demanda por despido injustificado y cobro de haberes al empleador principal y al comitente por la colocación de un techo en un inmueble atribuyéndole facultades de control y supervisión; el último, en su responde pide la citación del hermano del actor por ser el sujeto con el que habría convenido la obra, asignándole el carácter de obligado por las deudas reclamadas, a cuyo fin acompaña contrato y acta notarial de reconocimiento de responsabilidad.

Que el artículo 94 del Código Procesal dispone expresamente que:

"El actor en el escrito de demanda, y el demandado dentro del plazo para oponer excepciones previas o para contestar la demanda, según la naturaleza del juicio, podrán solicitar la citación de aquél a cuyo respecto consideraren que la controversia es común. La citación se hará en la forma dispuesta por los artículos 339 y siguientes". (arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; y 90 y ss. del C.P.C.C.).

La doctrina explica que si bien la redacción de la norma no es lo suficientemente explícita, en virtud de lo referido en la Exposición de Motivos de la ley 17.454 y su integración con las demás previsiones procesales, se puede afirmar que la intervención obligada, también llamada coactiva, provocada o forzada, tiene lugar cuando en un proceso pendiente, el juez, de oficio o a petición de alguna de las partes, dispone la citación de un tercero a los efectos de que la sentencia a dictarse pueda serle opuesta, y comprende aquellas hipótesis en las cuales la parte eventualmente vencida tenga una acción regresiva contra el tercero (litis denuntiatio), o medie conexidad entre la relación controvertida en el proceso y otra existente entre el tercero y alguna de las partes originarias. Admitiéndose otros supuestos específicos, tales la nominatio o laudatio auctoris, el llamado del tercero pretendiente y el llamamiento en garantía. (p.334, t.1, Manual de Derecho Procesal Civil, Lino Enrique Palacio; p. 523, t.1, Código Procesal Civil y Comercial Com. Fassi-Yañez; p. 336, t.1, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Com. Fenochietto-Arazi).

La eventualidad de que el tercero pueda llegar a ser destinatario de una acción regresiva por parte del demandado, en el caso de dictarse en autos sentencia condenatoria, configura así supuesto específico de intervención obligada, conocido bajo la locución "denuncia de litis" o "litis denuntiatio".

Su finalidad se justifica en evitar que, en la eventual acción de regreso, el tercero allí demandado pueda oponer al citante allí actor la "exceptio mali defensa" o" exceptio mali gesti procesus", pues mediante la intervención el citado está habilitado para cubrir los defectos de la actuación de su citante.

De lo que se trata, en consecuencia, es de permitir al tercero la ocasión de intervenir y ayudar al demandado en su defensa, evitando así la excepción de deficiente defensa que él eventualmente pudiere plantear en un juicio posterior." (CC0002 SM 53414 RSI-199-3 I 12-6-3, Campana, María c/ Padilla, Antonio José s/ Cobro de pesos y daños y perjuicios s/ Incidente art. 250, CPCC, MAG. VOTANTES: Mares-Occhiuzzi-Scarpati- LDT).

Ahora bien, analizada la documentación arrimada a la causa en la cual se sustenta el planteo objeto de recurso consideramos que en el caso concreto se da tanto el supuesto específico de la existencia de acción regresiva contra el tercero y la conexidad de controversias en razón del objeto, teniendo en cuenta el vínculo jurídico que el propio actor le asigna al codemandado citante, que pretende a su cargo deberes de control y supervisión (fs. 12 vta., último párrafo), ser el beneficiario directo de la obra y "responsable solidario" junto con el director de la obra frente a los trabajadores (fs. 75, párrafos 6 y 7).

En definitiva no cabe atenerse a la negativa de la relación laboral -que consideró el juez de grado como principal fundamento para rechazar la citación del tercero- desde que es también el mismo actor quien denuncia que aquella la titulariza el otro co-demandado …".

Conforme a lo expuesto, y particularmente –como bien cita el recurrente- no se comprueba en qué radicaría la lesión a los intereses del actor de hacerlo litigar contra quien no ha querido ni pretendido, cuando conforme fs. 95 dicha parte consintió la acumulación de los presentes a la causa donde antes ello había sido habilitado por esta Cámara de apelaciones.

Procede en consecuencia revocar la decisión de grado en este punto y ordenar la citación del tercero en los términos de la pretensión introducida por el co-demandado.

V.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propiciaré al acuerdo hacer lugar a la

apelación respecto a la procedencia de la citación de tercero, y declararla mal concedida en materia a la crítica por el rechazo de la prescripción, debiéndose tener por otorgada en forma diferida para con la sentencia definitiva, y si se la apelara.

Imponer las costas de las incidencias para ambas instancias en el orden causado atento la naturaleza del planteo y el criterio restrictivo imperante en la materia, (art. 68, 2° párrafo del C.P.C.C.), y supeditar la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas a tal fin.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la apelación respecto a la procedencia de la citación de tercero, y declararla mal concedida en materia a la crítica por el rechazo de la prescripción, debiéndose tener por otorgada en forma diferida para con la sentencia definitiva, y si se la apelara.

2.- Imponer las costas de las incidencias para ambas instancias en el orden causado atento la naturaleza del planteo y el criterio restrictivo imperante en la materia, (art. 68, 2° párrafo del C.P.C.C.),

3.- Diferir la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas a tal fin.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"NAVARRO CINTIA FERNANDA C/ CAMPOS DAMIAN FEDERICO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 516355/2016) – Interlocutoria: 127/17 – Fecha: 18/05/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

INTERDICTO. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. RESTABLECIMIENTO DE LOS SERVICIOS DE LUZ Y GAS. BAJA DEL SERVICIO PEDIDA POR EL TITULAR. VENCIMIENTO DEL CONTRATO DE LOCACION. MENORES EN LA VIVIENDA. MODALIDAD PARA SOLICITAR EL ALTA DE LOS SERVICIOS CORTADOS. DISIDENCIA.

1.- Debe ser revocada la decisión dictada en el marco de un interdicto posesorio que no hizo lugar a la medida cautelar innovativa que tuvo por objeto lograr el restablecimiento del servicio de luz –luego la actora solicita igual temperamento con el de Gas- debido al retiro del medidor, como consecuencia del pedido efectuado a la prestataria del servicio –que no es parte en este proceso- por parte de quien dio el inmueble objeto de autos en locación, figura como titular del servicio y aquí es demandado, en virtud de la presencia de niños habitando el inmueble, y el interés superior de ellos. (del voto del Dr. Fernando Ghisini, en mayoría).

2.- La situación planteada amerita la medida cautelar peticionada en atención a los derechos comprometidos, ya que la interrupción de los servicios de energía eléctrica y gas afecta directamente las condiciones dignas de subsistencia de los niños (de 3 y 8 años) que habitan el inmueble junto a su madre. (del voto del Dr. Fernando Ghisini, en mayoría).

3.- Que la conducta asumida por el demandado –que reedita luego con la provisión del gas

domiciliario- aparece vinculada a una modalidad dirigida a dificultar el uso del bien como mecanismo para obtener su restitución que debe cesar por tratarse de una vía de hecho reñida con el ordenamiento jurídico, y más agravado en el caso por la simple razón de concretarse a sabiendas del procedimiento judicial de desalojo como el que ha instado a los fines de dirimir pacíficamente un incumplimiento contractual como el que señala, lo afecta. (Del voto del Dr. Marcelo Medori, en minoria).

4.- […] lejos de relacionarse la re-conexión con la prestadora que no es parte en el proceso, en el caso resulta exclusivo resorte y se vincula con una atribución del demandado. (Del voto del Dr. Marcelo Medori, en minoria).

5.- […] propiciaré al acuerdo que se revoque la decisión de grado, y previa caución personal se ordene al demandado a que dentro del plazo de tres días corridos de notificado cumpla con la conexión del servicio de luz y gas en el inmueble ocupado por la actora, bajo apercibimiento de cargar con el pago de astreintes por $2.000 fijados en beneficio de la última, por cada día de demora, que se aplicarán sin necesidad de intimación previa. (Del voto del Dr. Marcelo Medori, en minoria).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 18 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "NAVARRO CINTIA FERNANDA C/ CAMPOS DAMIAN FEDERICO S/ INTERDICTO" (Expte. Nº 516355/2016) 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 del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 39/41 y vta., obra expresión de agravios de la parte actora fundando el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 06/01/2017 mediante la cual, se dispuso no hacer lugar a la medida cautelar peticionada.

Expresa la recurrente que el auto atacado no hace lugar a la medida cautelar basándose en las constancias de autos y en el entendimiento de que ello significa decidir respecto a cuestiones propias de la Cooperativa de Energía Eléctrica, quien no es parte en el proceso.

Afirma que CALF no sea parte en el proceso no enerva ni priva del derecho de esta parte, a peticionar la medida cautelar solicitada, toda vez que, como tal implica una medida de innovar respecto a una situación alterada unilateral y arbitrariamente por el demandado.

Aclara que el corte del suministro eléctrico del cual ha sido victima no se debe a una cuestión propia de la cooperativa de energía sino que ha sido por petición expresa de baja del servicio, por parte del demandado.

Manifiesta que el inmueble de autos el cual ocupa junto a sus dos hijos menores de edad (de 3 y 8 años) se encuentra sin el mas elemental servicio publico de energía eléctrica, debido a la decisión unilateral de solicitar la baja del medidor de luz por parte de quien era titular mientras la aquí actora “ocupaba el inmueble que fue cedido por él”.

Agrega que la Cooperativa CALF si bien es ajena a estos hechos, procedió a dar de baja el servicio sin saber sobre su ocupación y el daño que le ocasionaba y, que luego de extraído el medidor ‘sin contrato, boleto vigente o pedido del anterior titular del medidor’, dispuso la restitución de la energía eléctrica.

Cita diversos pronunciamientos de la Cámara local, en los que han acogido la cautelar en forma inmediata e inaudita parte, ordenándole a la Cooperativa la restitución del servicio eléctrico en cabeza de la actora, así en autos “DUFAUR CARLOS DANIEL C/BARRA DANIEL S/INTERDICTO (este. Nro. 405013/09); “BASANTA HUGO Y OTRO C/SULTANE TERC JORGELINA S/INTERDICTO (expte Nro. 348101/07), entre otros.

En virtud de ello, pide se haga lugar a los fundamentos expuestos y se ordene revocar el auto atacado, disponiéndose la cautelar innovativa a efectos de que se restituya el servicio de luz en el inmueble que habita.

Sustanciado el recurso, (11.01.2017 –fs. 43) la contraparte no responde.

II.- Que a fs. 41/42 la actora denuncia como hecho nuevo que había sido cortado el suministro de gas en la vivienda y al apersonarse ante la prestataria del servicio se le informó que el demandado había requerido la sustracción del medidor de gas, por lo que se procedió a hacerlo.

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la decisión de grado rechaza la cautelar para que se conecte el servicio en base a que ello significa decidir respecto de cuestiones propias de la cooperativa de energía eléctrica que no es parte en el presente proceso.

Que asimismo, cabe citar que a través de la medida solicitada, la actora pretende que se le restituya el servicio de luz del inmueble alquilado y que fuera extraído a causa de la solicitud efectuada por el demandado, constituyendo un claro acto de turbación de la tenencia que ejerce sobre el inmueble (fs. 13 vta).

Que al sustanciarse el planteo (fs. 19/20-19.12.2016) el accionado no se expide sobre su procedencia, más admite que fue a su pedido que se concretó el retiro del medidor, que individualiza el proceso de juicio de desalojo iniciado para obtener la entrega del bien luego de haberlo alquilado, encontrándose en una situación acuciante de necesidad para recuperar su propiedad para irse a vivir en ella, y que estaba esperando que se venciera el contrato locativo para hacerlo (fs. 32/33).

IV.- Que en forma preliminar, estimo oportuno citar que la cuestión objeto de recurso importa la afectación del derecho de defensa en juicio al dirigirse a objetar el sentido que le otorga el juez de grado a la pretensión cautelar para resolver su rechazo.

Que la ponderación de esta circunstancia habilita otorgar un sentido amplio al inc.4° del 498 del CPCyC comprensivo de aquellos decretos que rechazan las medidas cautelares, al referirse a los actos procesales susceptibles de ser apelados en los juicios que tramitan bajo las reglas del proceso sumarísimo.

Que la Sala I, en su anterior integración, sostuvo esta interpretación:

“Liminarmente ha de señalarse que si bien conforme lo señala la jueza de grado, atento lo prescripto por el art. 498 del C.P.C.y C. que regla el tratamiento de los procesos sumarísimos, la generalidad es la inapelabilidad, dicho principio cede ante la posibilidad de violación de la defensa en juicio.

“En autos la irreparabilidad del gravamen que se deriva para el quejoso es evidente, ya que la denegatoria de la apelación impediría a la recurrente el tratamiento en esta Alzada de la cuestión a resolver, cual es su oposición al nuevo encause que le imprime la jueza a la acción, al tratar la defensa articulada por la demandada. Ese tratamiento evidencia un apartamiento de las normas impresas en el mencionado art. 498 inc. 1ro del C.P.C.y C. “No serán admisibles reconvención ni excepciones de previo y especial pronunciamiento… ” (“GOMEZ JOSE HERIBERTO C/ CONSEJO DE ADMINISTRACION DE LA
COOP. DE SERV. PUBL. PLOTTIER LTDA. S/ ACCION DE AMPARO S/ QUEJA DE LOS TITULARES DE LA ADMINISTRACION” (Expte. Nº 81-CA-9- RESINT 03.12.2009-Dres. Silva Zambrano-García).

En el mismo sentido, también lo hizo esta Sala III:

“Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, diré que el proceso sumarísimo previsto en el art. 498 del Código Procesal, determina, en función de la celeridad que corresponde otorgarle al tramite, cuales son las resoluciones susceptibles de apelación.

Al respecto el inc. 4 del mentado artículo reza: “Solo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten medidas precautorias.

El recurso se concederá en relación y con efecto devolutivo..”.

En función de ello, considero que si bien tal principio debe ser atemperado en aquellos casos en que se encuentre comprometido el “Derecho Constitucional de defensa en juicio de alguna de las partes”, su interpretación debe ser restrictiva.

En ese orden la jurisprudencia ha dicho:

“La limitación recursiva establecida en el articulo 498, inc. 5° del CPCyC, carece de operatividad cuando se encuentra implicada -directa o indirectamente- la defensa en juicio, por cuanto siendo ésta un derecho constitucional que hace a las reglas del debido proceso, excede la restricción que pudiere surgir del ordenamiento ritual (cfr. Sala II, doctr. De la causa 8441 del 4.6.91 y causa 3.120/94 Del 11.11.94; Sala i, causa 3.584 Del 14.8.85). S.I., Fdo.: Disidencia del Dr. N. N. Bonifati”. (Autos: FEMESA C/INTRUSOS Y/U OCUPANTES GIRARDOT 232 S/INTERDICTO. CAUSA N° 27.504/94. - Magistrados: BONIFATI - Fecha: 04/07/1996).

Advierto que, en este caso particular, el derecho de defensa no puede ser invocado con el fin de suplir la inactividad probatoria de la parte, cuando ésta pudo válidamente valerse de ella en la oportunidad procesal que expresamente determina para éste tipo de procesos el art. 498 del Código Adjetivo.

Ahora bien, interpreto que- en función de las constancias que se analizarán seguidamente- tampoco resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 334 del CPCyC, que dice: “Después de interpuesta la demanda, no se admitirá al actor sino documentos de

fecha posterior, o anteriores, bajo juramento o afirmación de no haber tenido conocimiento de ellos..." ("QUINTERO DIEGO MATIAS CONTRA PROVINCIA SEGUROS S.A. SOBRE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"-Expte. N° 376.854/8-RSINT 22.10.2009).-

Que en la argumentación vinculada a otorgar a la norma el sentido más amplio, es decir que cuando la norma se refiere a las providencias que "decreten medidas precautorias" sea compresiva de aquellas que las otorgan y rechazan, estimo relevante señalar que ese fue el entendimiento que le otorga el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, seguido por el legislador provincial para regular la materia procesal cuando dicta la Ley 912, derivando en que en posterior modificación por Ley 22434 se la incluyera expresamente:

"Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias".

A su vez, y en aval de la evaluación que propicio, cabe destacar que al ponderar el sentido de la aplicación de derechos procesales y, muy particularmente, cuando los medios se dirigen a garantizan de manera más efectiva el ejercicio de la defensa en juicio, esta Cámara invariablemente ha seguido las modificaciones introducidas en el código nacional aún a falta de una recepción legislativa expresa.

Así, esta Sala III en relación al art. 541 del CPCyC:

"La ampliación de la demanda tiene algunas particularidades especiales en el campo del juicio ejecutivo. El código procesal regula dos situaciones, sea que la ampliación se produzca antes o después de la sentencia. (cfme. arts. 540 y 541) Los requisitos regulados tienen por fundamento principal salvaguardar por un lado el principio de contradicción y el derecho de defensa, limitado por la propia naturaleza del proceso; y por el otro los principios de economía procesal y concentración, posibilitando la realización de los títulos emanados de una misma obligación. La diferencia entre los artículos mencionados es el procedimiento por el cual se da intervención al deudor. (p. 240, t.1 vol. A, Procesos de ejecución, juicio ejecutivo, Enrique M. Falcón; p. 536, t. VII, Derecho Procesal Civil, Procesos de conocimiento y ejecución, Palacio; y p. 707, Juicio ejecutivo, Jorge Donato).

Cabe destacar que nuestro código no contiene la reforma nacional (ley 22.434), que agrega al articulado transcripto la prescripción formal de que en cada caso de ampliación deberá cumplirse con la intimación de pago. Como es habitual, esta modificación legal obedece a la discrepancia doctrinal que suscitaba la interpretación de la norma original, procede a clarificar, y prever un acto procesal que asegura la defensa del ejecutado, a la vez que favorece la concentración del conflicto ejecutivo.

La norma estudiada no distingue los títulos ejecutivos de que se trata, con lo cual es aplicable también a los títulos de crédito, y siendo limitado el conocimiento causal del proceso particular, bastará la vinculación formal con una misma operación negocial.

De esta manera, en el caso específico, se puede observar que los pagarés traídos con la ampliación de demanda fueron emitidos el mismo día que el último presentado con la demanda inicial, todos escalonados en su vencimiento y de igual importe, habiendo el demandante hecho expresa reserva de que quedaban dos pagarés pendientes de vencimiento, pudiéndose inferir que se trata de documentos provenientes de una misma obligación contraída por el demandado para con el actor. Por ello, consideramos que debe revocarse la providencia impugnada, habilitando la ampliación de la ejecución peticionada, más con el cumplimiento de la correspondiente intimación en los términos de la reforma, para garantizar la defensa del pretendido, sin afectar el sentido práctico y económico, debiendo en consecuencia integrarse la tasa de justicia correspondiente" ("IRIBAS RAFAEL CONTRA THEILER ALFREDO S/ COBRO EJECUTIVO" (Expte. Nº 425608/10-RESINT. 28.07.2011).

De igual forma, cuando se analizaron los alcances del art. 553 del CPCyC:

"Que existe coincidencia doctrinaria y jurisprudencial, respecto a que la carga de lo preceptuado por el primer párrafo del art. 553 del CPCyC, por tratarse de una condición extrínseca, no constituye un requisito formal de admisibilidad de la demanda ordinaria ni conforma una cuestión de orden público que pueda hacérsela valer de oficio, en tanto sólo hace al interés particular del ejecutante, por lo que aquel puede exigir o no su cumplimiento mediante la excepción especifica prevista en la norma en cuestión (Fassi, Santiago, "Código procesal civil y comercial, comentado, anotado y concordado", t. Ii, pag. 538; Fenochietto-Arazi, "Código procesal civil y comercial de la Nación", t. II, p. 783; CCN sala A Bugadi Adolfo C/ Banco Itau Buen Ayre SA S/ordinario Sent. 63839/06.,; Sala B, 17.11.00, "Perez, Jorge c/ Lekeito SA s/ Ord." Sala C, LL 141-246), y de ello que deba tratarse como fuera receptado por la Ley 22.434 al incluir el 5to. párrafo de la citada norma que reformó el Código Procesal Nacional agregando que: "La falta de cumplimiento de las condenas impuestas podrá ser opuesta como excepción de previo y especial pronunciamiento", interpretación que además se compadece con el trámite que contempla el art. 556 del CPCyC.

Finalmente, cabe resaltar que la Corte Nacional interpretando los alcances del art. 553 del CPCyCN, y destacar en su redacción el agregado respecto a que "el juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este ultimo", concluyó que de dicho texto no puede sino extraerse la posibilidad que tiene el ejecutado de cuestionar la deuda que se le atribuye mediante un proceso de conocimiento que, sin bien no paraliza la ejecución, tampoco se ve impedido por esta, mas allá de

la etapa en que se encuentra, y que una inteligencia diversa conduciría a cercenar lisa y llanamente el acceso a la jurisdicción de quien no se encontrara en condiciones de afrontar una condena que, empero, considera irrita ("Laperutta v.Chase Manhattan Bank",5.2.87,Fallos 310:192). ..” (“BUSTAMANTE WALTER CESAR C/PALAVECINO DANIEL HORACIO S/ REPETICIÓN”, (Expte. Nº 343.794/6-RESINT 17.05.2011 –Dres.Medori y Gigena Basombrío).

También la Sala II en su anterior composición sostuvo:

“(…)En tal sentido, vale señalar que aún cuando el replanteo de prueba de alguna manera se encuentra emparentado con la apelación por la naturaleza impugnatoria que ambos revisten, en rigor de verdad no son lo mismo. A más de ello señalan Azpelicueta y Tessone que: “Para acudir a este instituto no es menester que el interesado hubiera hecho reserva ante el juez de primer grado.

Tampoco que se haya contestado en primera instancia el traslado que se le confirió de la oposición de la contraria a la prueba, o del acuse de negligencia.” Y en una llamada aclaratoria: “Con anterioridad la reforma del art. 150 CPCN, se había declarado que si la parte no contestó el traslado del acuse de negligencia, el replanteo era inadmisible... Luego de la modificación de la ley 22.434, la falta de contestación del traslado no importa consentimiento de las pretensiones de la contraria. En el CPBA, el art. 150 conserva la redacción original” (“La Alzada. Poderes y deberes”-Librería Editora Platense-1993- pág. 105).

De esta manera y aunque nuestro código mantiene aquella redacción, por la razón apuntada en primer lugar la falta de contestación del traslado oportunamente conferido no enerva la facultad de efectuar el replanteo resultando procedente examinar la cuestión del modo que se hiciera. (…)” (MORALES REYES SERGIO C/ GUAJARDO ALEJANDRA NIDIA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. Nº 283498/2 RESINT 01.11.2005 Dres. Gigena Basombrío-Osti de Esquivel).

Y más claramente:

“Para finalizar, cierro mi exposición reiterando los conceptos vertidos al inicio, respecto a la interpretación gramatical del concepto, atento a que los argumentos allí consignados, luego de las enseñanzas aprehendidas a lo largo del camino hasta aquí transitado, se revitalizan indefectiblemente.

Es que, sería ocioso reproducir más fallos acordes, cuando lo que sí deviene conveniente puntualizar es que uno de los aspectos sobre los cuales se pone especial énfasis para avalar la tesis contraria, cual es la distinción que se formula entre “actos del tribunal” y “actos de la parte”, ha sido prácticamente ignorado por gran cantidad de pronunciamientos jurisprudenciales y cierta parte de la doctrina (detallados en el voto anterior, razón por la cual omito reiterarlos), al punto que, para esclarecer el intríngulis, la ley 17.454 –adoptada por nuestro Código Procesal, tal como surge del art. 1° de la ley 912- fue posteriormente reformada en el año 1.981, por la ley 22.434, adicionando expresamente al art. 315 la aclaración de que el consentimiento está referido a cualquier clase de actuaciones, ya sean éstas emanadas del Tribunal o de la parte contraria…." (HSBC BANK ARGENTINA S.A. C/ DERIAZ OSVALDO ALFONSO S/ COBRO EJECUTIVO" (resint-023-07-2008 Dres. Gigena Basombrío-Osti de Esquivel).

V.- Abordando entonces el memorial, y como anticipara, resulta relevante atender que es el propio demandado el que reconoce haber promovido acción de desaojo con motivo del contrato de locación que celebrara respecto del inmueble ocupado por la actora con sus hijos, y que fue a su pedido que obtuvo el corte del servicio de provisión de luz.

Que vale recordar que el art. 1.515 del C.Civil impone al locador que, después de entregada la cosa “está obligado a conservarla en buen estado y a mantener al locatario en el goce pacífico de ella por todo el tiempo de la locación, haciendo todos los actos necesarios a su objeto, y absteniéndose de impedir, minorar, o crear embarazos al goce del locatario”, y que el art. 1516- lo extiende a los supuestos derivados de la conducta del “locador, sus agentes o dependientes”.

Que la conducta asumida por el demandado –que reedita luego con la provisión del gas domiciliario- aparece vinculada a una modalidad dirigida a dificultar el uso del bien como mecanismo para obtener su restitución que debe cesar por tratarse de una vía de hecho reñida con el ordenamiento jurídico, y más agravado en el caso por la simple razón de concretarse a sabiendas del procedimiento judicial de desalojo como el que ha instado a los fines de dirimir pacíficamente un incumplimiento contractual como el que señala, lo afecta.

Asimismo, el acceso a los servicios públicos domiciliarios (electricidad, gas, teléfono, agua, etc.), constituye un derecho de raigambre constitucional de los ciudadanos- usuarios, en cuanto resultan imprescindibles para el desenvolvimiento de una vida digna en el estado actual de la civilización, y que excede incluso a las particularidades que pudo haber tenido el contrato de alquiler –cuyo contenido además se desconoce-, por el que el locador se arrogó conservar su titularidad ante los prestadores conforme facturas de fs. 5 y 6, y con ello preservar a su favor conductas como las que concretó.

Que entonces, lejos de relacionarse la re-conexión con la prestadora que no es parte en el proceso, en el caso resulta exclusivo resorte y se vincula con una atribución del demandado.

Que en definitiva, y aún con la provisoriedad del análisis que sobre los antecendentes expuestos este tipo de medidas habilita y sin

que ello importe prejuzgamiento, aquellos resultan suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho de la actora su calidad de ocupante al que accedió con motivo de un contrato de locación en el que la contraparte carga con expresos deberes, tanto como, el peligro en la demora que representa que las condiciones denunciadas se mantenga mientras se sustancia la causa, desde que obstan al destino de la vivienda al uso familiar denunciado (arts. 195 y 232 del CPCyC).

Que a los fines del art. 199 del CPCyC, la actora deberá prestar contracautela, y conforme lo expuesto, se estima suficiente la juratoria personal.

VI.- Que en conclusión, propiciaré al acuerdo que se revoque la decisión de grado, y previa caución personal se ordene al demandado a que dentro del plazo de tres días corridos de notificado cumpla con la conexión del servicio de luz y gas en el inmueble ocupado por la actora, bajo apercibimiento de cargar con el pago de astreintes por $2.000 fijados en beneficio de la última, por cada día de demora, que se aplicarán sin necesidad de intimación previa.

Todo ello con expresa imposición en costas en su calidad de vencido (art. 69 del CPCyC), a cuyo fin se regulan honorarios en la cantidad de cinco (5) ius conforme art. 9 de la L.A. vigente.

El Dr. Ghisini, dijo:

Voy a disentir en cuanto al alcance de la solución propiciada por el vocal que emite su voto en primer término.

Me explico, en función de los antecedentes fácticos suficientemente referidos por el colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellos, sólo me permito agregar que en virtud de la presencia de niños habitando el inmueble, y el interés superior de ellos, corresponde revocar la providencia atacada que denegara la medida cautelar, y en consecuencia admitirla, ordenado el restablecimiento del servicio de luz y de gas a favor de la señora Cintia Fernanda Navarro, DNI N° ..., en el inmueble ubicado en calle ..., de la ciudad de Neuquén; debiéndose a tal fin librar los oficios de estilo a CALF y Gas Camuzzi, respectivamente, estando a cargo de la parte interesada su confección y diligenciamiento, a fin de que las entidades mencionadas tomen conocimiento que la actora se encuentra autorizada para solicitar a su nombre -siempre que cumpla con los demás requisitos administrativos pertinentes- la conexión de tales servicios en el inmueble mencionado, hasta tanto se disponga su baja en el trámite principal.

En caso de no poder efectivizarse se deberá restablecer el medidor del titular que solicitara la baja, quien en caso de existir deuda podrá exigir su pago a la accionante. De uno u otro modo, la actora deberá prestar la correspondiente caución juratoria.

La situación planteada amerita la medida cautelar peticionada en atención a los derechos comprometidos, ya que la interrupción de los servicios de energía eléctrica y gas afecta directamente las condiciones dignas de subsistencia de los niños que habitan el inmueble junto a su madre.

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la

Dra. Patricia CLERICI, quien manifiesta:

En lo que es materia de disidencia adhiero a la opinión del Dr. Fernando Ghisini. Ello así ya que, tanto CALF como Camuzzi Gas del Sur, más allá de no ser partes en este expediente, son las prestatarias de los servicios públicos suspendidos en el domicilio de la actora, por lo que bien pueden ser compelidas a efectuar el restablecimiento de las prestaciones, en tanto el retiro de los medidores es consecuencia de una petición del demandado.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Revocar la providencia de fs. 38 y, en consecuencia, admitir la medida cautelar, ordenado el restablecimiento del servicio de luz y de gas a favor de la señora Cintia Fernanda Navarro, DNI N° ..., en el inmueble ubicado en calle ..., de la ciudad de Neuquén, debiendo procederse de la forma explicitada en los Considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68 2°apartado del 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. Patricia Clerici

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

**"CASIN HORACIO JUSTO C/ SAN CRISTOBAL SOC. MUTUAL DE SEGUROS GENERALES Y OTRA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 387194/2009"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 3332/2016) – Interlocutoria: 139/17 – Fecha: 04/05/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

HONORARIOS DEL PERITO. EJECUCION DE HONORARIOS.

1.- […] constituye un principio procesal que "El derecho de los peritos a reclamar el pago de los gastos y honorarios devengados, por regla, puede ejercerse indistintamente contra cualquiera de las partes, quienes se han beneficiado por la labor pericial. Ello sin perjuicio del derecho de éstas de repetir entre sí, según sea el cargo de las costas (conf. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de La Nación. Comentados y anotados", t. V-B, Ed. Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 474).

2.- Corresponde declarar procedente la ejecución de honorarios que el perito dirige a la parte demandada por el precio que excede a la proporción derivada de la imposición en costas -fue determinada la responsabilidad de cada una de las partes en el evento dañoso, 50% a cargo de la actora y 50% a cargo de los demandados-, pues tratándose de una obligación concurrente, el planteo –haber dado en pago la suma de $ 5079,50 correspondiente a la aludida proporción del 50 % de la condenación en costas- podrá plantearlo respecto a los restantes deudores, más no resulta oponible al acreedor.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 4 de Mayo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "CASIN HORACIO JUSTO C/ SAN CRISTOBAL SOC. MUTUAL DE SEGUROS GENERALES Y OTRA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 387194/2009" (Expte. JNQCI1 INC Nº 3332/2016) venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I- Que la parte demandada (San Cristóbal S.M.S.G y Hormix S.R.L.) interpone recurso de apelación subsidiaria contra el auto de fecha 31 de agosto de 2016 obrante a fs. 12/13, presentando memorial a fs. 14/16 y vta.; solicita se revoque por contrario imperio el auto atacado dejándolo sin efecto en su integridad, con una 'ejemplar' imposición de costas al ejecutante atento que conocía cabalmente la situación conforme surge de las constancias de autos y siendo que no es la primera vez que intenta ilegítimamente inducir a error y trabar embargo causando perjuicios irreparables.

Asevera que se da inicio a una ilícita ejecución de honorarios contra su parte por cuanto la certificación efectuada resulta incompleta dado que ha omitido contemplar la condena en costas y en que proporción, quien ha cancelado y en que medida los honorarios regulados al ejecutante ni que en los autos principales había expresado desinterés en la producción de la pericia a cargo del ahora 'ilegitimo' ejecutante.

Destaca que la juez de grado no ha considerado que ésta parte ha sido condenada en costas en una proporción del 50%, y que en dicha medida oportunamente fueron dados en pago cabalmente las acreencias correspondientes al ejecutante, en fecha 07/10/15 por $ 5079,50 e incluso el IVA respectivo el 04/02/16 por $ 1066,69.

Argumenta que lo fundamental inadvertido es que en ocasión de contestar citación y demanda en los autos principales que originan el presente incidente, se manifestó expresamente desinterés en la pericial psicológica, en los términos de lo dispuesto por el art. 478 inc.2°). Por ello, la ejecución dispuesta contra dicha parte, resulta improcedente ya que la labor del ejecutante no puede ser encuadrada en la excepción establecida en dicha norma.

Cita en apoyo a su pretensión lo resuelto por la Alzada, Sala I, en autos "Zapata Néstor c/Riva S.A. – Codam S.R.L. UTE y otro s/daños y perjuicios".

Corrido el traslado del recurso de revocatoria con apelación en subsidio planteado por la citada en garantía y demandado, el perito no contesta.

II.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis da por iniciada ejecución de honorarios contra Peralta Pino Alicia Erisnelda, San Cristóbal Soc. Mutual de seguros Generales y Hormix S.R.L., por la suma de $ 6.146, decretándose embargo ejecutorio sobre los fondos y cuentas que por cualquier concepto tengan los demandados en las entidades bancarias denunciadas hasta cubrir las sumas de $6146 en concepto de capital, con mas la de $10000 que provisoriamente se presupuesta para intereses, gastos y costas (cfr. fs. 12/13).

Que en el caso resulta relevante citar que, venidos en apelación los autos principales "PERALTA PINO ALICIA ERISNELDA C/ GOMEZ ALFREDO NICOLAS Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 387194/2009), del JUZGADO CIVIL Nro. 1, esta Sala III resolvió confirmar la sentencia de grado (19-06.2013) en lo que respecta al grado de responsabilidad de cada una de las partes en el evento dañoso, 50% a cargo de la actora y 50% a cargo de los demandados, y modificarla parcialmente, elevando el monto de condena ($168.300).

Que en punto a lo que aquí interesa, se tuvo en consideración los agravios formulados por la actora referidos a las conclusiones del perito psicólogo, quien dictaminó un claro cuadro de angustia que identifica como "trastorno por stress post traumático" generador de un 15 % de incapacidad, con descripción de cómo el accidente es percibido como un ataque a la seguridad, frente al cual la actora cuenta con muy escasos recursos defensivos, colocándola en una situación de gran fragilidad emocional.

A su vez, también vale recordar que en su oportunidad la juez de grado había resaltado la utilidad del dictamen para las partes, al sostener que: "…respecto al desinterés que invoca la demandada, si bien es cierto que obra su manifestación a fs. 33 en el escrito de contestación, también surge del expediente principal que atento la pericia psicológica producida a fs. 133/138, la demandada-citada (Dr. Diez) solicitó explicaciones al perito psicológico (fs. 185/186), las que fueron respondidas a fs. 197. Por tanto más allá del desinterés planteado, la pericia le ha resultado útil".

Que el nuevo CCyC en su art. 1255 contempla como disposición común para los contratos de obra y servicios que aquel que los presta tiene derecho a una "retribución" que en el art. 1255 se denomina "Precio", que puede estar determinado "por el contrato, la ley, los usos o, en su defecto, por decisión judicial".

A su vez, en el mismo cuerpo normativo reconoció el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina respecto a la caracterización de las obligaciones concurrentes que "son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes" (art. 850).

Que la regla de procedimiento local en materia de costas que recepta el art. 68 del CPCyC, se presenta como corolario del vencimiento, que tiene su fundamento en virtud de un imperativo razonable y equitativo de indemnizar un perjuicio concreto: los gastos provocados por el litigio que debió realizar la parte para obtener el reconocimiento de su derecho Fenocchietto, Carlos "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Tomo I pág. 290/295. Ed. Astrea).

Que en el caso, y aplicable, tampoco fue objetada la norma procesal contenida en el art. 478 del CPCyC que posibilita a la parte contraria a la que ofreció la prueba pericial "Manifestar que no tiene interés en la pericia, y que se abstendrá, por tal razón de participar en ella", estableciendo como consecuencia que "en este caso los gastos y honorarios del perito y consultor técnico serán siempre a cargo de quien lo solicitó, excepto cuando para resolver a su favor se hiciere mérito de aquella" (inc. 2°).

Ya en particular, entonces, constituye un principio procesal que "El derecho de los peritos a reclamar el pago de los gastos y honorarios devengados, por regla, puede ejercerse indistintamente contra cualquiera de las partes, quienes se han beneficiado por la labor pericial. Ello sin perjuicio del derecho de éstas de repetir entre sí, según sea el cargo de las costas (conf. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de La Nación. Comentados y anotados", t. V-B, Ed. Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 474).

Luego, a tenor de las citadas reglas sustanciales (art. 1251 y 1255 CCyC), quien haya peticionado su intervención siempre será deudor de los honorarios devengados; sin embargo, por el carácter de auxiliar del juez, las normas procesales hacen emerger que sea otra también la fuente de la obligación en relación a otros sujetos, como es el supuesto de aquel que resulta condenado en costas, si es que es una persona distinta al que solicitó la pericia; agregándose también que resulta obligada aún la parte que se

opuso a su producción si "cuando para resolver a su favor se hiciere mérito de aquella" (la pericia).

Que conforme el marco fáctico y jurídico expuesto, y muy particularmente por llegar consentido aquello sentado en la sentencia definitiva acerca de la utilidad de la pericia psicológica, no queda más que confirmar la procedencia de la ejecución que el perito dirige a la parte por el precio que excede a la proporción derivada de la imposición en costas, desde que tratándose de una obligación concurrente, el planteo podrá plantearlo respecto a los restantes deudores, más no resulta oponible al acreedor.

III.- Que conforme las razones expuestas, propiciaré al acuerdo rechazar el recurso interpuesto, con costas a cargo de la ejecutada recurrente, en su calidad de vencida (art. 68 y 69 del CPCyC); regúlanse los honorarios de los letrados intervinientes en el 2% que oportunamente resulte de la planilla que se practique.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar el auto dictado a fs. 12, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la ejecutada recurrente en su calidad de vencida (art. 68 y 69 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% 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 a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"CHERQUI JULIO ARGENTINO C/ EL COMERCIO CIA. DE SEGUROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 502868/2014) – Interlocutoria: 102/17 – Fecha: 08/06/2017

DESTRUCCION TOTAL DEL AUTOMOTOR. UNIDAD CERO KILOMETRO. CONTRATO DE SEGURO. SILENCIO DEL ASEGURADOR. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA. DAÑOS Y PERJUICIOS. INDEMNIZACION POR DAÑO. PRIVACION DE USO DEL AUTOMOTOR. DAÑO MORAL. DEFENSA DEL CONSUMIDOR. SANCIONES CIVILES.

1.- Resulta responsable la aseguradora demandada debiendo indemnizar al actor en concepto de indemnización por destrucción total del vehículo del accionante, entregando al asegurado un vehículo cero kilómetro de la misma marca y modelo que el asegurado o en su caso el valor de un vehículo cero kilómetro de similares características, dado que el hecho de que la factura de compra lleve una fecha posterior a la emisión de la póliza de seguros, no implica la inexistencia de ésta última, pues conforme los usos y costumbres, suele ocurrir que en algunos casos las concesionarias no reciben dinero directamente en sus sucursales, sino que emiten la factura de compra una vez que el comprador les acredita el depósito bancario del importe de gastos y valor pactado de la unidad. Por otra parte, del informe de dominio histórico de titularidad, emitido por Registro de Propiedad Automotor, surge que desde que la unidad era cero kilómetro, el único propietario fue el actor, situación que resulta coherente con las demás constancias obrantes en la causa, de donde se desprende que el actor con anterioridad al retiro de la unidad y a su patentamiento, y con posterioridad hasta la ocurrencia del siniestro, tenía

asegurada su camioneta en la compañía que aquí demanda.

2.- Procede confirmar la indemnización fijada por el juez de grado en $50.000, conforme el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, desde que se pueden compartir o no los motivos expuestos por la a quo a los fines de aplicar la sanción civil, pero estaba a cargo del apelante disconforme -y no lo hizo-, expresar los motivos que justificaron mantener una actitud pasiva frente a su asegurado, traducida en la falta de respuestas no sólo a las intimaciones que le fueran cursadas, sino también frente al inicio de una demanda que no ha recibido respuesta de su parte.

3.- Cuando se trata de un vehículo afectado al uso particular, la sola privación de su uso 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 el caso, precisamente la destrucción de la camioneta conlleva como consecuencia necesaria la no utilización del bien, y consecuentemente, el perjuicio derivado de dicha privación se presume, debiendo el actor utilizar otros medios de transporte para el desarrollo de sus actividades diarias.

4.- Teniendo en cuenta los lineamientos dispuestos por el art. 522 del Código Civil, y habiendo el actor acreditado no sólo la existencia de complicaciones en su vida diaria que ha generado la actitud despreocupada de la aseguradora demandada frente a sus legítimos reclamos, sino también la existencia de afectación de índole personal y espiritual, traducidos en la angustia, desazón, inquietud, ansiedad y mal animo, procede la indemnización del daño moral.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CHERQUI JULIO ARGENTINO C/ EL COMERCIO CIA. DE SEGUROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, (Expte. JNQCI6 Nº 502868/2014), venidos en apelación a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. 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 dictada en la instancia de origen a fs. 177/182, hace lugar a la demanda interpuesta y condena a Royal & Sun Alliance Seguros (Argentina) S.A. –continuadora de El Comercio Cia. de Seguros a Prima FijaS.A.-, a abonarle al actor Julio Argentino Cherqui la suma de $90.000 en concepto de indemnización por destrucción total del vehículo LVE – 380 y daños, con más sus intereses y costas.

Ese decisorio es apelado por la Compañía de Seguros a fs. 187 y por la parte actora a fs. 190.

A su turno, a fs. 185 el perito psicólogo apela sus honorarios por bajos; y a fs. 187 la aseguradora también apela los regulados al perito psicólogo y a la letrada del actor, por considerarlos altos.

II.- a) Agravios de la demandada (fs. 192/194 y vta.)

En primer lugar, manifiesta que resulta improcedente la indemnización de $30.000 otorgada en la sentencia en concepto de privación de uso del automotor.

Afirma, que el actor no acompaña comprobante alguno que acredite haber efectuado erogaciones con motivo de la supuesta privación de uso. Tampoco señala ni acredita cuales son las actividades que llevaba a cabo diariamente y que no pudieron concretarse.

Considera, que la a quo no determina de manera razonable el monto de dicha indemnización.

En segundo lugar, dice que el daño moral no resulta viable, pues para que sea procedente es necesario que exista una intención dolosa de su autor, y además, se debe demostrar que el actor ha sufrido perjuicios de carácter extrapatrimoniales, suficientes para justificar su reclamo.

Señala, que el perito psicólogo en su informe menciona que el actor sufrió muchas complicaciones, traducidas éstas en tener que pedir ayuda a sus familiares, pero no menciona que sufra algún tipo de depresión.

Dice, que la juez funda la procedencia del daño moral en meras declaraciones efectuadas por el actor al perito psicólogo, en donde manifiesta que padece angustia, frustraciones, ansiedades, etc., sin que se haya acreditado objetiva y fehacientemente esos padecimientos, y que de existir, ellos estuvieran relacionados con el incumplimiento contractual de su mandante.

En tercer lugar, se agravia por la aplicación de daño punitivo, ya que se justifica su condena en el incumplimiento contractual.

Advierte, que no cualquier incumplimiento contractual o legal puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil que condene al incumplidor a reparar fuera de los límites del perjuicio efectivamente sufrido.

Indica, que la sentencia considera únicamente para la procedencia del daño punitivo el aspecto objetivo del incumplimiento, sin verificar las consecuencias del aspecto subjetivo, traducido este en la presencia de dolo del deudor, circunstancia no acreditada en autos.

A fs. 196/199 el actor contesta los agravios, solicitando su rechazo con costas.

II.- b) Agravios de la parte actora (fs. 200/203)

Menciona, que la juez de grado omite analizar de manera exhaustiva la documental adjuntada al escrito de demanda, pues conforme surge de fs. 26, el contrato de seguros fue celebrado el 05/10/2012, cuya vigencia se extendió hasta el día 22/12/2012, momento en el cual se celebró una extensión del mismo contrato, según se advierte a fs. 27.

Aclara, que la póliza contratada es la misma, ya que su vigencia permaneció ininterrumpida y ello se desprende de los datos, tales como: partes contratantes, número de póliza: 0026922337; rodado asegurado: número de chasis, motor, etc.

Entiende, que se dan los presupuestos exigidos en la póliza -Cláusula Adicional PKI CA-CC 11.1 y 11.2, a los fines de la entrega de una unidad cero kilómetro de la misma marca y modelo.

En segundo lugar, considera exigua la sanción por daño punitivo, fijado en la suma de $50.000 sin intereses.

Refiere, que la demandada decidió no dar cumplimiento a su obligación, pues no solo –tal como se desprende de la documentación acompañada- tomó conocimiento de toda información respecto del siniestro a través del actor, quién se puso a su disposición dando cumplimiento a todos los pasos administrativos requeridos, sino que fue la propia compañía, quién efectuó a través de la Sra. María Perla Reale -gestora- junto al actor, los trámites pertinentes para darle la baja a la camioneta, conforme se encuentra acreditado en la causa a fs. 125/127.

Indica, que la demandada eligió incumplir con su deber, lo cual generó un grave perjuicio económico y de salud para el accionante, conforme se encuentra probado con prueba testimonial e informe pericial (fs. 90, 91, 93, 94, 114 y 120), al mismo tiempo que obtenía un enriquecimiento al utilizar el dinero del seguro que no abonó.

A fs. 205/206 la aseguradora contesta el traslado del recurso, solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de los agravios formulados por las partes, por razones metodológicas debo comenzar por los de la parte actora.

Así entonces, observo que la controversia inicial de las partes se circunscribe al comienzo de la existencia del vínculo contractual entre la aseguradora y el actor; ya que mientras la primera desconoce la vigencia del seguro desde la adquisición por parte del actor de la unidad cero kilómetro, éste manifiesta lo contrario.

Por su parte, en la sentencia de grado si bien se tiene por reconocida la relación que vinculara a las partes, esto es: la contratación del seguro, la denuncia del siniestro, la recepción de las Cartas Documento de fs. 141/143, y la autenticidad del resto de la prueba documental acompañada por el accionante; sin embargo, la jueza considera que al momento de la contratación de la póliza (22 de diciembre de 2012) el actor no ha logrado acreditar que la unidad siniestrada era 0 km. Para llegar a tal conclusión, tuvo en cuenta que la factura de compra de la camioneta era del 9 de octubre de 2012, dos meses y medio antes de la emisión de la póliza, y la fecha de inscripción en el RPA fue el 12 de octubre de 2012, y frente a ello no se expuso en la demanda que la unidad fue entregada en forma concomitantemente con la contratación del seguro.

Ahora bien, a los fines de evaluar si al momento de la contratación del seguro en El Comercio, la camioneta del actor era cero kilómetro o no, debo tener en cuenta que, conforme surge de la sentencia, la autenticidad de la documentación adjuntada por éste ha quedado debidamente reconocida.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la documentación adjuntada a fs. 26/62, considero que le asiste razón a la parte actora, en cuanto a que a la fecha de la contratación del seguro, el rodado dominio: LVE-380, era una unidad cero kilómetro.

Conforme surge del comprobante de póliza número: 002692237/000002 (v. fs. 26), con vigencia del 05/10/2012 al 22/12/2012, la compañía “El Comercio” aseguró a favor del actor –Julio Argentino Cherqui- la unidad identificada como: Toyota Hilux D/12 3.0 DC 4X2 TDI SRV C; Motor: 1KD-5813963- 84, chasis número: 8AJYZ59GXC3062738, Matrícula/ placa: A/D (a determinar).

De dicha póliza se desprende que efectivamente el accionante en forma previa a retirar la unidad y patentarla, ya que solo contaba con los datos de marca, número de motor y chasis, procedió a asegurarla la firma demandada, pues de lo contrario no se explica cual ha sido la causa por la cual la aseguradora "EL COMERCIO" con fecha 05/10/2012 emite una póliza a favor del señor Cherqui, individualizando los datos de la camioneta con los que contaba el asegurado en ese entonces.

Cabe mencionar, que si bien la factura de compra de la unidad de fecha: 09/10/2012 (v. fs. 52), como la inscripción de la camioneta en el Registro de Propiedad Automotor del 12/10/2012, son posteriores a la contratación primigenia del seguro, conforme póliza (fs. 26) del 05/10/2012, lo cual no implica -salvo prueba en contrario- que aun antes de su inscripción y de la emisión de la factura de compra, el vehículo del actor no estuviese asegurado.

Ello es así, en función de que es perfectamente viable que se emita una póliza de seguros sobre una unidad que en ese momento no se encuentre patentada, siempre y cuando se pueda individualizar la unidad con número de chasis y de motor, tal lo ocurrido al emitirse la póliza que obra a fs. 26.

Asimismo, el hecho de que la factura de compra lleve una fecha posterior a la emisión de la póliza de seguros, tampoco implica la inexistencia de ésta última, pues conforme los usos y costumbres, suele ocurrir que en algunos casos las concesionarias no reciben dinero directamente en sus sucursales, sino que emiten la factura de compra una vez que el comprador les acredita el depósito bancario del importe de gastos y valor pactado de la unidad.

Por otra parte, del informe de dominio histórico de titularidad, emitido por Registro de Propiedad Automotor (fs. 99/100 y vta.), surge que desde que la unidad era cero kilómetro, el único propietario fue el Sr. Cherqui, situación que resulta coherente con las demás constancias obrantes en la causa (póliza de fs. 26 a fs. 48, y fs. 156/175) de donde se desprende que el actor con anterioridad al retiro de la unidad y a su patentamiento, y con posterioridad hasta la ocurrencia del siniestro, tenía asegurada su camioneta, dominio LVE-380, en la compañía que aquí demanda.

En función de las consideraciones expuestas, entiendo que el demandante ha logrado acreditar los recaudos establecidos para que el valor de la unidad se liquide en la forma dispuesta en el contrato de seguro, conforme cláusula PK1 CA-CC-11.1, que establece: "En virtud de haberse asegurado la unidad desde cero kilómetro, por cuanto el asegurado ha presentado copia del certificado de no rodamiento o en su defecto de la factura de compra, con sus respectivos originales, en caso de siniestro por pérdida total del vehículo por un riesgo cubierto por la póliza, que haya ocurrido durante el primer año de vigencia del seguro, el asegurador entregará al asegurado en concepto de indemnización un vehículo cero kilómetro de la misma marca y modelo que el asegurado, una vez que el asegurado haya recibido la documentación a que se refiere la cláusula CG-CO 3.1 Prueba instrumental y pago de la indemnización en las condiciones generales de la póliza y su anexo. En caso de discontinuarse la fabricación de vehículos de la misma marca y modelo que el asegurado, el asegurador indemnizará con un vehículo de similares características, hasta un valor máximo igual a la suma asegurada especificada en el frente de la póliza" (v. fs. 170).

De modo, propiciare al acuerdo que se haga lugar al primer agravio y en consecuencia se proceda a entregar al asegurado un vehículo cero kilómetro de la misma marca y modelo que el asegurado o en su caso el valor de un vehículo cero kilómetro de similares características, conforme valor de plaza.

En otro orden, en cuanto al daño punitivo, que fuera cuestionado por ambas partes, por motivos de buen orden lo abordaré en forma conjunta.

Así, el demandado critica la sentencia porque fue condenado al pago de dicho rubro, al fijarse una indemnización de $50.000, conforme el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, por considerar que la conducta de la aseguradora de no dar respuesta a los reclamos del actor, al guardar silencio a las intimaciones cursadas por cartas documento, no respondiendo tampoco pese a estar reconocido el siniestro y baja del vehículo, sin alegar justificativo alguno, que configura una omisión grosera y deliberada que habilita la sanción en los términos de la mencionada norma.

Frente a ello dice que el a quo justifica su condena en el incumplimiento contractual y afirma que no cualquier incumplimiento puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil.

Ahora bien, observo que en la sentencia de grado no se impuso automáticamente dicha sanción civil, por el solo hecho de haber verificado un incumplimiento contractual por parte de la aseguradora demandada, sino que partiendo de un hecho objetivo como es el incumplimiento, evaluó la conducta que asumió la demandada antes y durante el inicio de este proceso, llegando a la conclusión de que su falta de respuestas- dentro del contexto dado en el que la aseguradora reconoció el siniestro- configura una negligencia grosera que habilita la aplicación de la sanción establecida en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Se pueden compartir o no los motivos expuestos por la a quo a los fines de aplicar la sanción civil, pero estaba a cargo del apelante disconforme, expresar los motivos que justificaron mantener una actitud pasiva frente a su asegurado, traducida en la falta de respuestas no sólo a las intimaciones que le fueran cursadas, sino también frente al inicio de una demanda que no ha recibido

respuesta de su parte.

Todos estos motivos, resultan suficientes para mantener la sanción civil dispuesta en la instancia de grado, por lo que propiciaré su confirmación.

Respecto de la suma fijada por tal concepto de $50.000, a mí criterio no resulta exigua si se tiene en cuenta la vinculación existente entre las partes, contrato de seguro, la actitud asumida por la demandada antes y durante el proceso y la indemnización otorgada por los demás perjuicios que dicha demora han causado al actor.

Por lo que, considero que el a quo, utilizando las facultades que le confiere el art. 165 del CPCyC, ha evaluado correctamente el quantum por el que prospera dicho rubro.

Por lo que, dicho agravio será rechazado, confirmándose en consecuencia el monto por el que prospera el daño punitivo. Ahora, con respecto a los intereses del mencionado rubro, dada la naturaleza no resarcitoria, entiendo que la obligación de su pago, surge a partir de su imposición, por lo que recién, en el supuesto de no ser abonada en el plazo establecido para el cumplimiento de la sentencia (10 días), devengará intereses, los que en este caso, se calcularán a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén.

En relación a los agravios de la aseguradora, con relación a la indemnización fijada en concepto de “privación de uso de automotor”, al exponer que el actor no acompañó comprobante alguno que acredite haber efectuado erogaciones con motivo de la supuesta privación; y al señalar que tampoco indicó qué actividades se vieron afectadas como consecuencia de dicha carencia.

Al respecto debo decir que, cuando se trata de un vehículo afectado al uso particular, la sola privación de su uso 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 el caso, precisamente la destrucción de la camioneta conlleva como consecuencia necesaria la no utilización del bien, y consecuentemente, el perjuicio derivado de dicha privación se presume, debiendo el actor utilizar otros medios de transporte para el desarrollo de sus actividades diarias.

En ese sentido, la Jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que: “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).

Por lo expuesto, y por compartir los fundamentos del juez de grado, rechazaré el presente agravio.

En cuanto a la procedencia del daño moral, examinadas las actuaciones se advierte que el thema decidendum en esta instancia consiste en determinar si fue acertada –o no- la apreciación efectuada por la a quo para hacer lugar a esta especie de daños.

Así entonces, luego de un minucioso examen de la causa, entiendo que la solución propiciada en la anterior instancia respecto de esta cuestión debe ser confirmada.

En punto a la procedencia del daño moral, y atendiendo a las particularidades de la especie, la realidad es que el recurrente aporto elementos de convicción suficientes que autorizan a considerar configurado el daño moral que alegó haber padecido, de conformidad con lo previsto por el art. 377 del Código Procesal.

Así, del dictamen pericial obrante a fs. 115/121 y vta, surge que la conducta asumida por la demandada le genero al actor no sólo complicaciones en su vida y rutina diarias, sino también: angustia, indignación, ansiedad, desazón, impotencia, frustración, decaimiento y bronca, es decir, se vio afectado a nivel personal.

En tal sentido, a fs. 116, en el dictamen aludido el perito psicólogo expresó:

“Siente angustia e indignación por tener que reclamar algo que le corresponde.

Ha tenido que pedir permiso en su trabajo, muchas veces, para poder hacer trámites en la aseguradora sin tener respuesta… Dice el actor: “Hoy en día estamos bien de salud, pero hay algo que esta rondando que es el malestar porque el seguro no nos responde. Me ha pasado que lloro por ponerme a pensar en todo lo que invertí en un vehículo para estar bien con mi familia y ahora me pasa esto. Es mucha indignación y uno piensa y piensa…”.

A fs. 119 vta, el experto, luego de haber efectuado los distintos test al actor, llega a la siguiente conclusión: “La situación de haber sufrido falta de respuesta satisfactoria por parte de la aseguradora, luego del accidente en que la camioneta quedo prácticamente

destruida, le generó complicaciones en sus rutinas diarias y en su proyecto de vida, debiendo hacer algunas modificaciones (solicitar ayuda a familiares, principalmente de algún vehículo ya que vive en zona alejada). Actualmente presenta ansiedad, pensamiento concurrente, frustración, abatimiento, perturbación del sueño y decaimiento, limitando su capacidad de goce y esparcimiento, generando un nivel elevado de estrés que además incrementa el malestar cervical del actor, como consecuencia del accidente. En las pruebas administradas se encontraron los siguientes indicadores, que confirman lo dicho por el actor: Ansiedad- Conducta introvertida- Perturbación emocional- Sentimientos de inadecuación - Temor a la acción independiente- Falta de seguridad- Bajo nivel energético- Depresión. Es por ello que podemos afirmar que el accidente y sus consecuencias han generado un trastorno en su estado de animo, que denominamos: Trastorno Adaptativo Mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo.".

Si bien, la pericia fue impugnada por la accionada, considero que el cuestionamiento efectuado por al aseguradora no tiene virtualidad suficiente para desvirtuar las conclusiones del experto que aclara que no encontró en el actor indicadores de simulación.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los lineamientos dispuestos por el art. 522 del Código Civil, el actor ha acreditado no sólo la existencia de complicaciones en su vida diaria que ha generado la actitud despreocupada de la demandada frente a sus legítimos reclamos, sino también la existencia de afectación de índole personal y espiritual, traducidos en la angustia, desazón, inquietud, ansiedad y mal animo, por lo que en función de todo lo expuesto y compartiendo los fundamentos de la juez de grado, rechazaré dicho agravio, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravio y en consecuencia, confirmare la procedencia del daño moral.

En relación a la apelación de honorarios del perito psicólogo, diré que teniendo en cuenta la extensión, calidad y utilidad del informe de fs. 115/121 para la presente causa, el porcentaje por sus honorarios profesionales que se determina en la instancia de grado, resulta reducido, por lo que propiciare su elevación al porcentaje del 3%.

En cuanto a los honorarios de los letrados de la actora, examinada la causa, a la luz de lo prescripto por los artículos 6, 10, 7 y 20 de la Ley nº 1594, y realizados los cálculos pertinentes se observa que los emolumentos son ajustados a derecho, imponiéndose su confirmación.

IV.- Por todo lo expuesto, acogeré favorablemente el agravio de la parte actora en orden a la forma en que corresponde liquidar los daños materiales productos del siniestro, debiéndose en consecuencia, proceder de conformidad con lo pactado en la cláusula PKI CA-CC 11.1, obrante en la póliza de fs. 43, rechazando los demás agravios interpuestos por su parte.

Rechazar los agravios expuestos por la parte demandada, confirmándose la sentencia en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

Las costas correspondientes a esta segunda instancia, teniendo en cuenta el resultado obtenido, serán impuestas a la demandada, debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia, conforme las pautas otorgadas por el art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 177/182, en cuanto a la forma en que corresponde liquidar los daños materiales productos del siniestro, debiéndose en consecuencia, proceder de conformidad con lo pactado en la cláusula PKI CA-CC 11.1, obrante en la póliza de fs. 43, confirmándola en lo demás que fuera materia de recursos y agravios.

2.- Elevar los honorarios del perito psicólogo ..., al 3%.

3.- Confirmar los porcentajes de honorarios de los letrados fijados en la instancia de grado, por resultar ajustados.

4.- Imponer las costas de Alzada a la demandada (art. 68 C.P.C.C.).

5.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

6.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

**"BARROS FABIANA EDITH Y OTRO C/ MONTERO CARRASCO CINDY NOEMI Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 333621/2006) – Interlocutoria: 103/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. BOCACALLE. CICLISTA EMBESTIDO. RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR DEL AUTOMOVIL. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. PAGO DE LA PRIMA. POLIZA DE SEGURO. ALCANCE DE LA COBERTURA. SUSPENSION.

1.- Corresponde confirmar la decisión de grado que no extiende los efectos de la condena a la aseguradora al considerar que la demandada no cumplió con la obligación de pago de la prima, toda vez que pactada expresamente la suspensión automática de la cobertura, durante el lapso operado entre el vencimiento acordado de la quinta cuota y su pago tardío (02.02.2005), por aplicación del art. 31 de la Ley 17.418, la aseguradora no estaba obligada a responder por las indemnizaciones derivadas del siniestro que se produjo dentro de este lapso no cubierto (01.02.2005).

2.- Procede confirmar la decisión de grado en cuanto atribuye al conductor del rodado mayor la responsabilidad exclusiva y excluyente en la colisión que generó el daño reconocido a las víctimas, pues de acuerdo a los términos de la evaluación que hace el perito accidentólogo, acerca del croquis y haber concurrido al lugar, la causa eficiente de la colisión radica en que el vehículo se presenta en la intersección cuando los ciclistas habían transpuesto la bocacalle, y que la conductora de aquel no percibió la presencia de éstos y sin incidencia causal la circunstancia de que fueron los embistentes, porque el rodado mayor “obstruyó el paso de la bicicleta.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de junio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BARROS FABIANA EDITH Y OTRO C/ MONTERO CARRASCO CINDY NOEMI Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, (Expte. JNQCI3 Nº 333621/2006), venidos en apelación 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. 578/580 obra la expresión de agravios de las co-demandadas fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 02.03.2016 (fs. 545/553); piden se revoque en la parte que detallan, con costas.

Cuestionan la decisión de grado porque no extiende los efectos de la condena a la aseguradora al considerar que su parte no cumplió con la obligación de pago de la prima constituyendo una errónea aplicación de lo previsto por el art. 31 de la Ley 17418, cuando ha quedado establecido que eran aseguradas, clientes de la compañía, conforme contrato que en sus condiciones particulares indica claramente que se pacta una prórroga automática mensual en caso hasta el 27 de febrero de 2005 (las 12 hs); que se agregaron las constancia de pago de la prima en la modalidad convenida por las partes, o sea, mediante el pago hecho al productor habilitado; que el recibo agregado es similar y más completo que los demás; que según la pericia el productor que recibió el pago en nombre de la aseguradora no lo ingresó, resultando ello ajeno a su parte que efectivamente pagó; que éste admitió que no lo ingresó de inmediato pues refiere plazos al respecto, más no por ello puede tenerse por inválido y/o no hecho del modo y

fecha convenido; que no operó la caducidad porque la aseguradora fue notificada y asumió el siniestro, intentando un acuerdo con los actores y haber concurrido a su domicilio en la fecha del accidente.

Que les causa agravio que el juez de grado haya asimilado a la colisión acaecida con la de un peatón y un auto, atento a que en el caso se trataba de dos ciclistas que iban a velocidad, incluso mayor a la de paso de hombre; que constituye un error que se considera que su parte no tenía derecho de paso, y que las víctimas circulaban a su izquierda y fueron las embistentes; que el perito se rectificó señalando que el auto obstruyó el paso, debiéndose considerar que la responsabilidad en este caso es posible morigerarla, considerando que el ciclista mayor corría con el niño y lo golpea, con cumpliendo con su deber de cuidado y precaución; solicita que subsidiariamente y sin que implique reconocimiento disponga una culpa concurrente en un porcentual del 80% al ciclista y un 20% al conductor.

Que en base a la responsabilidad compartida, piden se haga lugar al rubro daño moral que fue objeto de reconvención, porque éste se evidencia nítidamente al haber sometido a su parte a una injusta situación litigiosa de más de 10 años, con aflicciones propias de quienes encuentra en juicio y con la incertidumbre de la sentencia, que como en este caso, por error y omisión se ha violentado el principio de igualdad ante la ley y desconocidos sus derechos, defensas esgrimidas y prueba aportada.

II.- Sustanciados los agravios, responde la parte actora a fs. 582 y la aseguradora a fs. 583/586; piden se rechace la apelación con costas.

La primera destacando que las demandadas no acreditaron la culpabilidad de las víctimas, y la segunda, por ausencia de una crítica concreta, que el planteo de la actora resulta violatorio del principio de congruencia, y que resulta de aplicación el onus probandi que corresponde a todo litigante.

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios de los codemandados y aseguradora citada, habré de seguir aquellos postulados y argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, tal como lo ha sostenido invariablemente nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pág. 466).

Que en lo que es materia de recurso, la sentencia en crisis con fundamento en el art. 31 de la L.S. y las conclusiones de la pericia contable, en primer lugar, hace lugar a la defensa de suspensión de la cobertura por falta de pago al tiempo del siniestro de cobertura; luego, atendiendo a la falta de controversia sobre la ocurrencia del siniestro, rodados y personas involucradas, establece aplicable la presunción de responsabilidad objetiva prevista en el art. 1.113 segunda parte del Código Civil por la intervención de un automotor y ciclistas, y con apoyo en la pericia accidentológica, atribuye responsabilidad exclusiva al conductor del primero por haber obstruido el paso de los segundos, constituyendo el elemento desencadenante del accidente y causa eficiente del mismo.

Que inicialmente, y por razones de método respecto a las defensas articuladas, se tratarán los agravios siguiendo el orden establecido en la sentencia apelada.

A.- Cabe señalar que en la especie el Contrato de seguro involucrado en los presentes (fs. 345/356) incluye la Cláusula Adicional 100: Cláusula de Cobranza del Premio, donde se contempla que “Vencido cualquier de los plazos de pago del premio exigible sin que éste se haya producido se interrumpirá el proceso de prórroga de vigencia de la póliza, y la cobertura quedará automáticamente suspendida dese la hora 24 del día de vencimiento impago, sin necesidad de interpelación extrajudicial o judicial alguna constitución en mora, la que se producirá por el solo vencimiento de ese plazo … Toda rehabilitación surtirá efecto desde la hora cero (0) del día siguiente a aquel en que la Aseguradora reciba al pago del importe vencido” (fs. 356), y a su respecto se acreditó que la aseguradora comunicó el RECHAZO del siniestro acaecido el 01 de febrero de 2005 “al configurarse la causal prevista en la Cláusula 100 “Cobranza del premio” de las Condiciones Generales de la póliza y artículo 31 de la Ley 17418 que afectara al contrato Nª 17/02/87016”, y que conforme lo informa el Correo Argentino la misiva fue recepcionada por la asegurada el 12.03.2005 (fs. 223/224).

Que a los fines de demostrar el pago, la demandada aporta un recibo fechado el 07 de enero de 2005 en concepto de “Pago Pza 87016” (fs. 43) con la identificación de un productor de seguros quien al declarar explica que la firma en el documento es de su hijo, que estaba autorizado a suscribir recibos, que corresponde al mes de vigencia enero del año 2005, y que no recuerda haberlo ingresado a la aseguradora, que lo hacen todos los fines de semana, que si recuerda que lo rindió varios días después de la fecha que indica el recibo (fs. 249).

Que la pericial contable producida da cuenta del examen realizado sobre las planillas de cobranzas correspondientes al contrato y

su ejecución, informando que se concretaron el 17.09.2004, 27.10.2004, el 13.01.2005 –dos cuotas-, 02.02.2005 y 17.02.2005, con detalle del listado: Cuota 1 vto. 05/09/04 $69 Fecha de pago 17/09/04; Cuota 2 vto. 18/10/04 $69 Fecha pago 27/10/04; Cuota 3 vto. 18/11/04 $69 Fecha pago 13/01/05; Cuota 4 vto. 18/12/04 $69 Fecha pago 13/01/05; Cuota 5 vto. 18/1/05 $69 Fecha pago 02/02/05 y Cuota 6 vto. 18/02/05 $69 Fecha Pago 17/02/05" (fs. 342vta/343), aclarando luego que "La Sra. Montero Carrasco Cindy registra deuda desde la hora 24 del 18 de enero de 2005 hasta la cero hora del 3 de febrero de 2005".

Que el art. 31 de la Ley de Seguros establece: "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 de su pago…".

En este sentido ha entendido la jurisprudencia que: "Si el asegurado no paga la prima correspondiente al seguro contratado, el asegurador no cubre los daños producidos por el asegurado, no respondiendo en forma alguna por la cobertura a la que se obligó pero si después de la mora el asegurado da cumplimiento a sus deberes, la vigencia del contrato de seguro se debe computar desde el momento en que se regulariza el importe de la prima, sin que pueda acordársele efecto retroactivo al pago efectuado (conf. C.N.Civ. Sala H, "Castro, Alfredo Carlos c/García, Ricardo D. s/daños y perjuicios" del 8/4/87)." Autos: PUGLIESE, Oscar Rafael c/BACIGALUPI, Jorge Federico s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent. C. H13901- Magistrados: CIPRIANO - Civil - Sala H - 29/04/1994.

"En el contrato de seguro, la obligación de indemnizar es el correlato del pago de las primas y la suspensión de la cobertura, una institución peculiar para el supuesto de mora en su pago funciona como una verdadera pena privada; una caducidad en potencia. Los pagos efectuados con posterioridad al siniestro no tienen otro alcance que la rehabilitación de la cobertura, con efecto desde el momento fijado en la cláusula de cobranza. No se trata de una hipótesis de caducidad del seguro sino de suspensión de cobertura." Autos: KRELL, HORACIO ALBERTO C/CONSTRUCTORA BUENOS AIRES SA S /SUMARIO.- Mag. MORANDI- PIAGGI- DIAZ CORDERO- 15/06/1989).

"Por haberse pactado expresamente la suspensión automática de la cobertura, durante el lapso operado entre el vencimiento acordado de la segunda cuota y su pago tardío (17.10.1994), por aplicación del art. 31, Ley 17.418 no existe obligación de indemnizar el siniestro que se produjo dentro de este lapso no cubierto (CNCiv. Sala C, "Scardillo", fallo:19.12.1996; Sala G, "Mancuso", 15.9.1989). Ningún derecho en vigencia tenia el asegurado durante el periodo de suspensión, ya que la introducción de este instituto en el art. 31, ley 17.418, no sólo tiende a mantener la integridad de la prestación por el tomador del seguro, sino también alcanza un carácter sancionatorio para motivar el cumplimiento colectivo, general y oportuno, de la obligación de pagar la prima (cfr. Stiglitz, Ruben y Gabriel, "Contrato de seguro", Ed. La Rocca, pag. 444). La falta de pago en término provocó la cesación temporaria de la cobertura entre el 5 (vencimiento) y el 17 de octubre de 1994 (pago de la cuota), de tal manera que el derecho que buscó el asegurado al contratar permaneció en suspenso durante este periodo, por lo cual el asegurador se ve eximido de la obligación de indemnizar los siniestros producidos durante la suspensión (cfr. Halperín, Isacc "Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418 Y 20.091", pag. 411 y sig. esp. Punto 22, apartado "a", 25 y 26). Autos: Lawsa S.A. C/Sud América Cia. de seguros de vida y patrimoniales S.A. S/seguro aeronáutico. Causa n 42.184/95. de las Carreras - Farrell - Perez Delgado 27/05/1999).

Que como bien analiza el juez de grado no puede atribuirse el recibo de fecha 07.01.2005 al pago de la cuota 5 de la prima que vencía el 18.01.2005 y que comprendía a la fecha en que se produjo el siniestro el 01 de febrero de 2005, porque más allá que no se imputa a concepto alguno, y en su caso, conforme la pericia contable se trata de uno de los dos pagos de cuotas anteriores que en forma simultánea aparecen ingresadas recién el 13.01.2005, y correspondiente a las número 3 y 4.

Luego, es indudable que la cuota a la que se refiere el testigo nunca pudo haber sido la 5 porque admite que la correspondiente al recibo del 07.01.2005 lo ingresó varios días después, no recordándolo, mientras que según la pericia aquella fue ingresada el 02.02.2005, es decir, al dìa siguiente del siniestro.

En definitiva, pactada expresamente la suspensión automática de la cobertura, durante el lapso operado entre el vencimiento acordado de la quinta cuota y su pago tardío (02.02.2005), por aplicación del art. 31 de la Ley 17.418, la aseguradora no estaba obligada a responder por las indemnizaciones derivadas del siniestro que se produjo dentro de este lapso no cubierto (01.02.2005).

Por ello, propongo al Acuerdo el rechazo de los agravios de las demandadas.

B.- Que abordando el tema central de la atribución de responsabilidad, cobra relevancia los términos de la evaluación que hace el perito accidentólogo y constituye la base de la argumentación del juez de grado, acerca del croquis y haber concurrido al lugar, que lo lleva a concluir a que la causa eficiente de la colisión radica en que el vehículo se presenta en la intersección cuando los ciclistas habían transpuesto la bocacalle, y que la conductora de aquel no percibió la presencia de éstos (fs. 482) y sin incidencia causal la circunstancia de que fueron los embistentes, porque el rodado mayor "obstruyó el paso de la bicicleta" (fs. 493).

Que la crítica no asumen con suficiencia tal análisis vinculado a la obstrucción (arts. 901y 906 C.Civil) ni señalan los elementos que

evidencien el aporte de las víctimas (art. 1113 2do. Párrafo C.Civil) para desvirtuar el grado de previsibilidad y evitabilidad en su conducta por razón de guiar un rodado que en mayor proporción aporta riesgos en la circulación por la vía pública, como es a través de la velocidad aplicada (arts. 513 y 514 C.Civil), aún cuando no haya sido el embistente.

La doctrina ha dicho respecto el tratamiento de casos como el presente que: "En el tema causal, la conducta de un inimputable perjudicado por sí mismo no se juzga con los parámetros del art. 512 del Cód. Civil, que se vinculan con la posibilidad y el deber de previsión subjetivos de un daño, sino con los de causalidad adecuada (arts. 901 y 906 Cód. Civil), es decir, desde la perspectiva de un juicio de previsibilidad objetiva o abstracta, formulado ex post facto. Por consiguiente debe examinarse si la conducta de la víctima era, en sí misma o en conjunción con otros elementos, idónea o apta para producir el resultado dañoso, prescindentemente de que el damnificado no lo hubiere comprendido o de que no pudiese comprenderlo, por su inmadurez o estado mental." (Resarcimiento de daños, Presupuestos y funciones del derecho de daños, Matilde Zavala de González, t.4, p.286 y 287).

La jurisprudencia tiene dicho en este sentido que : "El uso al que se refiere la última parte del art. 1.113 del Cód. Civil como liberador de la responsabilidad objetiva constituye una excepción al principio general y por tal razón de interpretación restrictiva. O sea que los dueños o guardianes de cosas riesgosas o viciosas deberán acreditar que actuaron en la emergencia con todos los recaudos como para evitar que alguien, sea dependiente o no, las use provocando detrimentos a terceros". (CNC, sala M, 7.3.96, Ferreiro Miguel Balbuena Leonardo s. Daños y perjuicios).

Conforme el marco fáctico y jurídico expuestos, procede confirmar la decisión de grado en cuanto atribuye al conductor del rodado mayor la responsabilidad exclusiva y excluyente en la colisión que generó el daño reconocido a las víctimas, y la improcedencia de la reconvención pretendida.

IV.- Por lo expuesto, propiciaré al acuerdo el rechazo de la apelación y la confirmación de la sentencia de grado en todas sus partes.

IV.- Abordando la apelación honoraria de la citada en garantía y su letrado, por derecho propio, (fs. 563 y vta.), al efectuarse los cálculos conforme las reglas y pautas de la Ley Arancelaria vigente, sentadas en la sentencia de grado (fs. 552 y vta.) se comprueban que resultan ajustados.

V.- Las costas de la Alzada se impondrán a las demandadas en su calidad de vencidas (art. 68), estimando los honorarios devengados a los letrados intervinientes en el 25% de los que resulten de aquellos que correspondan a la instancia de grado (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. 545/553 vta., en todo lo que fuera materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a las demandadas vencidas (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% 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 a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"RODRIGUEZ LEONARDO GABRIEL Y OTRO C/ ROCA MANANTIALES SRL Y OTRO S/ RENDICIÓN DE CUENTAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 512596/2016) – Interlocutoria: 154/17 – Fecha: 08/06/2017

DERECHO PROCESAL: Excepciones procesales.

JUICIO DE RENDICION DE CUENTAS. SOCIEDADES COMERCIALES. SOCIEDAD EN FORMACION. LEGITIMACION PASIVA.

Cabe confirmar la resolución que rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva, ya que sin perjuicio de que la sociedad en formación no es propiamente una sociedad irregular, pues a diferencia de ella la sociedad en formación va camino a obtener su regularización mediante su inscripción en el Registro Público de Comercio, hasta tanto no culmine con los trámites necesarios para su conformación como Sociedad de Responsabilidad Limitada, el socio gerente será el legitimado pasivo para rendir las cuentas que la parte interesada solicite durante su formación.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de Junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "RODRIGUEZ LEONARDO GABRIEL Y OTRO C/ ROCA MANANTIALES S.R.L. Y OTRO S/ RENDICIÓN DE CUENTAS" (Expte. Nº 512596/2016) venidos en apelación a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes a estudio del cuerpo con motivo del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Julio Ariel Lorca a fs. 97, contra la resolución dictada a fs. 92/94, en cuanto rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva.

II.- En su memorial de fs. 99/111, en primer lugar, el demandado señala que el Juez de Grado ha resuelto sin analizar ni hacer mención a la documentación que fuera presentada al contestar la demanda. Vale decir, que no tuvo en cuenta el contrato social y ni la relación de Lorca con la SRL.

Manifiesta, que se rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por su representado, por entender el a quo que estamos en presencia de una sociedad irregular y por ende, que debe responder el Sr. Lorca directamente por lo actuado.

Dice, que con ese criterio podría haber hecho mención al contrato social y haber peticionado las actuaciones en el Registro Público de Comercio, a los fines de constatar el estado de registración de la S.R.L.

En segundo lugar, expresa que el a quo confunde “sociedad en formación” con una “sociedad irregular”.

Aduce que la reforma introducida por la Ley 22903 a la Ley 19.550, afianzó en la doctrina y en la jurisprudencia la consideración de la sociedad comercial como sujeto de derecho (art. 2 LSC), distinto de sus integrantes, desde el momento de la celebración del acto constitutivo o negocio fundacional, con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 33 del Código Civil), de acuerdo con los fines de la institución (art. 35 de la LSC), es decir, con el objetivo de aunar esfuerzos individuales para el desarrollo de la empresa.

Afirma, que lo expuesto tiene relación con lo previsto en el art. 184 LSC, respecto de los actos necesarios para la constitución de la sociedad y los realizados en virtud de expresa autorización conferida en el acto constitutivo los que “se tendrán como originariamente cumplidos por la sociedad”, quedando los promotores, fundadores y directores, “liberados frente a terceros de las obligaciones emergentes de estos actos”, importando ello la delegación perfecta de la posición jurídico contractual, operada de pleno derecho, con prescindencia de la aceptación expresa del acreedor para la liberación del deudor original.

Distingue entre sociedades en formación y sociedades irregulares.

Finalmente, hace referencia a que estamos hablando de la firma del contrato por el socio gerente, que es un acto al cual estaba autorizado en el objeto social estipulado en el contrato de formación de la SRL (cláusula tercera) y de la cual el a quo no ha hecho ninguna mención.

A fs. 89/90 el actor contesta el traslado del recurso y solicita su rechazo con costas.

III.- Entrando al análisis de la cuestión traída a estudio, debemos decir que la sociedad en formación es aquella en la cual se ha celebrado un contrato social, pero todavía no se han cumplimentado la totalidad de los trámites para su constitución regular, entre ellos, los de inscripción en el Registro Público de Comercio.

Las entidades comerciales cuyo contrato constitutivo no ha sido inscripto en el registro pertinente han sido denominadas por la

doctrina y alguna jurisprudencia, como sociedades en formación. Y si bien la Ley de Sociedades Comerciales no consagra un capítulo destinado al tratamiento de manera exclusiva de la sociedad en formación, si prevé ciertos artículos que hacen referencia a dicha etapa.

Así por ejemplo el art. 38 determina: "cuando para la transferencia del aporte, se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación".

El artículo 183 dice: "...Los directores sólo tienen facultades para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo. Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables por esos actos mientras la sociedad no esté inscripta. Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción serán responsables ilimitada y solidariamente las personas que los hubieren realizado y los directores y fundadores que lo hubieren consentido".

Si bien el art. 183 de la LSC, claramente establece el régimen de responsabilidad propio de las sociedades durante el período fundacional, en cuanto legisla el régimen aplicable a la sociedad anónima, dicho régimen -a falta de disposición específica– resulta de aplicación también a las sociedades de responsabilidad limitada durante el período de formación.

Consecuentemente, sin perjuicio de que la sociedad en formación no es propiamente una sociedad irregular, pues a diferencia de ella la sociedad en formación va camino a obtener su regularización mediante su inscripción en el Registro Público de Comercio, hasta tanto no culmine con los trámites necesarios para su conformación como Sociedad de Responsabilidad Limitada, el socio gerente será el legitimado pasivo para rendir las cuentas que la parte interesada solicite durante su formación.

Por todo lo expuesto, se habrá de confirmar la resolución recurrida, rechazándose la apelación interpuesta en todas sus partes, con costas a cargo del apelante en su condición de vencido, debiéndose regular los honorarios de Alzada de conformidad con el art. 15 de la ley arancelaria.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 92/94, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 69 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 a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OT. S/ INCIDENTE DE EMBARGO PREVENTIVO E/A: 386153/2009"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 23476/2016) – Interlocutoria: 159/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

EMBARGO PREVENTIVO. CUENTAS BANCARIAS. SUSTITUCION. IMPROCEDENCIA.

Cabe desestimar la sustitución de embargo propuesta y mantener el ordenado sobre fondos bancarios, si los automotores ofrecidos en sustitución se encuentran afectados al transporte de pasajeros y faltan los informes que permitan conocer el estado dominial de los bienes referidos,

lo cual coloca en un estado de incertidumbre a la actora y no alcanza a satisfacer cabalmente la finalidad impuesta por la legislación adjetiva de ofrecer una garantía equivalente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OT. S/ INCIDENTE DE EMBARGO PREVENTIVO E/A: 386153/2009" (JNQCI2 23476/2016) venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria del 9 de agosto de 2016 (fs. 93/94vta.), presentando memorial a fs. 131/133.

Argumenta que el pronunciamiento dictado resulta incongruente y contradictorio por cuanto no contempla que se acompañaron los dos títulos de dominio –en copia certificada- de los rodados identificados con chapa patente NPH491 y PGV108, de los cuales no surge ninguna restricción que afecte la disponibilidad de sendos rodados sino la plena propiedad de éstos por parte de Campana II S.A., habiéndose adjuntado constancias de cobertura asegurativa por un valor aun superior al monto por el cual se decretó el embargo ($1.573.319,23).

Asevera que habiéndose acreditado la condición de titular dominial como el valor total de las unidades, debió procederse a la sustitución, la que siempre queda sujeta a la efectiva traba del embargo por parte del registro de la Propiedad del Automotor; y que siendo esto así, toda eventual inhibición o imposibilidad de embargo por existir otra media cautelar previa, hubiese hecho materialmente imposible la anotación de la medida de sustitución de embargo.

Señala que la resolución apelada, omitió ponderar que la seguridad del crédito emergente del embargo, jamás fue puesta en duda dado que al supeditarse la sustitución a la traba del embargo sobre los bienes registrales, queda debidamente asegurada la posición del acreedor, quien nunca deja de tener garantizado el embargo atento que los eventuales oficios de desembargo a los bancos, se libran contra la toma de razón por parte del Registro de la Propiedad Automotor.

Destaca que la propia Juez de grado, requirió que se remplazara en el pedido de sustitución original, los bienes propuestos por otros que no se encuentren afectados al transporte público; razón por la cual Campana II S.A. ofreció a embargo dos unidades nuevas destinadas al transporte privado de pasajeros, debidamente aseguradas, que cuentan con la posibilidad de ser ejecutadas con facilidad por tratarse de bienes muebles que poseen una demanda permanente.

Solicita se revoque el fallo recurrido, con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 136/137 reiterando que se opuso expresamente a la sustitución peticionada, y que los argumentos expuestos en el recurso, sólo traslucen la disconformidad del demandado por la sentencia desfavorable, careciendo de la critica razonada que permitan apreciar cual es el gravamen que le ocasiona la medida cautelar dispuesta.

Recalca que el bien ofrecido es utilizado para transporte privado diario de pasajeros susceptible de alto riesgo de siniestralidad y por ello, no garantiza suficientemente los derechos del acreedor; y que en caso de un proceso concursal dichos bienes se encontrarían afectados al privilegio de los acreedores laborales conforme lo dispuesto por el art. 268 y siguientes de la LCT.

II.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis desestima la sustitución de embargo propuesta, manteniendo el ordenado sobre fondos bancarios, teniendo en cuenta la expresa oposición formulada por la embargante y que los automotores dominio NPH491 y PVG108 ofrecidos se encuentran afectados al transporte de pasajeros “interjur – serv Escolar y Espec”; como también la falta de acreditación de informes que permitan conocer el estado dominial de los bienes referidos, lo cual coloca en un estado de incertidumbre a la actora (cfr. fs. 93 y vta).

III.- Analizados los agravios a la luz de las constancias de autos, se concluye que los mismos deben ser rechazados, en tanto sólo traslucen la mera disconformidad del apelante con lo decidido en la anterior instancia.

En efecto, de los términos del escrito recursivo, se extrae que el mismo no reúne los mínimos requisitos del art. 265 del ritual. Y es que, reiteradamente se ha sostenido que la expresión de agravios es una pieza clave que debe bastarse a sí misma, evidenciando ante la Cámara de Apelaciones, errores de juzgamiento, más allá de traducir la mera disconformidad con lo resuelto por el juez de grado, y, en su caso, fundamentar la oposición, dar las bases jurídicas y técnicas que descalifiquen la decisión.

En el caso, el A quo ha decretado un embargo preventivo atento el fallo dictado mediante el cual se hace lugar a la demanda

incoada por Empresa de Ómnibus Sarmiento S.A. c/Campana II S.A. y Expreso Colonia SA por la suma de $ 1.108.405, con fundamento en que la accionante detenta la exclusividad en la prestación del servicio urbano de pasajeros en la localidad de Centenario y, las codemandadas interfirieron en ese espacio generando daño patrimonial por la ganancia dejada de obtener o perdida de ingresos como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo (en autos caratulados "Emp. Ómnibus Sarmiento c/ Campana II S.A y otro s/Ds. Ps. x Resp. Extracontractual de particulares" (Expte Nro 386153/2008).

Cabe señalar que la medida cautelar tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación aún no reconocida por el órgano jurisdiccional; y sirven por lo general para evitar daños, o para evitar que en el curso de un proceso cambie la situación de bienes o derechos litigiosos, produciendo una desigualdad en la posición de los litigantes; y es característica su accesoriedad, en cuanto se hallan al servicio de una pretensión principal, cuya realización efectiva deben salvaguardar.

Al respecto, nuestra ley ritual determina que "... El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere...." (segundo apartado del art. 20).

Siendo ello así, se concluye que el embargo decretado representa mejor garantía que los dos automotores ofrecidos en sustitución para resguardar la acreencia de la actora, por cuanto la sustitución peticionada no alcanza a satisfacer cabalmente la finalidad impuesta por la legislación adjetiva de ofrecer una garantía equivalente.

Adviértase que de confirmarse la sentencia dictada en la instancia de grado y de accederse ahora a dicha sustitución, el accionante se vería obligado a incoar los tramites de ejecución de los bienes muebles con los gastos consiguientes y las demoras que ello provocaría, resultando de mas difícil realización que el embargo preventivo, exigiendo un dispendio de actividad y expendios mayores al acreedor.

A su vez, estaba a cargo del peticionante demostrar lo suficiente de la sustitución porque la falta de acreditación de informes que permitan conocer el estado dominial de los vehículos referidos, colocan un estado de incertidumbre a la actora, tal como lo señalara la sentenciante. De allí que no puede admitirse como una garantía equivalente frente al dinero embargado que presupone la inmediata satisfacción del crédito en el caso de acogerse la pretensión.

Por otra parte, también pesaba sobre el peticionante demostrar la libre disponibilidad que debe tener el bien ofrecido para sustituir; en el caso se ofreció un rodado destinado al servicio público de pasajeros, lo cual previa oposición del embargante, motivo que la juez solicitara nuevamente, ofrezca bien a embargo a los fines de merituar la sustitución (cfr. Fs. 54 y vta).

Frente a ello, ofreció los dos vehículos, cuya expresa oposición de la accionante, atento la falta de informe que permitan conocer el estado dominial de éstos, condujo al rechazo de la sustitución en cuestión.

En tal sentido ha dicho la jurisprudencia "…para que proceda la sustitución de una medida cautelar por otra menos gravosa para el deudor se debe garantizar la protección del crédito. De tal manera, no procede la sustitución de un embargo trabado sobre dinero propio de la embargada por idéntica medida sobre dos vehículos de alquiler también de su propiedad, ello no obstante que no pesen otros gravámenes sobre los bienes y que su valuación cubra –en principio- la cautela solicitada. Es que los automotores de alquiler por la actividad a la que están destinadas sufren una rápida insolencia y amortización además del riesgo desaparición, robo o hurto; y de llevarse adelante un remate, es notorio que su precio de subasta es mucho menor al de la plaza, el procedimiento insume un tiempo prolongado y requiere de gastos previos que debe afrontar el ejecutante. (Sumario N° 17769 de la base de datos de la Secretaria de jurisprudencia de la Cámara civil. SCUDERI, Amalia c/MINCKAS Mario s/INCIDENTE CIVIL, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, mag. LIBERMAN, PEREZ PARDO, REBAUDI BASAVILBASO, 21/02/2008, EXPTE NRO 67974).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, se concluye en el rechazo de la apelación, confirmando el pronunciamiento recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a cargo del recurrente vencido, a cuyo efecto deberán regularse oportunamente los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Por ello, esta Sala III.

RESUELVE:

1.- Confirmar el interlocutorio de fecha 9 de agosto de 2016 (fs. 93/94), en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 69 C.P.C.C.).

3.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"LATORRE C/ ORDOÑEZ HECTOR JOSÉ S/ COBRO DE HABERES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 16945/2012) – Acuerdo: S/N – Fecha: 15/02/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Procedimiento laboral.

PROCEDIMIENTO LABORAL. FALTA DE CONTESTACION DE LA DEMANDA. HECHOS ALEGADOS POR EL ACTOR. PRESUNCION IURIS ET DE IURE.

1.- (…) el artículo 30 de la Ley 921 expresa que cuando no se contestara la demanda se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor, con lo cual se establece una presunción "iuris et de iure" respecto de tal extremo, presunción que va más allá de lo previsto en el Código Procesal Civil y comercial aplicable supletoriamente al procedimiento laboral, ya que se faculta al juzgador a tener por reconocidos los hechos pertinentes y lícitos invocados por la contraria, por lo que en el ámbito procesal laboral de nuestra provincia, se impone tal reconocimiento (en este sentido ver: CCiv. Neuquén, Sala II, RSD 311-96-S, 9.5.96, autos: "Unión de Trabajadores Gastronómicos c/ D´Amelio Hugo s/ cobro de aportes"; también: CAZ, Sala Civil, Expte 3222, folio 191, año 2.001, in re. "Jiménez Miguel Ángel c/ Empresa Pexse S.A s/ Accidente de trabajo", entre otros).

2.- (…) "La rebeldía en sede laboral de acuerdo al artículo 30 de la ley 921 importa tener por ciertos los hechos lícitos alegados por el actor siempre y cuando ellos no resulten arbitrarios y/o caprichosos o estén en pugna con elementos existentes en la causa o como se dice más claramente en la cita de la sentenciante, sin perjuicio de las facultades del juez de determinar la verosimilitud de los hechos alegados y la pertinencia del derecho invocado, a fin de que la presunción que establece el artículo no derive en el acogimiento automático de las pretensiones" (autos: "Gutiérrez, Francisco Florentino c/ Municipalidad de Plottier s/ cobro de haberes", Expte. Nº 313033/4 Sala II, Neuquén).

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a quince -15- días del mes de Febrero 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: "LATORRE C/ ORDOÑEZ HECTOR JOSÉ S/ COBRO DE HABERES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO" (Expte. N. 16945 Año 2012), del Registro del Juzgado Civil, de la V Circunscripción Judicial, con asiento en Chos Malal.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Dardo Walter Troncoso, dijo:

I.- La actora ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia que se dictara en este juicio, fundamentándolo con la expresión de agravios que se agregó a fojas 322/329.

Luego de referirse a la base fáctica invocada por su parte al promover la demanda, transcribe lo que a su criterio constituyen los argumentos nodales del fallo.

Transcribe luego precedentes jurisprudenciales de este cuerpo y critica al fallo por ser contradictorio al aplicar la presunción del artículo 30 de la ley 921, puntualmente atribuyendo error al judicante al considerar como primer medida la aplicación de la presunción iuris tantum del artículo 30 de la ley 921, y al mismo tiempo apartarse de la misma y requerir prueba a su parte de la cual la misma norma procedimental le exime.

Dice que en el primer párrafo del apartado II del fallo el judicante determina la aplicación de la jurisprudencia provincial y luego vira su punto de análisis en 180 grados citando jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires que exige a la parte actora la prueba de los hechos alegados.

Este planteo lo centra fundamentalmente con relación a la fecha de ingreso de la trabajadora, que tenía la obligación de acreditar y por consiguiente no tener por reconocida la incorrecta registración laboral, siendo que tal temperamento contradice la presunción del artículo 30 de la ley 921, por lo que a su criterio corresponde estar a la fecha denunciada en la interposición de la demanda como fecha de ingreso de la actora y consecuentemente de inicio de la relación laboral, de tal manera deviene aplicable la presunción del artículo 30 de la ley 921 que dispone tener por cierto los dichos vertidos por el actor en su demanda para el supuesto de incontestación de la misma por parte del empleador.

De hecho el Juez de la instancia anterior así lo reconoce, pero inmediatamente después vira su posición, trascribiendo para ello párrafos del fallo, y concluye solicitando se esté a la fecha denunciada en la interposición de demanda como fecha de ingreso de la actora como dependiente de la demandada.

En segundo lugar se agravia por el desconocimiento de rubros indemnizatorios cuya procedencia corresponde (preaviso, multa del artículo 1 de la ley 25323 y diferencias salariales), fundamentada en el considerando IV de la sentencia que transcribe.

Destaca que el juez le ha dado entidad de contestación de demanda a la carta documento donde el accionado rechaza la fecha de ingreso, tomándolo como hecho contradictorio que debía probar la accionante, pero a su vez dispone que los hechos lícitos invocados por la actora con demanda incontestada no necesitan probarse porque se tienen por ciertos.

Agrega que si se tuvieron por ciertos los hechos conforme lo dispone el artículo 30 de la ley 921, la documental agregada no puede interpretarse forzadamente en distinto sentido, es decir si en la demanda se denunció como fecha de ingreso el 5 de marzo de 1996, no puede el juez interpretar que no se ha acreditado porque la norma legal justamente exime a la parte de prueba en este sentido.

Entiende que en autos se ha acreditado la fecha de ingreso denunciada en la demanda, la incorrecta registración y como consecuencia de ello la procedencia la multa prevista por el artículo 1 de la ley 25.323, y sobre esa base el cálculo indemnizatorio debe reformularse, ensayando en su libelo una liquidación.

Del mismo modo, deberá ordenarse la revocación y por corresponder la procedencia del rubro diferencia salariales, donde el juez las negó por razones de prueba, siendo que se han agregado los recibos de sueldo de la actora y dado que los Convenios Colectivos de Trabajo y escalas salariales son normativas vigente el a quo debió haber realizado el cálculo, en tanto el horario de trabajo, las tareas desarrolladas y la categoría no fueron contradichas en este juicio, mencionando luego las tareas y escalas salariales contenidas en los convenios colectivos 322/99 y 371/03 aplicables a la actividad, sobre la base de los cuales formula una determinación de la mejor remuneración normal y habitual de la trabajadora a la fecha del despido.

Formula luego una extensa reseña de las diferencias de haberes correspondientes al año anterior a la fecha del distracto, sobre la base de comparar los haberes de convenio y los recibos de haberes acompañados como prueba documental de los que surgen las diferencias salariales que detalla en su escrito de fundamentación.

Solicita la procedencia de las multas de la Ley Nacional de Empleo y pide se revoque la sentencia conforme los agravios que expuso.

II.- Corrido el pertinente traslado, la demandada contesta con el escrito de fs. 336/342.

Dice que la acora pretenden inducir a error cuando presenta aviesa y sesgada la interpretación que del artículo 30 de la ley 921 hizo el judicante, porque el apelante toma para su análisis solamente la primer parte del artículo 30, sin mencionar que la norma prevé una situación distinta cuando la actora solicita la producción de la prueba ofrecida, por eso, de operar esta situación distinta actuaría como salvedad y en consecuencia no se permitiría tener por cierto los hechos alegados por la actora.

Como el artículo 30 de la ley 921 establece que los hechos se tendrán por reconocidos salvo que el actor solicitare la producción de la prueba que hubiere ofrecido, sostiene que en el acta labrada el 18 de diciembre de 2014 la actora pidió se provean las

pruebas que había ofrecido, trascribiendo párrafos de esa pieza postal.

De tal manera, el antecedente de este cuerpo in re “Iral Calluan” que invocara, no resulta de aplicación, toda vez que requiere para que su lógica jurídica funcione, que no se haya articulado la etapa probatoria o sea que la prueba no se haya realizado y que el demandado se encuentre en rebeldía.

Consecuente, estos extremos no se dan en el caso, pues si la actora peticionó la prueba ofrecida, se tuvo por agregada la documental o sea se realizó y su parte se presentó a estar a derecho ejerciendo el control de la prueba proveída por el a quo.

Analiza luego la prueba documental de este pleito sosteniendo que ha sido la actora quien adjuntó como prueba los tres telegramas y una carta documento y que de un análisis de la misma ha sido la actora quien recibió un telegrama más y que en el TLC79571623 reconoce expresamente su existencia y recepción.

La actora no ha acompañado ese telegrama y la razón según la demandada es que en esa pieza postal se probó el verdadero motivo del distracto laboral, esto es el abandono de trabajo, a lo que debe agregarse que según surge del acta de exposición policial agregada por su parte se dejó constancia que la trabajadora dejo de concurrir a laborar desde el 2 de julio de 2012.

Formula luego una extensa serie de consideraciones referidas a la valoración de la prueba y a las actitudes asumidas por la empleadora mientras se desencadenaba el conflicto laboral que terminó con el distracto de la relación de trabajo.

Formula otra serie de consideraciones sosteniendo que a su criterio se ha probado el abandono de trabajo pero que no se ha acreditado de ninguna forma la injuria grave de negación de tareas reiterando la misma idea en varias oportunidades a lo largo de su libelo, concluyendo en solicitar la revocación de la sentencia de autos, rechazándose la demanda de la actora pues se ha probado que el día 2 de julio de 2012 injustificadamente dejó de prestar servicio y luego de intimada a que retome sus tareas, dejo de hacerlo incurriendo en abandono de trabajo.

III. a.- A diferencia de otros sistemas procesales provinciales de orden laboral (por caso el de la Provincia de Tucumán, que en el artículo 58 de la Ley 6204 establece que en caso de incontestación de la demanda se presumirán como ciertos los hechos invocados y como auténticos y recepcionados los documentos acompañados a la demanda, salvo prueba en contrario) el artículo 30 de la Ley 921 expresa que cuando no se contestara la demanda se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor, con lo cual se establece una presunción “iuris et de iure” respecto de tal extremo, presunción que va más allá de lo previsto en el Código Procesal Civil y comercial aplicable supletoriamente al procedimiento laboral, ya que se faculta al juzgador a tener por reconocidos los hechos pertinentes y lícitos invocados por la contraria, por lo que en el ámbito procesal laboral de nuestra provincia, se impone tal reconocimiento (en este sentido ver: CCiv. Neuquén, Sala II, RSD 311-96-S, 9.5.96, autos: “Unión de Trabajadores Gastronómicos c/ D´Amelio Hugo s/ cobro de aportes”; también: CAZ, Sala Civil, Expte 3222, folio 191, año 2.001, in re. “Jiménez Miguel Ángel c/ Empresa Pexse S.A s/ Accidente de trabajo”, entre otros).

Ahora bien, el alcance de tal presunción en cuanto a su aplicación encuentra un límite que se halla constituido por la razonabilidad de las pretensiones procesales ejercidas por el actor, habiéndose resuelto jurisprudencialmente que “Aún cuando el sistema de la ley 921 implica ir un paso más allá que su similar del Código Procesal, asignándole mayor efecto a la rebeldía, dada la finalidad tuitiva del ordenamiento procesal laboral provincial, ello no implica que se deba disponer, en las litis laborales donde hubiese existido declaración de rebeldía, el acogimiento automático e indiscriminado de las pretensiones del actor por inverosímiles, irreales o abusivas que éstas fueran” (autos: Gómez, Juan Ángel c/ Ángelo Paolo Entrerriana S.A. s/ indemne. por estabilidad gremial”, Expte. nº 864-CA-1997, Sala I) y que: “La rebeldía en sede laboral de acuerdo al artículo 30 de la ley 921 importa tener por ciertos los hechos lícitos alegados por el actor siempre y cuando ellos no resulten arbitrarios y/o caprichosos o estén en pugna con elementos existentes en la causa o como se dice más claramente en la cita de la sentenciante, sin perjuicio de las facultades del juez de determinar la verosimilitud de los hechos alegados y la pertinencia del derecho invocado, a fin de que la presunción que establece el artículo no derive en el acogimiento automático de las pretensiones” (autos: “Gutiérrez, Francisco Florentino c/ Municipalidad de Plottier s/ cobro de haberes”, Expte. Nº 313033/4 Sala II, Neuquén).

Dicho en otras palabras y teniendo en cuenta el espíritu del legislador (Ver proyecto nro. 1586 de Ley Expediente D-21/75, Secretaria de información Parlamentaria en www.legislaturaneuquen.gov.ar) el Art. 30 se aplica como un beneficio para el trabajador que ante la inercia procesal del empleador puede obtener rápidamente una sentencia favorable y procurar así la pronta satisfacción de su derecho.

Según Mario Deveali (“Tratado de Derecho del Trabajo” tomo 1 pág. 631, el término “empleador” es sinónimo de “patrón”, “patrono”, ”principal”, ”dador de trabajo”, “Empresario”, etc, es decir el que paga el precio o concurre con el capital por oposición a la otra parte “trabajador”, “empleado”, “obrero”, operario” que concurre con su actividad profesional, intelectual o física. El empleador es el que dirige, vigila y controla la faena, o, en términos más sencillos es la persona que da u otorga el trabajo y la que recibe la tarea que brinda el trabajador, según Ackerman- Tosca– Sudera- “Tratado de Derecho del Trabajo tomo II página 188).

Estos conceptos- que aunque simples no por eso menos importantes- los traigo al acuerdo porque llega firme a esta instancia que se ha acreditado en autos que el aquí demandado resulta continuador y sucesor de Clemente Ordoñez y Compañía en la explotación comercial en que se desempeñara la trabajadora (ver considerandos del fallo a fojas 307 vta./ 308).

En esta dirección, y toda vez que la fecha de ingreso invocada por la actora ha sido puesta en crisis por la demandada mediante la carta documento de fojas 7 que la misma trabajadora acompañara como prueba documental, se ha acreditado que la relación laboral principió a órdenes de la sociedad que resultó su primitivo empleador luego continuada por el aquí demandado, a la luz de la sana crítica (artículo 386 del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente al proceso laboral artículo 54 ley 921), habrá de estarse a la fecha de ingreso contenida en los recibos de haberes acompañados como prueba documental por la actora, tomándose como tal el día 1ro de junio de 1.998, conclusión con la que se comparte la solución que al punto le dio el a quo.

En este sentido se ha dicho que en el supuesto del artículo 225 de la LCT los contratos de trabajo continúan con el sucesor o adquirente, en las mismas condiciones laborales y con igual antigüedad a la adquirida con el anterior empleador (Pirolo Miguel Ángel, "Legislación del Trabajo Sistematizada" Ed. Astrea pág. 238).

III. b.- Sentado lo anterior cabe recordar que la obligación de registrar la relación laboral en el libro especial previsto por el Art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo se complementa con la impuesta por el Art. 7 de la ley 24.013 que textualmente expresa: "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 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 inciso a). Las relaciones laborales que no cumplieren con los requisitos fijados en los incisos precedentes se considerarán no registradas" (tex.).

Los registros a que refiere el Art. 18 inciso a) de la Ley 24.013 se encuentran concentrados en el Sistema Único de Registro Laboral, mecanismo organizado y conducido por el Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Trabajo (Art. 18 y 19 Ley 24.103). La supresión dispuesta por Decreto 2284/91 (Arts. 91 y 96) lleva a entender que el sistema se encuentra integrado con el registro de empleadores y trabajadores a través de la Clave Única de Identificación Tributaria y del Código Único de Identificación Laboral respectivamente, por lo que es dable interpretar que el empleador se encuentra obligado a efectuar la inscripción del vínculo ante la AFIP y la obra social que le corresponde al trabajador (cfr. Etala, Carlos Alberto "Contrato de Trabajo", 4ta ed., Pág. 174 y ss., Ed. Astrea; Rodríguez Fernández, Liliana, "Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada", dirigida por el Antonio Vázquez Vialard y coordinada por Raúl Horacio Ojeda, Tomo I, Pág. 418 y ss., Ed. Rubinzal Culzoni).

El régimen sancionatorio de la Ley nacional de empleo establece como requisito previo que el trabajador intime al empleador a que lo registre correctamente, con la particularidad de que el vínculo necesariamente se encuentre vigente, y de acuerdo a esta norma la relación estará mal registrada o lo estará de modo deficiente cuando no se consigne el salario real, la fecha de ingreso verdadera o la categoría que corresponde al trabajador (Mario Ackerman- Alejandro Sudera "Extinción de la Relación Laboral" Ed. Rubinzal Culzoni pág. 632).

Con fundamento en los argumentos que más arriba se expusieran, se ha acreditado que la fecha de inicio de la relación laboral de la actora para con la Sociedad Clemente Ordoñez se verificó el lro de Junio de 1998, y siendo que la demandada ha resultado la continuadora de la patronal, la fecha de ingreso consignada en los recibos de haberes acompañados por la actora (fojas 77 a 86, que se deben tener por reconocidos en virtud de la incontestación de la demanda) esto es la consignación de fecha 7 de mayo de 2003 como inicio de la relación laboral resulta notoriamente aparente y disimulada, no correspondiendo a la realidad de tal extremo.

A ello se aduna que la empleadora, debidamente intimada a acompañar los libros y registros contables relativos a la relación laboral incumplió con tal carga, razón por la cual se torna aplicable la presunción contenida en el artículo 38 de la ley 921.

Toda vez que con las piezas postales acompañadas como prueba documental la trabajadora cumplimentó con el procedimiento establecido por las leyes 24013 y 25323, corresponde a mi entender acoger el agravio y en consecuencia disponer que la trabajadora sea indemnizada por este concepto por el importe cuya determinación se hará más adelante en este voto, el que devengara intereses en la forma establecida en los considerandos del fallo apelado.

III. c.- En el precedente "Soto, Raimundo c/ Remiseria Excel y otro s/ despido", Expte. Nro.: 008, Año: 2.006, RSD Ac. Nº 5/2.006, de fecha 25 de abril de 2006, entre otros de la antigua Cámara Multifueros de Cutral Có, suscribí con mi opinión que "si bien es cierto que el principio iura novit curia supone el conocimiento por parte del Juez del convenio colectivo de Trabajo aplicable, con la simple individualización por parte de quien pretende su aplicación, la invocación de la norma convencional no libera al actor de probar el fundamento de su pretensión, es decir, la prueba de aquellos, máxime cuando las planillas de básicos no integran el texto legal convencional sino que se publican posterior y sucesivamente" el despliegue de tal actividad probatoria se refiere a los supuestos en que la litis se haya trabado con la contestación de la demanda por parte del accionado, más ello no es requerible en

el supuesto de incontestación de la demanda, pues ello implicaría una notoria situación de injusticia gravando con mayor severidad al demandado que asume la carga procesal de contestar la demanda, aunque sea en forma insuficiente, con respecto a quien no asume la carga procesal, no se apersona, ni toma intervención de co-protagonista principal, habida cuenta que el aspecto central de la contestación de la demanda es que precisa cuáles son los hechos controvertidos y cuáles las defensas que se invocan como obstáculo al progreso de la pretensión de la contraparte".

Expresado lo que antecede, lleva la razón la recurrente en cuanto a la determinación de la mejor remuneración normal y habitual de la trabajadora a los fines del cálculo de la indemnización del artículo 245 de la LCT, por cuanto teniendo en cuenta los términos de los sucesivos convenios colectivos de trabajo aplicables a la relación laboral durante su duración (322/99 y 371/03) el salario básico de la trabajadora conforme la categoría de encargado de turno invocada ($4844,90), a lo que debe adicionarse la antigüedad ($1719,93), los adicionales por manejo de fondo y asistencia ($420) y zona desfavorable ($ 349,24), cabe determinar como mejor remuneración normal y habitual de la actora la suma de $7.334,07 para el mes de julio de 2012, fecha de conclusión de la relación laboral.

De igual modo, habrá de acogerse el reclamo relativo a las diferencias salariales correspondientes al periodo junio 2011 a junio de 2012, conforme el detalle que también efectuaré seguidamente en este voto.

III.d.- De tal manera, según mi opinión corresponde determinar el monto indemnizatorio en este pleito de este modo:

1.- Indemnización artículo 245 LCT 111.242
($7.334x14+SAC 8.33%)

2.- Preaviso 15.889
($ 7334x2+SAC 8,33%)

3.- Haberes Mayo y Junio 2012 +SAC 15.889
($ 7.334x2+SAC 8,33%)

4.- SAC 2012 Ira. Cuota 3.667

5.- Salario Julio 2012 7.334

6.- Integración mes de despido art.233 LCT 2.933

7.- Vacaciones 2012 7.415
($7334 /30x28 +SAC 8,33%)

8.- Indemnizacion artículo 1 ley 25323 224.484

9.- Indemnizacion artículo 2 ley 25323 63.565
$ 111.242+ 15.889/2)

10.- Indemnizacion artículo 80 LCT 22.002
$ 7.334x3

11.-Diferencias salariales julio 2011 1.736

12.- Diferencias salariales Agosto2011 1.687

13.- Diferencias salariales Setiembre 2011 2.007

14.- Diferencias salariales meses 10/12 de 2011 7.449

15.- Diferencias salariales de 04 a 06/2012 6.618

TOTAL 493.917

De compartirse entonces este voto, he de proponer al Acuerdo el acogimiento del recurso interpuesto, revocándose la sentencia dictada en autos en cuanto ha sido materia de recurso, condenando a la accionada al pago de la suma de pesos cuatrocientos noventa y tres mil novecientos diecisiete ($493.917) en concepto de indemnización en favor de la trabajadora por los montos y rubros expuestos en este voto, importe al que se adicionaran los intereses determinados en el fallo recurrido, con costas de la instancia a la demandada, (artículos 68 del CCyC), difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en ambas instancias para la etapa procesal oportuna, (art. 20 de la ley 1594 modificado por la ley 2933).

Tal mi voto.

La Dra. Gabriela B. Calaccio dijo:

Que por compartir los fundamentos y conclusiones a que arriba en su voto el 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.- Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora a fs. 320/329 de autos, y revocar en cuanto ha sido materia de agravios la sentencia obrante a fs. 304/316, debiendo prosperar la demanda promovida por la suma de pesos cuatrocientos noventa y tres mil novecientos diecisiete ($493.917), que deberá pagar el demandado Héctor José Ordoñez en el plazo y con los intereses dispuestos en el decisorio de grado.

II.- Las costas de alzada se imponen a la demandada vencida, conforme a lo considerado.

III.- Diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad, de acuerdo a lo expresado.

IV.- 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

**“DONINI DANIELA DE LOS ANGELES C/ POZAS PAREDES HECTOR BAUTISTA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28880/2011) – Acuerdo: S/N – Fecha: 06/04/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD CIVIL. DAÑO CAUSADO POR ANIMALES.

1.– Siendo que el acto administrativo sancionador no fue impugnado ni en sede administrativa ni en la instancia judicial correspondiente y habiendo sido consentido por el demandado, mal puede cuestionarse posteriormente la presunción de validez que el acto administrativo sancionador posee, invocando supuestos vicios previos a su dictado y otros relativos a su motivación fáctica.

2.– Deberán responder los co-demandados del daño padecido por el menor víctima de autos, a raíz del ataque propinado por un can potencialmente peligroso (art. 22. 1 de la Ordenanza

Municipal 6787/2006), propiedad del hijo menor y que se encontraba suelto en la vía pública, toda vez que no acreditaron la existencia de alguna causal de exoneración de su responsabilidad que interrumpa el nexo de causalidad (culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder y/o el caso fortuito o la fuerza mayor) entre el hecho generador del deber de responder, en los términos del art. 1.114 del Código Civil, y el daño infringido.

3.- Es procedente la reparación por daño moral reclamada por la actora, dado las características del hecho con aptitud suficiente de generar las mortificaciones padecidas por los accionantes, que la ley (art. 1078 del Código civil de Vélez), en algunos supuestos, presume. Toda vez… que el daño moral es la lesión de razonable envergadura producida al equilibrio espiritual cuya existencia la ley presume –y tutela- y que atañe a una persona. Es decir entonces, que el resarcimiento por este rubro se genera a partir del acaecimiento de un hecho de cierta gravedad y es una reacción especial frente a ésta; … (cfr. … Acuerdo Nro. 25/2015, de esta Cámara, Sala II, en autos "Luna Alberto Javier Omar c/ González Heinrich Valentín Leandro y otro s/ D. y P. derivados del uso de automotores (con Lesión o Muerte)" y Sala I Ac. 03/2014, … en autos "DANDLIKER VANESA CRISTINA C/ BAHIA MANZANO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO").

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los seis (6) días del mes de abril del año 2017, la Sala 1 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 Pablo G. Furlotti y María Julia Barrese, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: "DONINI DANIELA DE LOS ANGELES C/ POZAS PAREDES HECTOR BAUTISTA Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES", (Expte. Nro.: 28880, Año: 2011), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

I.- A fojas 219/229 se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda impetrada por Daniela de los Ángeles Donini, por si y en representación de su hijo menor E. E. M. y, en consecuencia, condenó a Héctor Bautista Pozas Paredes, Mirta Escobar y Juan Bautista Pozas a abonar a los actores la cantidad de Pesos Veintiséis Mil Trescientos ($26.300) en concepto de gastos de cirugía, más Pesos Veinte Mil ($ 20.000) en concepto de daño moral y Pesos Seis Mil ($ 6.000) en concepto de tratamiento psicológico, montos establecidos a la fecha del pronunciamiento, con más los intereses calculados de conformidad a lo determinado en el pronunciamiento (cfr. punto I del fallo impugnado).

II. Contra el pronunciamiento citado, interpusieron recurso de apelación los demandados a fs. 233. Se ha incorporado la expresión de agravios a fs. 239/243 y vta.. Conferido el traslado del escrito de expresión de agravios, la parte actora lo contesta extemporáneamente (cfr. providencia de fs. 247 en la que se ha deslizado un error material, al haberse referido al vencimiento del plazo de contestación del traslado dispuesto a fs. 244 a la parte "demandada", cuando debió haber tenido por fenecido el plazo otorgado a la "actora").

III. Descripción de los agravios expuestos por los co demandados:

De manera introductoria, los accionados expresan que el a quo ha obrado arbitrariamente al haber interpretado y aplicado erróneamente el derecho que rige esta litis y al haber efectuado un análisis parcial de la prueba producida así como también, de los hechos acaecidos. Dicen que el sentenciante se ha pronunciado sobre cuestiones respecto de las cuales sus partes no han podido ejercer el derecho de defensa.

A. Luego de transcribir algunos párrafos de la decisión puesta en tela de juicio, manifiestan que el magistrado ha errado por haber considerado que el hecho de haber abonado una multa en el juzgado de faltas autoriza a presumir la propiedad del perro que produjera lesiones al menor accionante en los presentes. Argumentan que en su escrito de responde a la demanda, han dejado

constancia de las diversas descripciones que se han efectuado respecto del supuesto can agresor, durante la tramitación del expediente administrativo sustanciado en el Juzgado de Faltas municipal. Citan doctrina que consideran aplicable en el sub análisis relativa a la naturaleza instrumental del acto administrativo, concluyendo en tal sentido, que las actuaciones labradas en sede de la administración –se refieren al juzgado municipal de faltas de San Martín de los Andes- dan fe de las fechas y de las firmas insertas pero no de su contenido. Concluyen que el pago de una multa no hace presumir la titularidad del can en cuestión, el que jamás fue identificado ni en dicha instancia ni en sede judicial. Afirman que sus partes no han reconocido ser los dueños del perro agresor del niño ni la actora ha acreditado tal propiedad.

De seguido, los demandados trascriben un párrafo de la sentencia dedicado a la ponderación del testimonio rendido en las presentes actuaciones por la Sra. Rosario del Carmen Moraga, refiriendo que el sentenciante ha efectuado un análisis parcial de los dichos de la deponente. Aseveran que del mencionado testimonio se advierte también la confusión existente sobre el supuesto can mordedor.

Luego, cuestionan la aludida testimonial, argumentando que la declarante, si bien afirmó en sus primeras respuestas no tener interés en el resultado del proceso, dicha aseveración se contradice con lo depuesto posteriormente. En tal sentido, exponen que la testigo ha expresado en la declaración brindada en autos haber tenido inconvenientes con los demandados, atento a que en dos ocasiones una perra de propiedad de los nombrados había mordido a su hija.

A la vez, ponen en crisis el testimonio de Moraga, aduciendo que la deponente no ha presenciado el hecho debatido en esta causa.

B. De seguido se quejan por la ponderación que ha efectuado el a quo respecto al dictamen emitido por el perito psicólogo interviniente en los presentes.

Transcriben párrafos de la experticia, concluyendo que en virtud de lo dictaminado no se ha logrado demostrar la existencia de daño psicológico en el niño.

Vuelven los demandados a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el judicante argumentando sobre la escasa entidad que revisten las pruebas en las que ha sustentado la responsabilidad que se les imputa.

C. A continuación, impugnan las conclusiones del sentenciante en tanto ha eximido de responsabilidad a los padres por el deber de cuidado del niño dañado. De seguido, se explayan sobre el deber de cuidado que incumbía a los progenitores de la víctima.

Luego, consideran contradictorio el razonamiento del a quo, en tanto ha extendido la responsabilidad por los daños a los co-demandados Pozas Paredes y Escobar, invocando la falta de supervisión y cuidado de su hijo, a quien se lo sindica como propietario del can dañador. Consideran que una responsabilidad análoga no ha sido adjudicada por el sentenciante a la madre del niño dañado, quien al momento de producirse el hecho que motiva el litigio se encontraba solo en la calle sin contar con la supervisión o cuidado de un adulto.

D. Critican a continuación, el otorgamiento de una indemnización por el rubro daño moral, señalando que tal reparación no fue peticionada por la parte actora al dar inicio a los presentes. Achacan al sentenciante una falta de motivación a la hora de proceder a la fijación del quantum debeatur correspondiente a los rubros indemnizatorios determinados, afirmando que la existencia de los daños reclamados por su contendiente no ha quedado acreditada en la litis. Citan doctrina que consideran aplicable al sub examine.

IV. Análisis de los agravios:

A. En relación al primer motivo de queja, considero que las actuaciones administrativas anejadas a los presentes –expediente N° 32198, folio N° 241, año 2011 del Juzgado Municipal de Faltas de San Martín de los Andes caratulado “Pozas Juan Bautista s/ Inf. Art. 351.a Ord. 6787/06”- tienen valor probatorio, en la medida en que las constancias probatorias incorporadas en dicho procedimiento no han sido desvirtuadas por prueba en contrario en el curso de esta instancia judicial.

Es que, contrariamente a lo expresado por los co- demandados Héctor Bautista Pozas Paredes y Juan Bautista Pozas, advierto que los mencionados han tenido oportunidad de ejercer el derecho de defensa en dichas actuaciones administrativas, en las que se les ha conferido intervención con anterioridad al dictado del acto administrativo sancionador, habiéndoseles otorgado la posibilidad de ejercer el control de las pruebas de cargo sobre las que la Sra. Jueza de Faltas interviniente ha fundado su resolución condenatoria (cfr. fs. 8 y 9 del expediente 32198, Folio 241, año 2011 del Juzgado Municipal de Faltas de esta ciudad, que tengo a mi vista). Durante el curso de tal procedimiento, la autoridad administrativa anotició a los co-accionados acerca del derecho de ofrecer y producir prueba y efectuar su descargo, en los términos del art. 108 inc. e de la ley 1284 (a la que adhirió la Municipalidad de San Martín de los Andes); facultad que no han ejercido (cfr. fs. 8 de las actuaciones administrativas referidas).

Luego, advierto que Juan Bautista Pozas y su padre, Héctor Bautista Pozas Paredes, han consentido el acto administrativo que concluyó el mencionado sumario, en el que la señora Jueza de Faltas ha condenado al primero al pago de una multa de 250 puntos, por haberlo considerado autor responsable de la falta administrativa descripta en el considerando 1 de la mencionada

resolución, en los siguientes términos: “un can de su propiedad sexo hembra, color negro y marrón, tamaño mediano, raza mestiza, el cual según constancias obrantes a fs. 4 ha causado mordeduras a una persona en la vía pública”. La Constancia de fs. 4 de las que sendos co-demandados fueron impuestos, consiste en un certificado emitido por un profesional médico del Hospital Ramón Carrillo, quien en 14/03/2011 da cuenta que el niño Elías Méndez fue traído a la guardia por su madre y que en esa fecha presentaba heridas cortantes por mordedura de un perro en su rostro -región malar y nasal derecha y en zona izquierda-.

Se impone señalar a esta altura de las consideraciones, que el acto administrativo sancionador dictado por la Sra. Jueza de Faltas municipal goza de presunción de legitimidad (cfr. art. 55 inc. 1 de la ley 1284, a la cual adhiere la Ordenanza Municipal N° 6320, Año 2005). En efecto, de acuerdo a lo que dispone la mencionada prescripción normativa, dentro de los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo regular se encuentra el inherente a su legitimidad, que importa la presunción de validez mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente.

Ahora bien, cabe concluir que las consecuencias que trae aparejada tal presunción son: a) La igualación provisional de los actos legítimos e ilegítimos regulares –actos nulos y anulables-, pues estos últimos gozan de una vigencia precaria mientras no se los revoque (en sede administrativa) o anule (en sede judicial); b) Como la presunción no es absoluta, sino una mera presunción simple o “iuris tantum”, puede ser desvirtuada por el interesado, alegando o demostrando, en su caso, que el acto controvierte al orden jurídico, ya en el ámbito administrativo (procedimiento administrativo), ya en el ámbito judicial (proceso administrativo); c) El acto con presunción de legitimidad es exigible y en consecuencia, debe cumplirse.

Es decir que si no existe un acto expreso de la autoridad (administrativa o judicial, según corresponda), todo acto debe ser tenido por válido, aunque a alguien le parezca que no lo es, siendo tal opinión irrelevante. En el ámbito del derecho administrativo argentino, la autoridad administrativa (revocando) y la judicial (anulando) es la que decide sobre esa situación ante la presentación de un caso concreto (cfr. al respecto, Jorge H. Sarmiento García, “SOBRE LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD”, en diario DPI soporte digital www.dpicuantico.com).

En el caso que nos ocupa, advierto que el acto administrativo sancionador no fue impugnado ni en sede administrativa ni en la instancia judicial correspondiente y que, habiéndolo consentido el Sr. Juan Bautista Pozas, ha pagado la multa impuesta por la autoridad administrativa, por haberlo considerado infractor en virtud de lo previsto en el art. 35. 1 de la ordenanza 6787/06 sobre control de animales domésticos.

Por tal razón, mal pueden en este proceso los co- demandados cuestionar la presunción de validez que el acto administrativo sancionador posee, invocando supuestos vicios previos a su dictado y otros relativos a su motivación fáctica.

Ergo, el sentenciante de primera instancia ha procedido conforme a derecho al haber ponderado las constancias probatorias emergentes de las actuaciones administrativas a efectos de tener por acreditada la plataforma fáctica sobre la que la parte actora ha sustentado su pretensión en estas actuaciones.

B. Partiendo de tal base y toda vez que las referidas constancias documentales incorporadas a estos actuados dan cuenta de la forma en la que han acaecido los hechos y de la propiedad del can sexo hembra, pelaje negro y marrón, imputada a Juan Bautista Pozas Paredes, según fuera determinado en dichas actuaciones administrativas (fs. 1, 2 y vta., 3, 5, 6, 8,9, 11, 12, 16), la testimonial de Rosario del Carmen Moraga obrante a fs. 101/102 no hace más que corroborar lo probado en sede de la administración pública. Por ello, considero que el juzgador ha efectuado una faena valorativa correcta al haber tomado en consideración los dichos de la testigo, a efectos de tener por acreditada la plataforma fáctica sobre la que la accionante ha sustentado su pretensión reparatoria.

Es que, más allá de las imputaciones de parcialidad esgrimidas por los apelantes a efectos de descalificar el testimonio, no encuentro motivos para descartar los dichos de Moraga en los aspectos concretos que se han apreciado para resolver, teniendo en cuenta que lo declarado es compatible con la restante prueba a la que he hecho mención.

C. En cuanto a la impugnación del criterio adoptado por el a quo, quien ha hecho extensiva la condena reparatoria a los padres del dueño del perro mordedor, invocando la disposición normativa contenida en el art. 1.114 del Código Civil de Vélez, habiendo eximido de culpa a los padres del niño dañado, cabe señalar que ya he tenido oportunidad de referirme en un supuesto judicial traído a mi consideración. He resuelto en este sentido que: “la responsabilidad refleja calificada estatuida en el art. 1114 del Código Civil alcanza a los padres por los daños causados por el hecho de sus hijos, mas no por los daños sufridos por estos últimos de resultas del hecho o las cosas de un tercero” (cfr. mi voto como integrante de la Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial en autos “Weinzettel Luciana c/ Municipalidad de Junín s/ Daños y Perjuicios. Responsabilidad Cont. Estado” con cita de Marcelo J. López Mesa, “Código Civil y leyes Complementarias” Anotados con Jurisprudencia T. II, Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2008, pág. 692).

La norma citada establece dicha responsabilidad en relación con los daños causados por los hijos, por lo que en la especie, en

todo caso, no se daría el supuesto previsto en el dispositivo legal sub análisis, sino que los demandados debieron acreditar la existencia de alguna causal de exoneración de su responsabilidad. Cabe señalar que del juego armónico de la legislación aplicable al sub examine, esto es, los arts. 1.114 y 1.124 del Código Civil de Vélez Sarfield, se desprende que la segunda disposición normativa atribuye al propietario la carga de responder por los daños causados por el animal de su propiedad. Dicha norma debe ser armonizada con otros artículos del mismo ordenamiento, que en su capítulo I, bajo el título: "De los daños causados por los animales", entre ellos los artículos 1.125, 1.128 y 1.129 (este último que se refiere al animal feroz), muestran supuestos específicos de exoneración que operan necesariamente frente a la imputación objetiva de responsabilidad, constituyendo exponentes típicos de causas ajenas del daño, que interrumpen el nexo de causalidad; entre ellas, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder y/o el caso fortuito o la fuerza mayor.

En el supuesto que nos ocupa, los co-demandados Héctor Bautista Pozas Paredes y Mirta Escobar -progenitores del entonces menor Juan Bautista Pozas- no han logrado acreditar la interrupción del nexo causal entre el hecho generador del deber de responder, en los términos del art. 1.114 del Código Civil, y el daño padecido por el niño Elías Ezequiel Méndez, quien contaba con dos años y seis meses de edad al momento de ocurrir el siniestro.

En conclusión, coincido con el juzgador de la instancia de grado en que probado el nexo de causalidad y no encontrándose acreditada ninguna de las causales que habilitan la exoneración, los co-demandados Pozas Paredes y Escobar deben responder por el daño padecido por el menor Elías Méndez, a raíz del ataque propinado por un can potencialmente peligroso (art. 22. 1 de la Ordenanza Municipal 6787/2006), de propiedad del hijo menor de ambos, que se encontraba suelto en la vía pública.

D. En lo referente al cuestionamiento de la indemnización por el rubro daño moral, tal aspecto de la queja debe ser desatendido toda vez que, contrariamente a lo afirmado en la expresión de agravios, tal reparación fue reclamada por la parte actora al dar inicio a los presentes (cfr. fs. 31 y vta.).

Sabido es que el daño moral es la lesión de razonable envergadura producida al equilibrio espiritual cuya existencia la ley presume –y tutela- y que atañe a una persona. Es decir entonces, que el resarcimiento por este rubro se genera a partir del acaecimiento de un hecho de cierta gravedad y es una reacción especial frente a ésta; según Diez Picaso debe tener dos características, afectar o lesionar un derecho a la personalidad y afectar la esfera psicofísica, es decir el derecho no debe intervenir cuando el daño sea fruto del riesgo general de la vida (cfr. mi voto en el Acuerdo Nro. 25/2015, de esta Cámara, Sala II, en autos "Luna Alberto Javier Omar c/ González Heinrich Valentín Leandro y otro s/ D. y P. derivados del uso de automotores (con Lesión o Muerte)" y Sala I Ac. 03/2014, voto de la Dra. Calaccio en autos "DANDLIKER VANESA CRISTINA C/ BAHIA MANZANO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO").

En los presentes, coincido con el juzgador en que dicho rubro es procedente, en atención a las características del hecho con aptitud suficiente de generar las mortificaciones padecidas por los accionantes, que la ley (art. 1078 del Código civil de Vélez), en algunos supuestos, presume. Con respecto al quantum de dicha reparación, la jurisprudencia de nuestro tribunales ha sentenciado, reiteradamente, que la fijación del importe del daño moral es de difícil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (C. N. C. Civ. sala F, 18-08-92 LL, 1994-B-277; igualmente, sentencia del 31 de Octubre de 2013, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. La Matanza, Buenos Aires, Sala 01, en autos "Lazarte, Diego G. y Otra c/ Vázquez, Sonia E. y Otra s/ Daños y Perjuicios", Id SAIJ: FA13010223).

Atento a las pautas vertidas por el sentenciante a la hora de pronunciarse sobre la procedencia y la cuantificación del daño y ponderando las circunstancias personales de la víctima, -menor de dos años y medio al momento del hecho-, de la madre del niño dañado (quien a la fecha del siniestro se encontraba embarazada de su tercera hija, y que en dicho estado debió concurrir de urgencia en colectivo al hospital local con su bebé lesionado en brazos para que recibiera los auxilios pertinentes), y ponderando la restante prueba incorporada a la causa -historia clínica y fotografías anexadas por la parte actora- estimo que corresponde confirmar la cuantificación económica de la indemnización del daño moral reclamado, tal cual lo ha sentenciado el Sr. Juez de la instancia de origen.

V. Conclusión: En virtud de lo hasta aquí expuesto, mi propuesta al Acuerdo es el rechazo del recurso de apelación deducido por los co-demandados con costas a su cargo (art. 68 del C.P.C. y C.). Se impone diferir la regulación de los honorarios profesionales correspondientes al patrocinio letrado de los impugnantes, hasta que se cuente con pautas para ello (arts. 20 y 47 de la ley 1594). Mi voto.

A su turno, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su

voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los demandados; con costas a su cargo (art. 68 primera parte del CPCyC).

II.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello (arts. 20 y 47 de la ley 1594).

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"FUENTES VANESA DEL LUJAN C/ FERREYRA RAUL FABIAN S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 40378/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DESPIDO DIRECTO. COMUNICACION. INVARIABILIDAD DE LA CAUSA DE DESPIDO. ABANDONO DE TRABAJO. CONFIGURACION.

1.- (…) el propio accionado tanto en su comunicación del distracto como en el escrito de contestación de demanda, especifica que la resolución contractual se sustentó en el abandono de trabajo, (…), con lo cual, la postura del recurrente de argüir en los presentes agravios que existieron diversas causas para el despido directo y que las mismas no fueron consideradas, constituye una extralimitación de la traba de la litis original, violatoria de lo expresamente previsto en los arts. 243 de la LCT y 277 del CPCC.

2.- Es improcedente el despido directo al no encontrarse configurado el abandono de trabajo (art. 244 de la LCT), toda vez que el distracto no ha reunido los recaudos formales ni materiales exigidos por la legislación aplicable, no se ha comprobado la debida intimación e igualmente no se ha acreditado el abandono alegado. Por el contrario, la trabajadora ha acreditado su intención conservadora a través de las misivas que pretendían justificar su ausencia, la que además fue avalada por los partes médicos.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los doce (12) días del mes de abril del año 2017, la Sala 1 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 Pablo G. Furlotti y María Julia Barrese, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: "FUENTES VANESA DEL LUJAN C/ FERREYRA RAUL FABIAN S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 40378, 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. María Julia Barrese, dijo:

I.- A fs. 184/194 se dicta la sentencia de primera instancia que admite parcialmente la demanda entablada por la Sra. Vanesa del Lujan Fuentes, condenando al Sr. Raúl Ferreyra a pagar la suma de $76.097,99, en concepto de diferencias salariales, indemnizaciones por despido y multas, con más intereses, certificados y costas.

La parte demandada interpone recurso de apelación contra el pronunciamiento judicial a fs. 198/207, que es contestado por la parte actora a fs. 209/211/vta.

II.- A) Agravios de la parte demandada.

1. Argumenta que el juez de grado incurre en incongruencia al considerar injustificado el despido directo cuando la reclamante ha alegado un despido indirecto por falta de recepción de certificados médicos, no habiendo impugnado la resolución contractual formulada por la perseguida.

2. Arguye que no se ha cuestionado la recepción de la intimación y el transcurso del plazo de 24 horas en la constitución del abandono de trabajo, por lo cual no fue objeto de prueba, siendo arbitrario que el magistrado estime injustificado el despido directo por tal motivo. Destaca que las misivas de la dependiente fueron recibidas el 25 de marzo del 2014 y que transcurrieron 7 días de ausencia y 2 días desde la intimación sin que se presentara a justificar las faltas atribuidas.

Denuncia que se deja de lado los antecedentes disciplinarios traídos y no negados, siendo manifiesta la falta de colaboración de la trabajadora en relación a las ausencias y su debida justificación, imposibilitando la cobertura de la vacante y el control médico.

3. Cuestiona que la actora no presentara los certificados médicos en el puesto de trabajo en la primera ausencia a los fines de su justificación, rechazando que la trabajadora actuara de buena fe.

Remarca que la accionante no realizó el curso de alimentos y denunció que la libreta sanitaria era retenida, lo que no se condice con la renovación de la misma con fecha 19 de marzo.

Critica que se le atribuya responsabilidad en la supuesta demora en la recepción de los telegramas cuando ello no es acreditado, habiendo recibido los telegramas de la actora el 1 de abril, cuando ya se había extinguido el vínculo laboral.

4. Señala que el juzgador considera injustificado el despido en base a que dos días de ausencia no son suficientes, abstrayéndose que la injuria laboral denunciada estaba constituida por las ausencias, la falta de renovación de la libreta sanitaria y los serios antecedentes disciplinarios, transcribiendo la misiva pertinente y denunciando que las misivas de la contraria son posteriores.

5. Insiste en la justificación del despido directo en virtud de la comprobación de las diversas causas alegadas que constituyen injuria laboral grave.

6. Se queja de la atribución de errónea registración y mal trato laboral, denunciando que ello no ha sido debidamente acreditado en autos.

Afirma que la crisis laboral se desencadenó por los reiterados incumplimientos de la actora a sus obligaciones laborales y los llamados de atención del demandado.

Asegura que las testigos citadas por el sentenciante están comprendidas en las generales de la ley; una es cuñada de la actora y la otra tiene juicio pendiente contra el demandado, más allá de que sus dichos son imprecisos y contradictorios. Recuerda que la demandante no reclamó por irregularidad durante la relación y que los registros laborales son llevados en legal forma.

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, dejando sin efecto la condena formulada en su contra, con costas.

B) Contestación de la parte actora.

Denuncia el incumplimiento de los requisitos del art. 265 del CPCC, requiriendo se decrete la deserción del recurso e invocando el principio in dubio pro operario.

Solicita se rechace el recurso con costas.

C) Sentencia de primera instancia.

Principia el juez delimitando los hechos de la causa a la constitución del despido directo comunicado el 27 de marzo del 2014, siendo improcedente el despido indirecto operado con posterioridad. Asimismo, decreta que se ha alegado abandono de trabajo, no habiéndose acreditado la fecha de recepción de la intimación para verificar si se encontraba vencido el plazo otorgado en la intimación previa.

Refiere que los certificados médicos acompañados por la actora han sido autenticados y que las testigos Pacheco e Izzo dan cuenta de la errónea registración y del mal trato que recibía la trabajadora, no habiéndose presentado los libros laborales requeridos al empleador.

Destaca que la misiva solo se refirió a las faltas de los días 19 y 20 de marzo, y que la empleada manifestó su intención

conservadora, renovando la libreta sanitaria y remitiendo telegramas para justificar sus ausencias y exigir el cese de los malos tratos, advirtiendo que los mismos fueron recibidos por el demandado recién el 1 de abril, a diferencia de la actora que recibiera las cartas en tiempo propio. Considera igualmente de escasa gravedad la supuesta inasistencia durante dos días en el marco de la grave crisis que atravesaba la relación laboral.

III.- Admisibilidad.

En principio, a la luz de lo prescripto por el art. 265 del CPCC y lo denunciado por la parte actora, corresponde realizar el control de admisibilidad del recurso, facultad propia de este tribunal.

Atento la gravedad de la sanción estipulada en el art. 266 del código ritual, lo hago con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales y la garantía de la defensa en juicio, en el marco del principio de congruencia. Con ello, estimo reunidos los requisitos formales a los fines de la apertura de la instancia y el tratamiento de los agravios vertidos, con las salvedades que se puntualizarán, desestimando la petición actora en tal sentido.

IV.- A) Constancias de la causa.

Atento la tesis y la antítesis propuestas, considero de interés destacar los siguientes elementos fácticos.

Observo que la actora se encontraba registrada como ayudante de cocina con ingreso el 1/4/2011 (fs. 3); el intercambio telegráfico se inicia con el telegrama de intimación enviado por la trabajadora, en fecha 14 de marzo del 2014 (fs. 4), en el que reclama la regularización de la fecha de ingreso -5/1/2009- y la categoría laboral cocinera, cese de malos tratos, entrega de la libreta sanitaria y también, pone en conocimiento un certificado médico de diagnóstico. Contesta el empleador, negando lo alegado, denunciando faltas disciplinarias de la reclamante, incumplimiento de los cursos obligatorios para la renovación de la libreta sanitaria, intima la presentación de la misma, y ante reiteradas inasistencias de los días 19 y 20 de marzo del 2014, intima para que en 24 horas se presente a trabajar la aquí accionante y justifique inasistencias, bajo apercibimiento de considerarla incursa en abandono de trabajo (art. 244 LCT (telegrama de fs. 13); tras lo cual remite la siguiente comunicación el 27 de marzo: “Ante sucesivas faltas injustificadas, sin aviso, de fecha 19 y 20 de marzo de 2014, silencio a intimación despacho CD N°405927923 no habiendo a la fecha tampoco presentado la libreta sanitaria renovada pese a la intimación cursada, conforme sus antecedentes y así como suspensiones y ante nuevas faltas sin aviso e injustificadas de fecha 21, 25, y 26 de marzo de 2014, considero su actitud como abandono de trabajo y disuelto vínculo laboral por su culpa.” (fs. 14). El mismo día, la trabajadora remite telegrama rechazando la intimación previa, denunciando negativa a recibir la libreta como los certificados médicos (fs. 10); se acompañan sanciones disciplinarias del mismo mes del distracto (fs. 46 y 47).

El informe del correo da cuenta de que el telegrama por el cual la actora denuncia la negativa a recepcionar certificado médico del día 19 de marzo y transcribe el mismo para conocimiento del demandado, fechado 20 de marzo del 2014, fue devuelto al remitente por plazo vencido con dos avisos al destinatario (fs. 94 y 98).

En el escrito de demanda, la actora alude al despido indirecto, sin mencionar siquiera el directo y al describir el intercambio telegráfico dice que el demandado contesta el 25 de marzo y que ella responde dicha carta el 27, sin precisar cuando recibió la intimación (fs. 21 y ss.); y que el demandado en el responde expresa textualmente: “Ante la falta de justificación de inasistencias, por la cual había sido intimada a presentarse a trabajar y continuando sin asistir a su lugar de trabajo los días 21, 25 y 26 de marzo, el día 27 de marzo de 2014, remito CD 405925689 notificando el despido por abandono de trabajo”, afirmando haber recibido las misivas posteriores a la intimación con fecha 1 de abril (fs. 56 y ss.).

B) Análisis de los agravios.

Advierto que analizaré los agravios en forma conjunta, dada la interrelación existente en los argumentos vertidos y que los mismos se refieren a una idéntica cuestión: la desvinculación laboral.

En principio, el juez de grado bien define que la resolución contractual se produce con el despido directo por abandono de trabajo formulado por el demandado atento que es el que primero se produce en el tiempo, siendo totalmente inoperante el despido indirecto constituido por la actora, con posterioridad, dado que el contrato de trabajo ya se encontraba extinguido.

Luego, el propio accionado tanto en su comunicación del distracto como en el escrito de contestación de demanda, especifica que la resolución contractual se sustentó en el abandono de trabajo, tal como lo demuestran los textos transcriptos supra, con lo cual, la postura del recurrente de argüir en los presentes agravios que existieron diversas causas para el despido directo y que las mismas no fueron consideradas, constituye una extralimitación de la traba de la litis original, violatoria de lo expresamente previsto en los arts. 243 de la LCT y 277 del CPCC.

Los hechos denunciados componían meros antecedentes de la decisión resolutoria que se basó en las supuestas inasistencias al trabajo que constituían un abandono incumplimiento.

En este sentido, la doctrina explica que el artículo 243 de la LCT consagra el principio de la invariabilidad de la causa del despido,

que impide modificar la consignada en la comunicación del distracto. La invariabilidad impone el deber de expresar claramente en el respectivo telegrama, la causa que determina la disolución del vínculo, esto es, la no utilización de fórmulas genéricas, para evitar así que luego las partes puedan referirla –según su propia conveniencia- a otros hechos y crear de esta forma zonas de indefensión a la contraparte, como también ponerse en contradicción contra sus propios actos e incurrir en incongruencia. Desde esta perspectiva, el último apartado de la norma –inmutabilidad de la causa- no es nada más ni nada menos que la consecuencia directa del cumplimiento de los recaudos de la comunicación –fehaciente- efectuada por escrito, con indicación de motivos claros que justificarían el acto rescisorio, en armonía con la aplicación del principio de buena fe (Ackerman Mario-Sudera Alejandro, "Extinción de la relación laboral", Rubinzal-Culzoni Ed., p. 377).

Así, lo ha entendido la jurisprudencia uniformemente: "Cuando de las causas de cesantía se trata, existe una suerte de fijeza prejudicial en el sentido de que no se admitirá la modificación posterior de los motivos en que se funda la ruptura del contrato consignada en la comunicación que se hiciera por escrito al trabajador, según lo dispone el art. 243 de la LCT, respecto de la invariabilidad de la causa de despido" (SCBA, 15.5.84, DT 1984-B-1101).

Ahora, situados en el supuesto del abandono de trabajo, pesaba sobre el empleador probar que el mismo fue constituido en legal forma en los términos del art. 244 de la LCT, es decir, que era fundamental acreditar la fehaciente intimación previa y el transcurso del plazo correspondiente a los fines de convalidar el distracto justificado.

Si bien la actora reconoce la recepción de la misiva, no se precisa ni se informa en autos cuando se produjo la notificación, por lo cual, el juez estimó intempestivo el despido operado.

Resulta asimismo exiguo el plazo de 24 horas otorgado a la trabajadora (art. 57 de la LCT). Es importante contextualizar la extinción contractual, dado que existía un conflicto previo entre las partes tal como lo demuestra la primer intimación realizada por la demandante con diversos reclamos laborales, las sanciones disciplinarias impuestas por el perseguido en el mismo mes del distracto, y en cuanto a las ausencias, se han autenticado los certificados médicos que justifican las inasistencias puntuales de los días 19 y 20 de marzo (fs. 18 A y B), tal cual lo menciona el magistrado de la anterior instancia, lo que torna también injustificado el despido con tal motivo.

Se advierte como aspecto relevante, que la comunicación en la que la empleada denuncia justamente la negativa del patrón a recibir los certificados médicos- justificación de las faltas denunciadas- es devuelta al remitente porque el destinatario no acude al correo tras dos avisos en el domicilio, es decir, que queda claramente expuesta la actitud y conducta del empleador, quien recibe los telegramas obreros después de la constitución del despido directo.

Recordemos que es obligación de las partes de un contrato de trabajo recibir las comunicaciones formales en razón del principio elemental de buena fe (arts. 62 y 63 de la LCT) y, particularmente, es carga del empleador explicarse ante el requerimiento del trabajador, cuya omisión o incumplimiento originará una consecuencia desfavorable para el mismo, una presunción en su contra (art. 57 de la LCT y art. 1 ley 24.487).

El abandono como incumplimiento consiste en la violación, voluntaria e injustificada, del deber de asistencia y prestación efectiva por parte del trabajador. El artículo 244 de la LCT introduce un recaudo adicional en la decisión de finalizar el vínculo con invocación de esta injuria, al establecer la obligación de intimación previa por el plazo que impongan las modalidades del caso; sin el cumplimiento de este requisito, el empleador se encontraría obligado a resarcir económicamente al trabajador por su decisión (Ackerman Mario-Tosca Diego, "Tratado de Derecho del Trabajo", t. IV, p. 203).

"Las respuestas del trabajador ante las intimaciones cursadas por la empleadora para que retomara tareas, en el sentido de que se encontraba enfermo e imposibilitado para trabajar, poniendo a su disposición los certificados médicos que estaban en su poder, deben interpretarse como exteriorización de su voluntad de continuar la relación laboral" (CNAT, sala VIII, 31.10.89, TSS 1990-243).

Todo ello lleva a la conclusión de que el despido directo no ha reunido los recaudos formales ni materiales exigidos por la legislación aplicable, no se ha comprobado la debida intimación e igualmente no se ha acreditado el abandono alegado. Por el contrario, la trabajadora ha acreditado su intención conservadora a través de las misivas que pretendían justificar su ausencia, la que además fue avalada por los partes médicos.

Las alusiones relacionadas con la registración laboral, la libreta sanitaria y los malos tratos, fueron efectuadas a los efectos de desvirtuar los antecedentes de la desvinculación laboral, no habiéndose impugnado expresamente la multa condenada (art. 265 del CPCC). El recurrente alega que no debieron considerarse tales denuncias cuando el despido obedeció a otras causales, según el art. 243 de la LCT. Con lo cual, siendo una cuestión secundaria, resulta improcedente su tratamiento, a la luz de lo resuelto supra.

Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo que se rechace el recurso interpuesto por la parte demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y

68 del CPCC, difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933). Tal mi voto.

A su turno, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. 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 Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC.

II.- Diferir la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**“GUZZETTI CARLOS ORLANDO C/ GALENO A.R.T. S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 40936/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 24/02/2017

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

INCAPACIDAD LABORAL. PRUEBA. PRUEBA PERICIAL. APARTAMIENTO DEL DICTAMEN PERICIAL. REDUCCION DEL DAÑO RECLAMADO. PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL. PRINCIPIO PRO OPERARIO. RESOLUCIONES JUDICIALES. ARBITRARIEDAD.

1.- No obstante que la pericia médica no obliga al tribunal a compartir sus conclusiones, ello no significa que pueda apartarse arbitrariamente de la misma, pues en todo supuesto la desestimación de sus afirmaciones debe ser razonada y científicamente fundada, ya que si bien el dictamen carece de carácter de prueba legal, cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica en el campo de saber del perito, para desvirtuarlo es preciso traer elementos de juicio que permitan concluir convincentemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos científicos.

2.- La prescindencia del informe pericial sólo respetará los principios derivados de la necesaria fundamentación de las resoluciones judiciales y el de la sana crítica, cuando se base en criterios con solvencia técnica o científica y no en reglas de la experiencia.

3.- Corresponde recocar la sentencia que, en un proceso de cobro de indemnización por un infortunio laboral discrepara con el porcentaje de incapacidad determinado por el perito médico

actuante, si dictamen 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.

4.- De haber advertido la conducta poco profesional que atribuye a la psicóloga, el juez de grado debió haber dejado sin efecto su dictamen y ordenado la designación de un nuevo perito psicólogo. Al no haber procedido de ese modo, el magistrado ha dejado de aplicar el postulado legal emergente del art. 9 de la LCT, habiendo perjudicado al trabajador invocando razones fácticas emergentes de otras causas y, por ende, totalmente ajenas al proceder del trabajador.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veinticuatro (24) días del mes de febrero del año 2017, la Sala 1 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 Pablo G. Furlotti y María Julia Barrese, con la intervención del Secretario de Cámara Subrogante, Dr. Alexis F. Muñoz Medina, dicta sentencia en estos autos caratulados: "GUZZETTI CARLOS ORLANDO C/ GALENO A.R.T. S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", (Expte. Nro.: 40936, 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, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

I.- A fojas 126/138 y vta. se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente resolvió declarar la inconstitucionalidad de los artículos 21, 22 y 46 de la LRT y rechazó la defensa de falta de acción, con costas a la demandada vencida (arts. 17 Ley 921 y 68 CPCyC).

Asimismo, el a quo ha admitido parcialmente la acción entablada por el señor Carlos Orlando Guzzetti contra GALENO A.R.T. S.A., con costas a la parte demandada vencida y condenó a la accionada a pagar al demandante la cantidad de SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS pesos con QUINCE centavos ($76.366,15), con más los respectivos intereses que fijara en la tasa "mix", remitiéndose a lo considerado en el punto X del decisorio.

II.- Contra dicho pronunciamiento se agravia el demandante, habiendo apelado y fundado el recurso pertinente a fs. 140/144 y vta. Corrido el correspondiente traslado del escrito impugnatorio, éste no fue contestado por su contendiente.

III.- Descripción de los agravios del actor:

A. El accionante se agravia por la descalificación de las conclusiones de la pericia médica efectuada por el judicante de la anterior instancia, adunando que dicha prueba no fue impugnada por las partes. Relata que el a quo ha reducido el porcentaje de incapacidad del actor determinado por la experticia.

En tal sentido, el agraviado expresa que al no haber merecido observación alguna de las partes, las conclusiones de la pericia médica han llegado firmes y consentidas al momento de dictar sentencia.

Expone que el magistrado no puede apartarse del dictamen médico supliendo la inactividad de la parte demandada, en perjuicio del trabajador. Luego de citar jurisprudencia que considera aplicable al sub lite, afirma que en el caso no hay elementos que contradigan la opinión del perito médico y que hubiera correspondido a las partes su cuestionamiento. Concluye que no habiendo efectuado impugnación alguna, el dictamen es determinante a los efectos de la resolución del litigio.

Afirma, de seguido, que el a quo ha efectuado un análisis centrado en aspectos parciales del dictamen pericial médico, a efectos de proceder a la reducción del porcentaje de incapacidad determinado por el profesional idóneo, omitiendo ponderar dicha pieza en su integridad. Achaca al juzgador el no haber estado presente al momento de la realización de la pericia ni ser la persona encargada de la revisación médica del trabajador. Por otra parte, señala que el sentenciante se ha entrometido en cuestiones técnicas que exceden a sus conocimientos. Afirma que en el caso, debe prevalecer la opinión del perito médico y no la del juez ya que el primero es un profesional de la medicina.

Cita jurisprudencia de esta Cámara –Sala II- en aval de su postura.

Luego efectúa el análisis de la pericia médica obrante en autos, refutando las conclusiones a las que ha arribado el a quo a la hora de su ponderación. Dedica un párrafo a cuestionar el criterio del juez en cuanto afirma un error aritmético en la determinación de los porcentajes causados por la limitación en los movimientos que padece el trabajador, daño que el perito cuantifica en un 4% en tanto que el a quo lo hace en un 2%.

A continuación, alude a la consolidación jurídica del daño con cita de jurisprudencia, expresando que el perjuicio padecido por Guzzetti se encuentra jurídicamente consolidado.

Critica el porcentaje de incapacidad determinado por el judicante sosteniendo que ha procedido de manera arbitraria, dado que no posee los conocimientos médicos necesarios para arribar a semejante conclusión técnica.

Insiste en que en caso de duda, el juzgador debió estar a la situación más favorable para el trabajador atendiendo a los principios vigentes en el derecho del trabajo, agregando que el a quo pudo haber citado al perito médico para que brindara las explicaciones pertinentes, como medida para mejor resolver, en lugar de perjudicar al trabajador.

B. También, se agravia, cuestionando del rechazo del daño psicológico que fuera determinado por la experta interviniente. Expresa que sin perjuicio de las críticas que el magistrado ha efectuado al momento de ponderar la prueba pericial psicológica, en autos, también el experto médico ha dado cuenta del daño psicológico padecido por su parte a raíz del siniestro “in itinere”, habiendo coincidido con la perito psicóloga en que el actor posee una reacción vivencial neurótica con manifestación depresiva o fóbica en grado II.

Afirma que de haber advertido la conducta poco profesional que atribuye a la psicóloga, el juez de la anterior instancia debió haber dejado sin efecto su dictamen y ordenado la designación de un nuevo perito psicólogo, en lugar de perjudicar al trabajador por una circunstancia totalmente ajena a su proceder.

C. De seguido, cuestiona la liquidación practicada por el juez, concluyendo que perjudica al trabajador en lo atinente a la tasa de interés aplicable, atento a que de haber aplicado la fórmula de la LRT en lugar de la resolución 387/2016, el interés correspondiente al capital adeudado debería ser el inherente a la tasa activa que fija el BPN. Dice que los pisos mínimos establecidos en las sucesivas resoluciones emitidas por la autoridad de aplicación importan un beneficio para el trabajador, respecto a lo que le hubiese correspondido en virtud de la fórmula del art. 14 ap. 2 inc. a) de la LRT y que en ningún caso fueron fijados en su perjuicio.

Solicita que al momento de practicarse la nueva liquidación a favor del actor en base al porcentaje de incapacidad que este Cuerpo determine, se tomen en cuenta estas eventuales diferencias que pudieran surgir entre la fórmula, la resolución y las tasas activa y “mix” que en cada caso se prevén, requiriendo que se esté a la opción que resulte más favorable al trabajador. Concluye peticionando que este Cuerpo revoque la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda, en base al porcentaje de incapacidad determinado por el perito médico con imposición de costas a la demandada.

D. Conferido el pertinente traslado del memorial, el mismo no fue contestado por la accionada.

IV. Análisis de los agravios: Adelanto que en mi opinión la queja habrá de prosperar. He de brindar de seguido, los motivos que me inclinan a propiciar al Acuerdo el favorable andamiento de la apelación actora.

A. Como reiteradamente lo ha sostenido esta Cámara, a la hora de pronunciarse sobre el valor probatorio de la prueba pericial: “Si bien los jueces tienen amplia libertad para ponderar el dictamen pericial, ello no implica que puedan apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo. Para hacerlo, deben basarse en argumentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos y máximas de experiencia o si existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar convicción sobre la verdad de los hechos. Así pues cuando el peritaje aparece fundado suficientemente y sin que se le opongan argumentaciones de mayor peso, cabe estar a sus conclusiones” (cfr. Ac. 81/2015 en autos “Herrera Elena Gisel c/Prevención ART S.A. S/Accidente de Trabajo con ART”, www.jusneuquen.gov.ar, del voto de la suscripta entre otros que han sido citados por el impugnante).

Por su parte, nuestro TSJ se ha expedido sobre las atribuciones del juez a la hora de ponderar los informes técnicos plasmados por los expertos intervinientes en un litigio, habiendo concluido que: “...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” (cfr. autos O'Connor, Margarita Elvira Aida vs. Instituto de Seguridad Social de Neuquén s. Acción procesal administrativa; Tribunal Superior de Justicia, Neuquén; 23-set-2016; Rubinzal Online; RC J 6819/16, idem, Rosales, Silvia Nora vs. Instituto de Seguridad Social de Neuquén s. Acción procesal administrativa; Tribunal Superior de Justicia, Neuquén; 12-ago-2016; Rubinzal Online; RC J 5198/16).

Ahora bien, siguiendo tales directrices ha de señalarse que no obstante que la pericia médica no obliga al tribunal a compartir sus conclusiones, ello no significa que pueda apartarse arbitrariamente de la misma, pues en todo supuesto la desestimación de sus afirmaciones debe ser razonada y científicamente fundada, ya que si bien el dictamen carece de carácter de prueba legal, cuando

el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica en el campo de saber del perito, para desvirtuarlo es preciso traer elementos de juicio que permitan concluir convincentemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos científicos.

Es que, como lo tiene dicho la jurisprudencia nacional del fuero laboral:

"...para apartarse de la valoración del perito médico, el juez debe encontrar sólidos argumentos, ya que se trata de un campo del saber ajeno al hombre del derecho, y aunque no son los peritos los que fijan la incapacidad, sino que ella es sugerida por el experto y determinada finalmente por el juzgador, basándose en las pruebas que surgen del expediente y las normas legales de aplicación, su informe resulta el fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordena reparar (cfr. Medina, Oscar Eduardo vs. La Segunda ART S.A. s. Accidente - Ley especial /// Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV; 21-dic-2012; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 4979/13).

Se ha resuelto en este sentido que: "La circunstancia de que la pericia médica no obligue al tribunal del trabajo, no significa que pueda apartarse arbitrariamente de la misma; en todo caso la desestimación de las conclusiones debe ser razonable y científicamente fundada" (cfr. L. H., N. vs. C. N. Sociedad Anónima Industrial Comercial Agrícola e Inmobiliaria S.A.I.C.S.C.I. y otro s. Daños y perjuicios /// Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Sala I, Neuquén, Neuquén; 31-mar-2009; Rubinzal Online; RC J 2125/09).

Entonces, en función de lo expuesto, aunque el dictamen experto no es vinculante, no parece coherente con la naturaleza del discurso judicial apartarse de él sin motivo.

En casos como el presente, la prueba científica adquiere una centralidad indudable; con lo cual los jueces deben extremar el cuidado en el esclarecimiento de las eventuales dudas.

Advierto que en el sub lite, tal como lo sostiene le impugnante, el juez se abstuvo de solicitar aclaraciones a los peritos médico y psicólogo, suplantando las conclusiones de los especialistas por las propias, por aplicación de las máximas de la experiencia que ha invocado en el considerando V. Pero dichas reglas de conocimiento que el juez considera haber obtenido con la práctica, no avalan a mi entender, la potestad de resolver en contradicción con los principios que inspiran el derecho laboral, que trasladados al proceso se hallan enderezados a la protección del trabajador.

La prescindencia del informe pericial sólo respetará los principios derivados de la necesaria fundamentación de las resoluciones judiciales y el de la sana crítica, cuando se base en criterios con solvencia técnica o científica y no en reglas de la experiencia.

En tal sentido, en mi opinión, el sentenciante ha emitido un pronunciamiento carente de motivación, al haberse apartado del dictamen pericial médico y prescindido del porcentaje de incapacidad fijado (29,45% de incapacidad parcial, permanente y definitiva), concluyendo que el trabajador padece una incapacidad menor (7%), sin explicitar con constancias probatorias de idéntico peso al de los dictámenes científicos producidos en la causa las razones de su proceder, es decir, sin fundamentar su postura en argumentos de igual rigor científico. La conclusión a la que ha arribado el magistrado de la instancia anterior luce dogmática, ya que si bien aquel puede poseer amplios conocimientos en medicina laboral, e incluso, para fundar su sentencia consultar numerosa bibliografía al respecto, si el apartamiento de la pericia no se apoya en hechos objetivos demostrables (vgr. examen físico realizado al paciente y otros estudios especializados complementarios practicados en otra pericia médica de mayor relevancia), será el producto de su íntima convicción, de su opinión personal, y por tanto, resultará inhábil para fundar válidamente el pronunciamiento jurisdiccional (cfr. en igual sentido, lo resuelto en autos "Gómez, Elio V. s. Recurso de inconstitucionalidad en: Gómez, Elio V. vs. Asociart ART S.A. s. Ordinario; Suprema Corte de Justicia, Mendoza; 04-jul-2011; Rubinzal Online; RC J 10529/11).

Partiendo de tales ideas, advierto que si bien el a quo ha trascripto parcialmente las conclusiones a las que arribara el experto médico interviniente, a efectos de tener por acreditada la patología que padece el accionante, argumentando que las partes no han efectuado observación alguna a dicho informe, luego entendió que no se hallaba suficientemente fundado el porcentaje de incapacidad estimado por el profesional interviniente, concluyendo que la incapacidad debía determinarse en el mínimo del baremo establecido por el decreto 659/96.

En reiteradas oportunidades, se ha resuelto que: "Apartarse de la pericia significa en la práctica preterirla o ignorarla y desconocer sus conclusiones.

Si ellas eran decisivas, es decir, si su consideración llevaba a la conclusión de sentido contrario a lo que se arribó, estamos en presencia de una arbitrariedad" (cfr. el ya citado caso autos Gómez, Elio V. s. Recurso de inconstitucionalidad en: Gómez, Elio V. vs. Asociart ART S.A. s. Ordinario; Suprema Corte de Justicia, Mendoza; 04-jul-2011; Rubinzal Online; RC J 10529/11 con cita de LS 240-8, 315-166, 315-142, 331-142, 337-203, 345-67).

B. Por lo demás, considero que, a la hora de establecer el grado del daño para este caso concreto, las apreciaciones efectuadas

por el juzgador (fs. 131 vta. y 132) son dogmáticas, atento a que no se apoyan en ningún fundamento jurídico válido que admita una conclusión distinta a la establecida en la pericia en cuestión. Comparto con la parte actora que dicho proceder contradice los principios propios del derecho laboral, dado que por un lado, las partes no han impugnado el dictamen médico, y de otra parte, si alguna duda ha tenido el sentenciante, pudo haber pedido explicaciones al perito interviniente, ante la ausencia de impugnación de la demandada. Por el contrario, considero que el a quo ha resuelto en el tópico, desoyendo los principios inspiradores del derecho laboral, que tienden a la protección del trabajador y que establecen que en caso de duda, debe estarse a la solución que más lo beneficie. Recordemos que el art. 9 de la LCT en su actual redacción (Ley 26428, B.O. 26/12/2008) reza textualmente que: “En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador” (el resaltado me pertenece).

Sintetizando las opiniones doctrinarias anteriores a la modificación del mencionado precepto legal, Ackerman, quien por cierto propiciaba una postura contraria a la que finalmente se impuso, ha relevado a las voces más relevantes en la materia, refiriendo que la aplicación de la regla in dubio pro operario en la valoración de la prueba es una manifestación del principio protectorio [ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, La vigencia del principio "pro operario", en AA. VV., Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo; estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, MTSS, Madrid, 1990, p. 847 y, en términos similares, PODETTI, Humberto, Los principios del Derecho del Trabajo, en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.), Instituciones de Derecho del Trabajo y de la seguridad social, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo-UNAM, México, 1997, p. 149.]; -el rechazo de la regla implicaría que ella no juegue allí donde es más necesaria [ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; CAMPS RUIZ, LuisMiguel; LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomás, Derecho del Trabajo. Fuentes y relaciones colectivas, 4ta ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 106], porque ése es el ámbito donde la duda se presenta con más frecuencia [RAMÍREZ BOSCO, Luis, Para una introducción al Derecho del Trabajo, Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 125]; -la situación de inferioridad económica y hasta moral del empleado siempre perdura, incluso dentro del proceso, a pesar de la igualdad teórica de situaciones procesales [ALLOCATI, Amadeo, La duda en el Derecho Laboral, en L. T. XV-209). p. 223]; -la naturaleza del hecho a probar, las dificultades de la prueba, la índole de los derechos en juego y el amparo y prioridad que les acuerda la ley son las circunstancias que justifican que, en los casos dudosos, se aplique la regla in dubio pro operario a la prueba de los hechos [Ibídem]; -el trabajador, por lo general, tiene una mayor dificultad que el empleador para aportar una prueba contundente [KROTOSCHIN, Tratado práctico de Derecho del Trabajo, 4ta ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, t.I, p. 72. En el mismo sentido PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios del Derecho del Trabajo, 3era ed. act., Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 92 y ss.]; -en la duda, esto es, cuando existen motivos en pro y en contra, es razonable decidir a favor del económicamente débil, en un litigio que no quiere satisfacer ambiciones, sino proveer a las necesidades inmediatas de la vida [ALLOCATI, ob. cit., p. 223]; -rechazar la aplicación de la regla de la duda a favor del trabajador, implica rechazar su reclamo, y esto se traduce en resolver la duda a favor del empleador [LÓPEZ Justo; CENTENO, Norberto y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, 2da ed. act., Contabilidad Moderna, Buenos Aires, t. I, ps. 127-129, p. 129, quien allí también se pregunta: ¿puede decirse [...] que la duda a favor del empleador [...] se justifica más que la duda a favor del trabajador? ]; -la necesidad de protección del económicamente débil se mantiene siempre activa, principalmente en lo que respecta al resultado final de la litis [ALLOCATI -siguiendo aquí a Alipio Silveira-, ob. cit., p. 223], y -las reglas in dubio pro reo, favor debitoris y favor matrimonii, comparables a la in dubio pro operario, se aplican también para la valoración de la prueba [LÓPEZ, ob. cit., p. 127.] (cfr. aut. cit. “EL LLAMADO "PRINCIPIO" PROTECTORIO Y LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EN LOS PLEITOS LABORALES, Revista: Revista de Derecho Labora, l Tomo: 2007 - 1. Procedimiento Laboral, base de datos wwww.rubinzalonline.com.ar.). Concluye el autor citado que “El debate anterior, claro está, supone la ausencia de un precepto normativo expreso, que es perfectamente admisible en cuanto decisión de política legislativa. Norma ésta que, de existir, y como observaría Ross, obligaría a la teoría a capitular”. Y ese precepto en la actualidad, como ya lo hemos consignado, ha quedado plasmado con la reforma introducida al texto del art. 9 de la LCT por ley 26.428.

Entonces, por aplicación de los postulados que inspiran la apreciación de la prueba en el proceso laboral, entiendo que si bien le corresponde al Juez apreciar el mérito convictivo del dictamen pericial y no está obligado a admitirlo cuando no reúne los requisitos para su eficacia, también es cierto que en supuestos como el debatido en autos donde se encuentra en juego la acreditación de extremos o situaciones de hecho de naturaleza técnica-científica (relación del ambiente laboral y la enfermedad del trabajador), es absolutamente necesario contar con pruebas de tal naturaleza que avalen el juicio jurídico-valorativo del magistrado. En otras palabras, así como el perito no sustituye al juez en la función de juzgar, el juez tampoco puede reemplazar al perito en la labor

pericial, que requiere de conocimientos y prácticas científicas o técnicas determinadas que exceden los conocimientos judiciales, por muy vastos e interdisciplinarios que éstos sean y que, precisamente, por su especialidad requieren de la colaboración de los expertos en la función de juzgar. El conocimiento del Juez no puede ser soberano sino cuando se trate de aprehender y de apreciar cosas comunes y pertenecientes a la esfera de sus conocimientos jurídicos particulares, como que su simple convencimiento, determinado por criterios naturales o jurídicos, no puede formarse cuando se trata de cosas técnicas..." (cfr. autos Gómez, Elio V. s. Recurso de inconstitucionalidad en: Gómez, Elio V. vs. Asociart ART S.A. s. Ordinario; Suprema Corte de Justicia, Mendoza; 04-jul-2011; Rubinzal Online; RC J 10529/11, LS 387-112, 404-158, 422-136, 425-162, 426-64, 427-214, 427-227).

En definitiva, concluyo que el a-quo redujo el porcentaje del daño reclamado por la parte accionante, sin haber fundamentado suficientemente su postura, en desatención a las conclusiones periciales decisivas, cuya adecuada consideración le hubieran permitido arribar a una conclusión distinta, con el correspondiente respaldo fáctico y probatorio que requiere el debido proceso legal.

En mi opinión, 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. La restante prueba rendida en autos no se contrapone con el dictamen pericial siendo, tanto la documental adjunta como la instrumental producida, suficientes para acreditar la incapacidad de la parte actora.Por tal razón, es que habré de propiciar al Acuerdo la favorable procedencia del recurso de apelación en este aspecto.

C. Por idénticos fundamentos que remiten a la aplicación del art. 9 de la LCT, he de hacer lugar al agravio referido a la desestimación del informe de la perito psicóloga obrante a fs. 68/72.

El juzgador ha vertido una serie de consideraciones que apuntan al escaso rigor científico de dicho informe, sosteniendo que no puede dejar de considerar la nulidad de otro informe pericial presentado por la misma profesional en otras actuaciones, que cita, aludiendo que el actor de estos autos fue citado por la perito el mismo día y a la misma hora que la accionante de la otra causa. Amén de ello, el magistrado alude a una certificación efectuada en otras actuaciones que da cuenta del escaso tiempo que dedicó la misma perito interviniente en autos para realizar una entrevista y del sitio inapropiado de su realización.

Concluyó el juez que en función de tales extremos fácticos, no le resultaba posible aceptar las consideraciones efectuadas por la perito psicóloga; por ello, desestimó la incapacidad psicológica del actor que fuera determinada por la experta interviniente.

Pienso que asiste razón al impugnante, quien al expresar agravios, expone que las falencias que el a quo ha imputado al informe pericial, no son atribuibles a su parte. Recuérdese que la pericia no ha sido impugnada por la demandada y que, en su caso, el juez pudo haber requerido explicaciones a la perito interviniente, en autos, fundamentalmente porque también, el experto médico interviniente había detectado el daño psicológico cuya reparación es reclamada por el trabajador, habiendo coincidido con la perito psicóloga en que el actor posee una reacción vivencial neurótica con manifestación depresiva o fóbica en grado II.

Encuentro que el agraviado ha señalado certeramente que, de haber advertido la conducta poco profesional que atribuye a la psicóloga, el juez de grado debió haber dejado sin efecto su dictamen y ordenado la designación de un nuevo perito psicólogo. Al no haber procedido de ese modo, el magistrado ha dejado de aplicar el postulado legal emergente del art. 9 de la LCT, habiendo perjudicado al trabajador invocando razones fácticas emergentes de otras causas y, por ende, totalmente ajenas al proceder del trabajador.

D. En virtud de lo hasta aquí expuesto he de estar a las conclusiones emergentes de sendos dictámenes periciales y determinar que el accionante presenta una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 29.45%.

E. A fin de calcular la indemnización reclamada he de tener en cuenta el porcentaje de incapacidad aludido, el ingreso base del actor que ha sido determinado por el a quo en la suma de $18.888,04, la edad del trabajador al momento de producirse el siniestro (60 años) y el coeficiente correspondiente de 1,083 (extremos que establecidos por el sentenciante, llegan firmes a esta instancia dado que no han merecido objeción alguna por parte de la impugnante).

El resultado de la fórmula aplicable asciende a $321.283 ($319.381 [18888,04 x 53 x 65 x 29.45 / 60 x 100] Artículo 14, ap. 2, inc. a) $ 321.283 [1090945 x (29.45/100)]. Este monto es el que surge del piso establecido por el art. 2 de la resolución 387/2016 de la Secretaría de Seguridad Social dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

F. En cuanto a los intereses que dicha suma devengará desde la fecha del siniestro (30-01-2013) y hasta su efectivo pago, corresponde confirmar la tasa fijada por el a quo, toda vez que se impone estar a lo establecido en la resolución 387/2016, siendo, en consecuencia, aplicable la doctrina legal de esta Cámara invocada por el sentenciante.

V.- Conclusión: Mi propuesta al Acuerdo es la siguiente: A. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Carlos Orlando Guzzetti, y en consecuencia, revocar el decisorio de la anterior instancia, condenando a la demandada Galeno A.R.T. S.A.

a abonar a la parte actora la suma de $321.283, con más los intereses calculados a la tasa promedio del BPN desde la fecha del siniestro y hasta la de su efectivo pago; B. imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida; C. diferir la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes hasta tanto sea practicada la liquidación pertinente, de acuerdo a lo previsto por los arts. 20 y 47 de la ley 1594 (cfr. ley 2933).

Mi voto.

A su turno, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 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 final de PESOS TRESCIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES ($321.283,00), con más los intereses correspondientes, que se calcularán de la manera establecida en el fallo recurrido.

II.- Imponer las costas de Alzada a la parte demandada, objetivamente vencida (art. 68, del C.P.C y C., y 17, de la ley 921), difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia hasta tanto obre en autos planilla de liquidación firme.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Dr. Alexis F. Muñoz Medina - Secretario Subrogante

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

**“INSTITUTO PROV. DE LA VIVIENDA Y URBANISMO C/ QUEZADA LUNA JAIME MARIO S/ ACCION REIVINDICATORIA”** - 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.: 33475/2012) – Acuerdo: S/N - Fecha: 09/03/2017

DERECHO CIVIL: Derecho reales.

DOMINIO. ADQUISICION DEL DOMINIO. PRESCRIPCION ADQUISITIVA. TERORIA DE LOS ACTOS PROPIOS.

1.- Si el accionado no ha logrado acreditar haber poseído con ánimo de dueño el inmueble por el tiempo requerido por la ley para adquirir el dominio por el medio indicado [20 años en el caso de autos], cabe desestimar la excepción de prescripción interpuesta como defensa. (del voto del Dr. Furlotti).

2.- Coincido con el colega que me precede en la opinión en el sentido de que se encuentra acreditado en autos que el demandado en el expediente administrativo Nro. 4522/09 -que se agregara como prueba documental-, reconoció en el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo el dominio del inmueble objeto de este juicio, por lo que resulta de aplicación al sub examine la normativa establecida por en el artículo 3989 del Código Civil; ergo, se encuentra

incumplido el requisito del plazo que la ley establece para que proceda la acción de usucapión. (del voto del Dr. Troncoso, en adhesión).

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los nueve (9) días del mes de marzo del año 2017, la Sala 1 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 Pablo G. Furlotti y Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: "INSTITUTO PROV. DE LA VIVIENDA Y URBANISMO C/ QUEZADA LUNA JAIME MARIO S/ ACCION REIVINDICATORIA", (Expte. Nro.: 33475, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- A fs. 474/491 obra sentencia de primera instancia mediante la cual se rechaza la acción reivindicatoria intentada por el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo contra el Sr. Jaime Mario Quezada Luna respecto a la parte que este último ocupa del inmueble identificado como lote 2 del remanente del lote E1, Sección XXXIV, según plano de mensura 2318-3931/89 de Junín de los Andes y hace lugar a la excepción de prescripción opuesta por el accionado sobre a la porción de la heredad mencionada precedentemente.

El pronunciamiento es apelado por la parte actora a fs. 494.

II.- Recibido el expediente en esta Alzada y dado el trámite de rigor, la accionante expresa agravios a fs. 503/515 vta., los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 517/529 vta.

En providencia de fs. 530 se llama autos para el dictado de sentencia, el cual se encuentra firme y consentido.

III.- A) 1.- El recurrente, en primer término, cuestiona la decisión de la instancia anterior por entender que: a) afecta el art. 2510 del Código Civil toda vez que no individualiza ni explica exactamente de qué manera el Sr. Botinelli –titular primigenio del bien inmueble en cuestión- dejó de poseer en favor del demandado; b) nada dice en relación a cual es la superficie desposeída, sus medidas y linderos, como así tampoco su aspecto físico y elementos construidos de donde surja cómo dejó de poseer; c) el judicante desconoció sin más la escritura pública de transmisión de dominio libre de ocupantes a favor del Instituto Provincial de la Vivienda, sin siquiera analizarla.

Luego de formular una serie de consideraciones fácticas y jurídicas, citar doctrina y jurisprudencia en apoyo de su posición, realizar una medulosa ponderación de diversos elementos de convicción reunidos en el legajo y alegar que las disposiciones de la ley 14159 –la cual considera aplicable al caso- debe dialogar con el art. 2510 del Código Civil, concluye que en autos no se encuentran cumplidos los requisitos previstos en la norma citada y artículos concordantes de la ley sustancial para tener por rechazada la acción de reivindicación intentada y por probada la defensa de prescripción opuesta por el accionado, motivo éste por el cual peticiona la revocación del fallo en todas sus partes.

Indica que la procedencia de la reivindicación fue puesta de manifiesto por el sentenciante en el fallo cuestionado (punto 9 a 14), extremo no apelado por el incoado, circunstancia ésta que en consecuencia deviene firme para el Sr. Quezada.

2.- En segundo, tercer y cuarto lugar se queja porque considera que la prueba producida en la causa, la cual cita y transcribe en parte, no ha sido valorada de manera correcta debido a que no se tuvo presente que la excepción interpuesta por el accionado impone una aplicación restrictiva de las normas probatorias y frente a la duda, si esta existiera, debe mantenerse el derecho del propietario.

Indica que debe quedar absolutamente claro que es el propio accionado quien con actos jurídicos anteriores, debidamente probados, ha manifestado que su ocupación comenzó en el año 1994 (cambiando su versión al verse demandado por el IPVU), circunstancia ésta que torna aplicable al caso la teoría de los actos propios).

Expresa que el incoado remitió nota (certificada como auténtica por el Municipio de Junín de los Andes) donde admite que ingresa al inmueble en el año 1994 con autorización, extremo no mencionado por el judicante, cuando el mismo fue un argumento expresamente interpuesto en oportunidad de contestar la excepción de prescripción adquisitiva.

Alega (punto 7 tercer agravio) que en autos el demandado no ha acompañado a lo largo del proceso el plano de mensura exigido por la ley 14159, ello sin pasar por alto que la normativa aludida –la cual, a diferencia del judicante, por lo argumentos que expone (a los que me remito en honor a la brevedad), considera que resulta aplicable al caso- prevé el supuesto de reclamo de la prescripción adquisitiva por vía de acción y que conforme la normativa citada el fallo no puede basarse exclusivamente en prueba

testimonial, extremos éstos que le causan agravio.

Refiere que las declaraciones testimoniales en que el Juez A quo basa su decisión no describen los antecedentes de la posesión del demandado, sino cómo ingresó al inmueble en carácter de tenedor precario o por lo menos con una relación personal para realizar una actividad lucrativa, pero no de manera real, sin que surja fehacientemente la fecha de interversión del título sino más bien y por el contrario, continuación de la personalidad de aquellos.

3.- A la postre cuestiona que el judicante no haya advertido que la intimación cursada al actor en el año 2009, a la cual no le otorga efecto interruptivo del término prescriptivo, tiene efecto suspensivo toda vez que en atención a la forma en la que se planteó la defensa estamos ante la presencia de una excepción liberatoria.

Realiza abundantes consideraciones fácticas y jurídicas, cita doctrina y jurisprudencia en respaldo de su posición. Solicita se haga lugar al recurso intentado y, en consecuencia, se revoque en todas sus partes la decisión recurrida, con costas a la parte contraria. Hace reserva de caso federal.

B) En presentación de fs. 517/529, la parte demandada, al responder el traslado de fs. 516, solicita la deserción del recurso de apelación intentado por la accionante por considerar que el memorial no reúne los requisitos exigidos por el art. 265 del C.P.C. y C. Subsidiariamente contesta los agravios in extenso, con citas jurisprudenciales.

Sintetizados los mismos, refiere el accionado que ha logrado acreditar que el tiempo del comienzo de la posesión fue desde el mes de diciembre del año 1991; que el ingreso al inmueble fue sin autorización del propietario, lo que califica el inicio de la ocupación como posesión y en consecuencia no se viola el art. 2510 y concordantes del Código Civil; que los actos ejecutados a lo largo de más de 21 años no pueden considerarse meros actos de tolerancia; que nunca se pronunció reconociendo la propiedad de la actora y que la escritura pública de transmisión de dominio a favor de IPVU no hace fe pública ni tiene fuerza probatoria para acreditar la tradición del inmueble.

Indica que no se le puede exigir a él adjuntar el plano de mensura para delimitar el bien objeto de reivindicación, pues invocó la prescripción adquisitiva como defensa y no como acción, por lo que se encuentra relevado de las exigencias de la Ley 14.159.

Finalmente sostiene que su posesión limitada a una parte del inmueble es válida porque sobre esa fracción mantuvo y mantiene desde su inicio a la actualidad, la posesión exclusiva.

Peticiona se rechacen los agravios de la actora, con costas. Hace reserva de caso federal.

IV.- A) En primer término, por haberlo planteado el apelado al contestar los agravios y en uso de las facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso que 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 falencias del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente suficientemente 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 de que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que el recuro en análisis debe ser examinado.

B) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré al recurrente en todos y cada uno de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso “Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

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.

C) Estimo conveniente dejar sentado que abordaré en forma conjunta los diversos cuestionamientos deducidos por la parte actora, toda vez que considero que el nudo central de los mismos se relaciona con la valoración e interpretación que el Sr. Juez de

Primera instancia ha efectuado de la prueba producida en la causa.

V.- A) Ingresando al estudio de las críticas intentadas es dable recordar que en materia civil, la prueba, es la comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. Es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla que -el litigante en el juicio-, tiene la carga de probar como presupuesto de hecho que le interesa, como imperativo del propio interés, para evitarse las posibles consecuencias desfavorables de un fallo adverso. Como tal, es una circunstancia de riesgo que la ley impone al litigante, que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar se expone al riesgo de perder el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis, ello por aplicación de lo establecido en la normativa de rito (cfr. Eisner, Isidoro, "Carga de la afirmación y de la prueba en el juicio", LL 1989-D, 106, nota a fallo de la CNCiv., Sala B, 30-12-88).

El principio de adquisición y comunidad que rige en materia probatoria implica que los elementos de convicción aportados por las partes pertenecen al proceso y no exclusivamente a quien los suministra, motivo por el cual una vez incorporados legalmente a la causa debe tenérselos en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho sobre los que versan, sea que resulte favorable a quien los propuso o al adversario, que bien puede invocarlos a su favor (cfr. Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 5° edición, I-445, "h"; Eisner, "El principio de adquisición procesal", L.L. 125-1032).

En tal sentido, jurisprudencialmente se ha sostenido: "Por aplicación del principio de adquisición procesal, en cuya virtud los actos procesales son comunes y su eficacia no depende de la parte de que provengan, sino de los efectos que produzcan, la prueba, una vez producida, beneficia o perjudica a ambas litigantes." (CCiv.Com.Federal 2, Sala 2, - Fernández Florentino c/ E.F.E.A. s/ Cobro de pesos- 08/02/1980 - Nro. Sent.: 7515). "Por el principio de adquisición procesal los resultados de la actividad probatoria se adquieren para el proceso en forma definitiva, revistiendo carácter común a todas las partes que intervienen en él, y así, los efectos de los actos procesales son susceptibles de beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, y por lo tanto, incluso a aquélla que solicitó su cumplimiento" (STRN, Viedma, 00LA 000180 08-10-92, - Calfin, Juan H. y otros c/ Murchinson S.A. Estibajes y Cargas s/ reclamo s/ inaplicabilidad de ley-).

El artículo 386 del Código Procesal prescribe que la prueba producida en la causa debe ser valorada a la luz de las reglas de la sana crítica, las cuales suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de aquella y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y por otro, de las "máximas de la experiencia", es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y realidad (cfr. Palacio-Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado, y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1992, pág. 140).

Bajo la óptica aludida, el Tribunal Superior de Justicia de nuestra Provincia ha expresado "El Art. 386 del Ritual Civil coloca un cerco a la actividad jurisdiccional –en lo que a la apreciación del material probatorio se refiere- constituido por las reglas de la sana crítica (cfr. Ac. N°14/02 "Mosqueira" del Registro de la Secretaría Civil). Como bien lo señala Roland Arazi, ninguna ley indica cuales son estas reglas. Ellas conforman un sistema que concede a la magistratura la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las leyes de la lógica y las máximas de la experiencia (cfr. aut. cit., La Prueba en el proceso civil, Edit. La Rocca, Bs. As. 1991, pág. 102 y sgts.). La sana crítica es la consecuencia de un razonamiento integrado en el cual se conectan coherentemente los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable (cfr. José V. ACOSTA, Visión Jurisprudencial de la Prueba Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, T.I, pág. 317, Santa Fe, 1996)" (Ac. Nro. 06/15 "Fuentes Pacheco" del Registro de la Secretaría Civil).

En relación a la valoración de la prueba y los hechos en supuestos como el de autos es dable poner de resalto que los mismos deben ser ponderados con suma prudencia, ya que sólo cabe aceptar una circunstancia fáctica de suma trascendencia jurídica cuando se tienen por acreditados los extremos exigidos por la norma sustantiva, llevando al juzgador a la absoluta certeza de las afirmaciones. De allí que la acreditación de que se ha estado en posesión del inmueble debe realizarse de manera insospechada, clara y convincente, al tratarse de un medio excepcional de adquirir el dominio.

En tal orden de ideas se ha expresado "(…), la prescripción adquisitiva como medio de adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo, debe ser valorada cautelosa y rigurosamente, atento la trascendencia que importa. En tal sentido se ha pronunciado, en opinión que comparto, la Excma. Cámara Séptima de Apelaciones al señalar "La circunstancia de que la prescripción adquisitiva pueda ser opuesta como defensa frente a la demanda de reivindicación (aún cuando su procedencia no implica por sí la adquisición del dominio erga omnes), exige analizar con prudencia los elementos aportados, ya que sólo ha de aceptarse un hecho tan trascendente jurídicamente, cuando se dan por acreditados los extremos de la ley, llevando al juzgador a la absoluta certeza de la afirmaciones. Así, la demostración de que se ha estado en la posesión del inmueble debe efectuarse de una manera

insospechada, clara y convincente, al tratarse de un modo excepcional de adquirir el dominio. (…) (cfr. C7a. CCCba. 11/3/04, Sentencia 32. “Rehace expte. En autos. Mi Valle Inmobiliaria SRL c/ Antonio Pavan y otro s/ Reivindicación”)” (C5ta. Cám. Civ. y Com., Córdoba, 25-11-2014, -D., M.L. y otro c/ G., S.A. y otro s/ acciones posesorias/reales – reivindicación-, La Ley Online AR/JUR/68841/2014). “Debe rechazarse la defensa de prescripción adquisitiva deducida por el ocupante de un inmueble si no produjo prueba suficiente que lleva al convencimiento de la existencia de actos posesorios, ya que para admitirse la prescripción adquisitiva la prueba de la posesión debe ser plena e indubitable, tanto en lo que respecta al tiempo requerido por la ley cuanto a los actos posesorios invocados, y no a la mera detentación de la cosa o uso ocasional de la misma” (C1ra., Cám. Civ. y Com., Córdoba, 29-11-2012, - Oviedo, Juan Carlos c/ Pereyra, Hugo Jesús s/Recurso apelación exped. Interior (civil)- La Ley Online AR/JUR/71017(2012). “(…) en el caso de la defensa de prescripción adquisitiva o usucapión se reúnen los dos frentes de resistencia a la reivindicación: el hecho invocado por el demandado es al mismo tiempo extintivo del derecho del actor y adquisitivo de un derecho a su favor; en consecuencia, la valoración de la prueba que bonifica esta defensa es restrictiva y debe comprobarse la adquisición prescriptiva de manera insospechable por hechos inequívocos y reiterados, pues de lo contrario rige la regla de seguridad estática por la cual el derecho del propietario se juzga subsistente (doctrina art. 2510 del Código Civil) y por ello, la duda lo favorece (in dubio pro actio). Para su procedencia, no es menester que el demandado reconvenga, aunque la sentencia favorable a dicha excepción no puede perjudicar a terceros. El criterio de valoración restrictivo cuando la defensa es de prescripción adquisitiva es plenamente compartible; ahora bien, si ya existe sentencia firme, que declare producida la usucapión, ella es suficiente a los fines de su oponibilidad, aún cuando no esté inscripta en el Registro (Zannoni, Eduardo (Director), Kemelmajer de Carlucci, Aída (Coordinadora), "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", op. cit., págs. 940/941)” (C1ra. Apel. Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, 12-05-2009, -Ferrer de Viotti, Catalina y otros c/ Ferrer, José Pedro y otros- La Ley Online AR/JUR/10575/2009).

El art. 24 de la ley 14159 modificado por Decreto Ley 5756/58 establece que “Las disposiciones precedentes no regirán cuando la adquisición del dominio por posesión treintañal [hoy veinteñal] no se plantea en juicio como acción, sino como defensa” (tex., el encorchetado me pertenece), motivo por el cual en los supuestos como el de autos no rige el principio de que el Juez no podrá basar el reconocimiento de la usucapión en una prueba exclusivamente testimonial (cfr. Borda, G.A., “Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales”, T.I., pág. 331, Ed. Perrot, Buenos Aires, Argentina).

Jurisprudencialmente se ha sostenido: “Por otro lado, cuando la usucapión se hace valer como excepción destinada a resistir una acción reivindicatoria carece de toda justificación el conjunto de especiales requisitos procesales que rigen el juicio de usucapión, los cuales tienen sentido en este caso pues aquí; se trata de obtener una declaración judicial oponible "erga omnes" que gozará de valor de cosa juzgada frente a toda la comunidad y que nadie en consecuencia podrá luego discutir. De allí el conjunto de trámites y requisitos que la ley impone para asegurar el dictado de una sentencia correcta y fundamentalmente para salvaguardar el derecho de defensa de los eventuales interesados en el inmueble. Pero nada de esto ocurre cuando la prescripción se esgrime como defensa en un juicio de reivindicación porque en este supuesto el dominio adquirido se opone únicamente contra el demandante que se atribuye la propiedad y a su turno la cosa juzgada sólo involucrará a las partes del pleito y no afectará a los terceros, quienes conservarán incólume acción para hacer reconocer el derecho de propiedad que sobre ese inmueble pudiera corresponderles. Por eso, ninguno de aquellos recaudos especiales establecidos para el juicio de usucapión resultan aplicables cuando la prescripción se opone como defensa en una causa que se entabla entre dos personas concretas” (TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 4-07-2000, -Colazzo, Antolín S. c/ Raymonda, Nicolás- LLC 2001, 671).

B) 1.- La normativa sustantiva o el derecho de fondo exige tres requisitos para adquirir el dominio por usucapión (acción) o para repeler la reivindicación del titular dominial (excepción de prescripción adquisitiva), los cuales son: a) el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa –corpus posesorio-, b) la intención de tener la cosa para sí –animo de dominio- y c) el tiempo requerido por la ley para adquirir el dominio por el medio indicado [20 años en el caso de autos].

En atención a lo expresado y los planteos efectuados por el actor impugnante en el escrito recursivo, corresponde analizar bajo la óptica y pautas mencionadas precedentemente, los elementos de convicción agregados en el legajo a fin de establecer si el demandado (excepcionante) ha acreditado los extremos antes aludidos, conforme lo sostiene el judicante y cuestiona el recurrente en el memorial.

a) En autos, con el informe emitido por la Escribanía General de Gobierno en respuesta a lo solicitado en oficio Nro. 89/14 (fs. 272/275), se acredita que el Lote 2 Parte remanente Lote E-1 (de 99.999,98 mt2) individualizado bajo Matrícula Catastral 13-20-69-9634 fue adquirido por la Provincia de Neuquén por compra efectuada al Sr. Carlos Raúl Botanelli según escritura 797 de fecha 22 de Octubre de 1996 pasada al folio 4138 de la Escribanía General de Gobierno e inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo Matrícula 2010-Huiliches, como así también que el dominio del inmueble aludido fue transferido por la Provincia del Neuquén

a favor del Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén conforme Escritura Pública Nro. 216 labrada ante la Escribanía General de Gobierno el 28 de Febrero de 1.998.

La circunstancia fáctica descripta precedentemente se encuentra corroborada por los dichos del Sr. Carlos Raúl Botanelli (cuya declaración testimonial glosa a fs. 284), quien manifestó que cedió las tierras a la Provincia en el año 1991, cuando era Gobernador el Sr. Salvatori, a cambio de la realización de una obra de gas y luz en un loteo que tenía el deponente. Así también de lo expresado por el declarante surge que la escritura traslativa de dominio se hizo años después en la Escribanía General de Gobierno.

b) En fs. 362/413 luce agregada copia del expediente administrativo Nro. 4522/09 labrado por la Municipalidad de Junín de los Andes, el cual fuera remitido por el Municipio mencionado en respuesta a lo peticionado en Oficio Reiteratorio Nro. 528/15, en el cual obra nota enviada por el Sr. Jaime Quezada al Sr. Intendente de la ciudad aludida precedentemente en fecha 24 de septiembre de 2009 (fs. 367/368 de autos) cuyo texto, en lo que aquí interesa, reza: "[…] Para una mejor ilustración pongo en su conocimiento –y que es de público y notorio- el origen de la posesión del lote con mi núcleo familiar y que por nuestra Profesión de Docente, hemos puesto todos los esfuerzos y sacrificios para lograr el emprendimiento turístico, el que ha sido reconocido no solo a nivel Provincial sino Nacional e Internacional. Basado en la equitación en sus diversas formas y modalidades, por el número de caballos que requería, ameritaba la extensión de campo que originariamente se me adjudicó.

En su mérito, en el mes de Octubre de 1994 el entonces Intendente Municipal, Sr. Carlos Horacio González (hoy Diputado Provincial) y el Secretario de Obras Públicas de la Municipalidad, Sr. Ricardo Reñi; en ejercicio de sus funciones y con las facultades que como tal la Ley les acuerda, me delimitaron el Lote 2, Parte del Lote E-1, con una superficie de 9 has. 99 as., ubicado en la margen derecha del Río Chimehuín y dentro del ejido de la ciudad de Junín de los Andes, Pcía. del Neuquén, con N.C. 13-20-069-9634-0000, poniéndome en la Posesión Real y efectiva del predio descripto.-…" (tex.)

El tenor del párrafo de la nota aludida –el cual coincide con la transcripción efectuada en una las publicaciones periodísticas cuya existencia ha sido constatada por Notario Público en Escritura Pública Nro. 208 (cfr. fs. 133/142)- me permite interpretar a la luz de la sana crítica, a diferencia de lo sostenido en la decisión en crisis, que el actor en el mes de septiembre de

2009 en forma libre y voluntaria reconoció ante la Municipalidad de Junín de los Andes haber tomado "posesión real y efectiva" (sic.) con ánimo de dueño de la totalidad del inmueble base de la presente acción (9ha, 99as.) en el mes de Octubre de 1994, como así también que la ocupación del bien con anterioridad a la última fecha indicada fue en carácter de mero tenedor, ello así en atención a que si Quezada se hubiese introducido en la heredad con ánimo de dueño en la fecha que alega en el escrito de responde bien pudo haberlo puesto de resalto ante la autoridad municipal, cosa que no hizo en dicha oportunidad (tres años y cinco meses antes de la presentación del escrito de contestación de demanda).

El reconocimiento libre y espontáneo mencionado, si bien no poseen el valor de prueba de confesión extrajudicial toda vez que no fue realizado frente a la contraparte en estos obrados (IPVU) conforme lo exige el art. 425 del Código Procesal, cierto es que se enmarca -a mi entender- en la teoría de los actos propios, de donde el sujeto emitente (en el caso, el demandado) queda comprometido por la primera conducta que pretende contradecir, siendo ella una regla de derecho que deriva del principio general de buena fe, aplicable aún de oficio por el tribunal (cfr. CCiv. y Com. Azul, 30-6-95, LLBA 1995-800).

La "teoría de los actos propios", aplicable al caso pues no estamos ante un derecho irrenunciable, se funda en la inadmisibilidad de una postura que contradiga una conducta anterior válidamente asumida por el litigante. Es decir, que si bien se siguió un curso de acción que más tarde la parte advirtió que no era el conveniente para sus propios intereses, no puede desdecirse vulnerando la regularidad y confiabilidad del tráfico jurídico y el principio de buena fe que debe primar en toda relación, puesto que la aplicación de dicho presupuesto trae aparejado un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever.

En este sentido, Roque Caivano (La Ley, 1996-C, 197) expresó que: "se ha señalado que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe" (Enneccerus, Ludwig y Nipperdey, Hans Carl, "Derecho Civil. Parte General", t. I, volumen 2, p. 482), o, lo que es lo mismo, doctrina de los actos propios que constituye una regla derivada del principio general de buena fe que sanciona como inadmisible toda conducta contradictoria ya que cuando una persona ha suscitado en otra, con su conducta, una confianza fundada -conforme a la buena fe- en una determinada conducta futura -manteniendo un sentido objetivo deducido de la conducta anterior- no debe defraudar tal confianza y resulta inadmisible toda actuación incompatible con ella (conf. Borda, Alejandro, "La teoría de los actos propios", p. 64).-

La doctrina aludida ha sido aplicada reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 305:1402, en autos

"California SECPA c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura", entre otros), sosteniendo que la actitud de las partes no puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente (conf. CNTrab. Sala IX, abril 30-997, -Bobadilla Osvaldo R. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos- DT 1997-B, 2293).

En igual orden de ideas, se expreso que la doctrina de los actos propios es una derivación necesaria e inmediata del principio general de buena fe, se halla reconocida en nuestro derecho positivo y encuentra apoyo en las conductas anteriores judiciales y extrajudiciales que generan confianza en quien las ha emitido y suscitan en el justiciable una expectativa de comportamiento coherente futuro. - Del dictamen de la Procuración General al que adhiere el Alto Tribunal- (CSJNación, "García Badaracco c/Maggi", Fallos 326:3734) (ver además el precedente "Villar José Lorenzo c/ Garrido Gustavo Ariel y otros s/ Desalojo y Beneficio de Litigar sin Gastos" Expte. Nro. 751, Folio 124, Año 2.012 de la otrora Cámara Multifueros de Cutral Có).

En virtud a todo lo expresado y toda vez que la manifestación obrante en la documental analizada precedentemente importa un acto voluntario, libre y espontáneo que no puede controvertir el incoado al contestar demanda, so pena de violar el principio de buena fe que debe regir en toda relación jurídica, entiendo que se encuentra acreditado que el demandado tomó posesión real, efectiva y con ánimo de dueño del bien base de la acción en el mes de Octubre de 1994.

Cabe poner de resalto que no paso por alto lo que se desprende del resto de los elementos de convicción producidos en el legajo (ponderados por el judicante en la decisión en crisis y por el suscripto a la luz de las previsiones del art. 386 del C.P.C. y C.) pero entiendo que los mismos, a raíz de la expresa manifestación efectuada por el actor ante la autoridad municipal de la ciudad de Junín de los Andes en el expediente administrativo cuya copia luce en autos, resultan insuficientes para convencerme de manera clara e insospechada de que el demandado ha poseído el bien base de la presente acción en forma interrumpida y continúa por el plazo y/o tiempo requerido por la ley (20 años) para que resulte procedente la excepción de prescripción adquisitiva por él intentada.

c) A lo indicado he de agregar que en el cuarto y quinto párrafo de la nota mencionada precedentemente, el accionado manifiesta, en lo que aquí interesa, que "(…) Con la iniciación del Emprendimiento de Equitación en el mes de Octubre de 1994 habilité el "Libro de Actas", para volcar allí toda nuestra actividad, como así también, las sugerencias, reclamos y méritos obtenidos de cada cliente o contingente de personas que nos visitó y requirió de nuestro servicios. En su escritura se podrá apreciar nuestra dedicación y quedar probada en forma irrefutable nuestra pacífica posesión. (…) En consecuencia no escapará a su elevado criterio, la necesidad de mantener la parte del predio que hoy ocupamos con los animales disponibles para la equitación; 9 Ha. 99as..

Como antecedente importante se debe constatar que el I.P.V.U. declaró que el predio que ocupamos es Zona Inundable y sin posibilidades para la construcción de Planes de Viviendas Familiares para la ciudad. Consecuentemente, nos habilitó la posesión con la seguridad de que oportunamente se nos haría la correspondiente adjudicación; con pleno conocimiento del Sr. Director General del I.P.V.U., Sr. Balda, y Dirección Provincial de Tierras.- Es por todo lo expuesto que le reitero el pedido de retirar los equinos del predio, atento a obras totalmente necesarias para un mejor funcionamiento del establecimiento.…" (tex.).

Lo expresado por el propio incoado –habilitación de la posesión con la seguridad de que oportunamente se haría la correspondiente adjudicación por parte del Instituto Provincial de la Vivienda, con pleno conocimiento del Director General de dicho organismo [Sr. Balda] y la Dirección Provincial de Tierras- demuestra que dicha circunstancia se produjo, sin duda alguna, con posterioridad al año 1994 en razón de la fecha del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial mediante el cual se designó al nombrado [Sr. Balda] como presidente del IPVU (cfr. último párrafo de fs. 91 -circunstancia no controvertida en autos- y da cuenta que a la fecha indicada (a la postre del año 2007) el accionado reconoció el dominio del predio en cabeza del Organismo Estatal demandante.

El extremo aludido –reconocimiento por parte del Sr. Quezada Luna del dominio del predio base de la presente acción en cabeza del Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo- torna aplicable lo dispuesto por el que art. 3989 del Código Civil Velezano que dispone "La prescripción es interrumpida por el reconocimiento, expreso o tácito, que el deudor o el poseedor hace del derecho de aquél contra quien prescribe" (tex.).

En tal sentido, la doctrina ha indicado "El acto de reconocimiento, por parte del poseedor, del derecho de aquél contra quien está prescribiendo conlleva a la renuncia al beneficio de la prescripción. Su posterior pretensión de usucapir resulta inadmisible, pues no puede volver contra su propio acto. Se trata siempre de un acto jurídico unilateral, que puede ser expreso o tácito.-

En el primer caso, no requiere de ninguna formalidad especial. Puede ser verbal o derivar de una carta misiva. Lo fundamental es que se desprenda con claridad la confesión del poseedor.- El reconocimiento tácito puede resultar de todo hecho que implique la confesión de la existencia del derecho del propietario, debiendo los jueces apreciar en cada caso si de dan lo extremos necesarios para considerar que el acto del poseedor involucra ese reconocimiento. Tal sería el supuesto de la celebración de un contrato de

locación con el dueño o la declaración del poseedor de su voluntad de adquirir el inmueble en compra. Efectuado el reconocimiento, el poseedor deja de serlo para convertirse en tenedor (art. 2462, inc. 6to)" (cfr. Areán, Beatriz (2003). "Derechos Reales", Tomo 1, pág. 405/406. Ed. Hammurabi).

Por su parte, Peña Guzmán sostiene: "El reconocimiento implica una prescripción en curso, porque si ya estuviera cumplida se trataría de una renuncia, el que puede manifestarse mediante un acto unilateral expreso, si el poseedor reconociera el derecho del propietario o bien tácito, cuando resultare de actos o hechos concretos del poseedor que indiquen asertivamente el reconocimiento del derecho ajeno" (cfr. autor citado en "Derecho Reales" (1975) pág. 230, Buenos Aires: Ed. Tea).

En tanto, jurisprudencialmente se ha expresado: "El reconocimiento como causal de interrupción del curso de la prescripción puede ser expreso o tácito. El expreso es el realizado por medio de una declaración de voluntad del sujeto; basta que el reconocimiento sea objetivamente tal. El tácito se deduce de todo comportamiento que, objetivamente interpretado, de una manera razonable, conduzca a la conclusión de que el ejercicio de la excepción no es conforme con la buena fe (SC-Mendoza, Sala I, 23-04-2001, LL Gran Cuyo, 2001-633).

C) Por los argumentos esgrimidos, he de concluir que el accionado no ha logrado acreditar haber poseído con ánimo de dueño el inmueble en cuestión por el tiempo requerido por la ley para adquirir el dominio por el medio indicado [20 años en el caso de autos], extremo por el cual cabe hacer lugar a la impugnación deducida por la parte actora y, consecuentemente, desestimar la excepción de prescripción interpuesta como defensa por el demandado.

VI.- Establecido lo anterior y en atención a que llega firme a esta instancia que en autos se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por la normativa sustantiva para la procedencia de la acción de reivindicación intentada por la parte actora (cfr. lo sostiene el judicante de la anterior instancia en el apartado 18 de la decisión que se revisa), cabe hacer lugar a la misma en los términos pretendidos.

VII.- Por todo lo dicho, doctrina y jurisprudencia citada, corresponde –lo que así propicio al Acuerdo-: 1) Acoger favorablemente el recurso de apelación deducido por la accionante y, en consecuencia, rechazar la excepción de prescripción adquisitiva interpuesta por el accionado, Sr. Jaime Mario Quezada Luna, como defensa de fondo; 2) Hacer lugar a la acción de reivindicación promovida por el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo de la Provincia del Neuquén contra el Sr. Jaime Mario Quezada Luna respecto del inmueble identificado como Lote 2, del Remanente del Lote E1, Sección XXXIV según plano de mensura 2318-3931/89 sito en la ciudad de Junín de los Andes (Pcia de Neuquén), condenando al último de los nombrados a que en el plazo de TREINTA (30) días proceda a restituir a la actora la posesión del inmueble individualizado precedentemente, bajo apercibimiento de ordenarse mandamiento de desahucio.

VIII.- Atento la forma en la que se resuelve y de conformidad a lo dispuesto por el art. 279 del C.P.C. y C. cabe modificar las causídicas de primera instancia e imponer las mismas al accionado perdidoso por aplicación del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 68 del Código Procesal).

En relación a las costas de Alzada, estimo deben ser impuestas al demandado vencido por idénticos argumentos que el mencionado en el párrafo que antecede (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.).

IX.- Respecto de los honorarios de segunda instancia cabe diferir su regulación hasta tanto se encuentren establecidos y determinados los emolumentos en el origen de conformidad con lo dispuesto por el art. 24 de la ley 1594 modificada por ley 2933.- Así voto.

A su turno, el Dr. Dardo W. Troncoso, dijo:

La prescripción adquisitiva o usucapión representa un modo excepcional de adquirir el dominio mediante la posesión y el transcurso del tiempo. El proceso dirigido a tales menesteres representa un desplazamiento del titular del dominio y su sustitución por un poseedor que deviene en propietario por el trascurso del tiempo y al que la normativa aplicable le otorga preferencia, brindándole un título eficaz, absoluto, oponible erga omnes; por ello, los extremos que lleven a su acreditación se deben comprobar de manera indubitable que produzca en el espíritu del juzgador la convicción de hallarse frente a una situación de hecho que carezca de dudas frente a la posesión del poseedor que no debe ser equívoca respecto del corpus como del animus.

Así, como lo enseña Luis Diez Picazo ("La prescripción en el Código civil", Barcelona 1964 pág. 96), al mencionar los requisitos necesarios para que la usucapión se produzca, la doctrina señala como uno de los más importantes a la continuación en la posesión, por lo que la usucapión solo puede basarse en una posesión continuada, y como consecuencia de ello cualquier interrupción en la posesión impide la consumación del fenómeno adquisitivo conocido con el nombre de usucapión. Si la continuidad de la posesión es un presupuesto de la usucapión, está claro que ésta no puede existir sin aquella.

En este contexto, coincido con el colega que me precede en la opinión en el sentido de que se encuentra acreditado en autos que el demandado en el expediente administrativo Nro. 4522/09 -que se agregara como prueba documental-, reconoció en el Instituto

Provincial de Vivienda y Urbanismo el dominio del inmueble objeto de este juicio, por lo que resulta de aplicación al sub examine la normativa establecida por en el artículo 3989 del Código Civil; ergo, se encuentra incumplido el requisito del plazo que la ley establece para que proceda la acción de usucapión.

Con estas consideraciones, adhiero al voto que me precede y voto 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 Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Acoger favorablemente el recurso de apelación deducido por la accionante y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada rechazando la excepción de prescripción adquisitiva interpuesta por el accionado, Sr. Jaime Mario Quezada Luna, como defensa de fondo.

II.- Hacer lugar a la acción de reivindicación promovida por el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo de la Provincia del Neuquén contra el Sr. Jaime Mario Quezada Luna respecto del inmueble identificado como Lote 2, del Remanente del Lote E1, Sección XXXIV según plano de mensura 2318-3931/89 sito en la ciudad de Junín de los Andes (Pcia de Neuquén), condenando al último de los nombrados a que en el plazo de TREINTA (30) días proceda a restituir a la actora la posesión del inmueble individualizado precedentemente, bajo apercibimiento de ordenarse mandamiento de desahucio.

III.- Modificar las causídicas de primera instancia e imponer las mismas al accionado perdidoso por aplicación del principio objetivo de la derrota (cfr. arts. 279 y 68 del Código Procesal).

IV.- Costas de Alzada a cargo del demandado vencido (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.).

V.- Diferir la regulación de honorarios de segunda instancia hasta tanto se encuentren establecidos y determinados los emolumentos en el origen, de conformidad con lo dispuesto por el art. 24 de la ley 1594 modificada por ley 2933.

VI.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Pablo G. Furlotti - Dr. Dardo W. Troncoso

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**“MILLAIN MIGUEL ALBERTO C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO”** - 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.: 9459/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO. LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO. DEBER DE PREVENSION. RESPONSABILIDAD POR OMISION. NEXO DE CAUSALIDAD. REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD.

Cabe confirmar el pronunciamiento de la instancia de grado que condena solidariamente a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo –citada por la empleadora del actor en los términos del art. 94 del C.P.C. y C.- al encontrala incursa en una omisión en el cumplimiento de sus obligaciones que conlleva a la aplicación del art. 1074 del Código Civil (Vélez), toda vez que la ART no ha probado (cfr. art. 377 del C.P.C. y C.) haber efectuado actividad preventiva alguna

en relación a la empleadora del actor. Tampoco, ha adjuntado constancias de haber asesorado debidamente al trabajador acerca de cómo realizar sus tareas. De haberse cumplido dichas obligaciones omitidas por la ART, tal proceder hubiese posibilitado que el empleado tomara cabal conocimiento del riesgo al que se exponía al realizar las labores en la forma en que lo hacía. En segundo término, no hay constancias en estas actuaciones que acrediten la existencia de denuncias realizadas por la aseguradora ante la SRT por los incumplimientos de su asegurada en relación a las deficiencias apuntadas. Es más de la pericia en seguridad e higiene obrante en autos se desprende la inexistencia de capacitación al personal que prestaba labores a favor de la Dirección -Provincial de Vialidad- accionada sobre el modo de ejecutar los trabajos minimizando riesgos, la falta de visitas de dicha aseguradora al lugar de prestación de servicios de la actora y la inexistencia de documentación respaldatoria referida a denuncias de incumplimientos a las normas de seguridad e higiene por parte de la codemandada a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

**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: "MILLAIN MIGUEL ALBERTO C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO" (Expte. 9459, año 2010), del Registro de LA Secretaria Nro. 2 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Procesos Ejecutivos de la III Circunscripción Judicial sito en la ciudad de Zapala y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de dicha localidad, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- A fojas 379/395 vta. luce sentencia de primera instancia por medio de la cual la Sra. Jueza interviniente declara la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, y hace lugar a la demanda promovida por Miguel Alberto Millaín condenando solidariamente a la Dirección Provincial de Vialidad de Neuquén y a Consolidar ART S.A. –esta última citada a juicio en los términos del art. 94 del C.P.C. y C.- a pagar al actor la suma allí consignada, con más intereses.

El pronunciamiento citado es recurrido por Consolidar ART S.A. (cfr. constancia de fs. 405).-

Llegados los autos a este Tribunal y dado el trámite de rigor la aseguradora apelante expresa agravios a fs. 426/437, los cuales merecen respuesta de la parte actora a fs. 439/442.

II.- A) Agravios de la parte recurrente

La aseguradora citada por la parte demandada en los términos del art. 94 del Código Procesal (cfr. providencia de fs. 73 y diligencia de fs. 97/98 vta.), luego de consignar brevemente los antecedentes de autos, expone las críticas que le produce la sentencia de primera instancia.

1.- En primer término la impugnante sostiene que la decisión atacada es incongruente y arbitraria debido a que el incumplimiento que se le imputa no ha sido mencionado por el actor en el escrito de inicio de la presente acción.

Expresa que en la demanda el actor se limita a imputar responsabilidad objetiva en los términos de los arts. 1109 y 1113 del CC (de Vélez) a su empleadora, única parte demandada en estos autos, y que no reprocha a la ART incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención del riesgo, circunstancia esta por la cual entiende no cabe la extensión de responsabilidad sustentada por la judicante.

Indica que fue citada por la demandada "en garantía" (y no demandada o imputada por el actor) y, a raíz de ello, no ha desplegado su defensa en tal aspecto, ni ha producido prueba correspondiente, más no por una mera omisión imputable a su representada, sino porque no ha sibo objeto de debate el incumplimiento que se le atribuye y que surge de la resolución puesta en crisis.

Manifiesta que el tribunal se ha apartado de los términos en los que quedara trabada la litis, incurriendo en una flagrante violación

al principio de congruencia, vicio este que le provoca un gravamen de gran entidad en la medida que no ha podido ejercer en plenitud su derecho de defensa pues ha sido traída a juicio en función de la citación en garantía efectuada por la demandada.

Refiere que la supuesta falta de cumplimiento de normas en materia de higiene y seguridad, y control de las mismas por parte de la ART no fue esgrimida en el escrito constitutivo de la litis, motivo por el cual no puede aparecer sorpresivamente en la sentencia y, mucho menos, para dar origen a la condena que se extiende a su parte en forma solidaria so riesgo de violentar el principio antes mencionado y el elemental derecho de defensa y debido proceso.

Reitera que las defensas oportunamente desarrolladas, así como la prueba producida, no han versado sobre los extremos aludidos circunstancia por la cual entiende que la judicante se equivoca al expresar que su parte no probó cumplir con las normas a su cargo toda vez que el incumplimiento normativo no fue un hecho debatido.

Alega que otro elemento que confirma la arbitrariedad del fallo es, por ejemplo, la falta de análisis del nexo de causalidad que el supuesto incumplimiento imputado a su parte habría tenido en la producción del daño al actor, como si tal extremo no constituyera un presupuesto básico de la responsabilidad civil.

Cita jurisprudencia en apoyo de la posición que sustenta.

2.- En segundo lugar cuestiona que se la hubiese condenado solidariamente con la empleadora accionada por considerar que lo decidido por la judicante excede los alcances de la cobertura contratada, lo cual resulta violatorio de la ley 24557, circunstancia esta que afecta los derechos de propiedad y de defensa tornando arbitrario todo lo resuelto.

Expresa que su intervención en autos ha sido en carácter de aseguradora de riesgos del trabajo, que oportunamente suscribió un contrato de afiliación que exclusivamente cubría las contingencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional en los términos de la LRT, más nunca la responsabilidad civil del empleador.

Realiza una serie de consideraciones fácticas y jurídicas relacionadas con los motivos y/o causas por la cuales considera que no debe responder en los términos del derecho común, más específicamente respecto a los alcances de la cobertura del contrato de afiliación oportunamente suscripto en los términos de la ley de riesgos del trabajo.

3.- En la tercera queja cuestiona que la judicante extendiera la responsabilidad a su parte sobre la base de considerar omitido el cumplimiento de las obligaciones preventivas impuestas por la LRT, por entender que la supuesta falta de cumplimiento a la normas de higiene y seguridad no ha existido.

Manifiesta que resulta imposible tratar de dilucidar cuál ha sido el criterio de la juzgadora para entender que las dolencias invocadas en la demanda ocurrieron por el incumplimiento de las normas de higiene y seguridad, por parte del empleador, y las obligaciones de prevención del riesgo, por su parte.

Indica que no se encuentra probado en autos un incumplimiento por parte de la obligada principal (empleadora) en materia de higiene y seguridad susceptible de ocasionar las dolencias que el actor invoca, menos aún podría pensarse en un incumplimiento de su parte por no efectuar actividad de contralor o preventiva.

Alega, entre otros argumentos, que los incumplimientos en materia de seguridad por parte de los empleadores bajo ningún punto de vista pueden dar origen a la responsabilidad directa de la ART (máxime cuando ninguna imputación se ha dirigido contra ella), ya que las disposiciones de la ley de higiene prevén sanciones para el caso de incumplimiento, pero en modo alguno puede dar derecho a los trabajadores a indemnizaciones por las dolencias que denuncian toda vez que los dependientes deben probar la relación de causalidad que siempre debe existir entre el daño sufrido y la labor prestada a la órdenes de su empleador.

Concluye que el deber de previsión que se le imputa no puede identificarse con el deber de seguridad que pesa sobre el empleador por imperio del art. 75 de la LCT y 49 de la LRT, como así tampoco que la obligación de seguridad a cargo del empleador deba entenderse como una obligación de resultado.

4.- En cuarto lugar cuestiona la aplicación de las disposiciones del art. 1074 del Código Civil, por considerarla errónea.

Sostiene, por los argumentos que expone y que en este acto doy por reproducidos, que no ha existido incumplimiento alguno de su parte que haya podido ser causa eficiente del daño objeto de las presentes actuaciones, circunstancia por la cual solicita la modificación del fallo dictado en su contra.

5.- Finalmente cuestiona que se haya dispuesto la imposición de intereses desde la fecha de consolidación del daño, esto es desde abril de 2010, cuando en autos ha quedado demostrado que cumplió con la totalidad de las obligaciones prestacionales a su cargo y no se ha configurado en el caso la mora requerida para su procedencia.

6.- Por último peticiona que una vez que sea dejada sin efecto la sentencia se impongan las costas del caso a la demandada citante, y en forma subsidiaria, ante la existencia de posiciones contradictorias, que las mismas se impongan en el orden causado.

B) Respuesta a los agravios por parte del actor

El accionante en su presentación de fs. 439/442 sostiene que en la causa se encuentra acreditada –conforme la prueba producida,

la cual transcribe- la relación causal cuestionada por la recurrente, extremo este por el que peticiona se confirme la sentencia de primera instancia máxime si se tiene presente la doctrina que emana del precedente “Torrillo” que resulta de aplicación al caso.

Realiza consideraciones en relación al material probatorio colectado en el legajo y solicita el rechazo del recurso intentado, con costas.

III.- A fs. 447 obra dictamen de la Sra. Fiscal Jefe de la III Circunscripción Judicial, Dra. Sandra González Taboada.

IV.- A) En uso de las facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si el memorial de agravios reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal.

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencia del escrito recursivo, considero que habiendo expresado la recurrente 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 los recuro en análisis debe ser examinado.

B) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré a la recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso “Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

V.- A) En primer término y previo a ingresar al análisis de los cuestionamientos traídos a consideración de este Tribunal es dable destacar que llega firme a esta instancia que el actor posee limitaciones en su capacidad (54,62%) y que las limitaciones aludidas posee relación causal con la tarea desempeñada a favor de la Dirección incoada toda vez que la misma se produjo como consecuencia de las condiciones en que eran prestadas la labores, sin capacitación ni suministro de elementos de seguridad personal adecuados.

B) 1.- Adentrándome al estudio de las quejas deducidas por la aseguradora recurrente cabe poner de resalto que, conforme se desprende del escrito de demanda y tal cual lo expresa la judicante, el Sr. Millain en su demanda reclamó a la Dirección Provincial de Vialidad la reparación integral de los daños sufridos en el transcurso de la relación laboral con fundamento en las normas de derecho civil, alegando como factor de atribución el incumplimiento genérico del deber de seguridad que pesa sobre el empleador.

La Dirección accionada en su responde alega –como bien lo destaca la juzgadora- que contrariamente a lo expresado por el actor, su parte ha velado por su salud contratando con Consolidar ART en el marco de la ley 24557, siendo dicha entidad la encargada de prevenir y en su caso afrontar cualquier tipo de eventualidad laboral. Resalta que su parte contrató una ART y seguro obligatorio para el actor, siendo esas las obligaciones a su cargo y habiendo quedado con ellas salvaguardado el actor en sus derechos fundamentales.

Sostiene la constitucionalidad del régimen previsto en la ley 24557, especialmente la de su art. 39, y peticiona se cite en calidad de tercero interesado a Consolidar ART, por encontrarse el actor asegurado ante la misma al momento de los hechos, para que responda en los límites determinados en la respectiva póliza conforme antecedente jurisprudencial de la otrora Cámara de Apelaciones de Zapala que cita.

A su turno la aseguradora citada como tercera en los términos del art. 94 del C.P.C. y C. reconoce que con la demandada –Dirección Provincial de Vialidad- la unió un contrato de afiliación en los términos de la Ley de Riesgos de Trabajo al momento en que el actor sufre los daños que reclama; opone defensa de no seguro (excepción de falta de legitimación pasiva) por inexistencia

de cobertura de riesgos con fundamento en la responsabilidad civil del empleador y subsidiariamente contesta demanda.

Finalmente la Dirección accionada al momento de contestar el traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la aseguradora sostiene que existe responsabilidad de la ART, citada como tercera, en los términos del art. 1074 [Vélez] por haber incumplido con el deber de prevención y vigilancia previsto en la normativa de riesgo del trabajo.

El tenor de los diversos escritos constitutivos de la litis permite aseverar que si bien el actor no formuló reclamo contra la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, cierto es que la misma fue citada como tercera interesada en los términos del art. 94 del C.P.C. y C. por la Dirección Provincial de Vialidad –empleadora del actor-, quien en el responde de la excepción de falta de legitimación pasiva intentada como defensa de fondo reprochó explícitamente a la tercera incumplimientos en sus deberes de prevención solicitando se la responsabilice en los términos del art. 1074 del Código Civil [Vélez] por las omisiones en que hubiera incurrido y que condujeran a los incumplimientos que pudieren demostrarse en el proceso.

En estos términos estimo que resulta válido el pronunciamiento en su contra máxime teniendo en cuenta las expresas disposiciones del art. 96 del Código Procesal y que la aseguradora de riesgos en su expresión de agravios solo se refiere a la falta de imputación de responsabilidad en los términos del art. 1074 por parte del actor pero nada alega en relación a los argumentos que esgrime la Dirección Provincial de Vialidad en oportunidad de contestar el traslado de la defensa de no seguro (cfr. 113/115).

2.- Sentado lo anterior y en relación al resto de la quejas deducidas, cabe recordar que la responsabilidad por omisión de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo con fundamento en el art. 1074 del Código Civil (Vélez) ha sido precisada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al establecer en la causa “Torillo” (31-03-09) el alcance de los deberes que el sistema de riesgos del trabajo pone en cabeza de aquellas, oportunidad en la cual destacó -más precisamente en el considerando 6- que la normativa aludida les ha confiado a las aseguradoras un fin eminentemente preventivo y que en dicho marco cuentan con las atribuciones necesarias para realizar una tarea de fiscalización en los establecimientos de sus afiliados de manera “cercana y permanente”, lo que comprende el “control, promoción, asesoramiento, capacitación, información, mejoramiento, investigación, colaboración, asistencia, planeamiento, programación, vigilancia, visitas a los lugares de trabajo y denuncia”. Todo lo cual “exige de las ART, al paso que las habilita para ello, una actividad en dos sentidos. Primeramente, la adquisición de una acabado conocimiento de la específica e intransferible realidad del ámbito laboral. Seguidamente, el obrar sobre dicha realidad para que se adecue, de ser necesario, a los imperativos de la prevención, incluso mediante la denuncia”.

En el supuesto de autos la agraviada no ha probado (cfr. art. 377 del C.P.C. y C.) haber efectuado actividad preventiva alguna en relación a la empleadora del actor. Tampoco, ha adjuntado constancias de haber asesorado debidamente al trabajador acerca de cómo realizar sus tareas. De haberse cumplido dichas obligaciones omitidas por la ART, tal proceder hubiese posibilitado que el empleado tomara cabal conocimiento del riesgo al que se exponía al realizar las labores en la forma en que lo hacía.

En segundo término, no hay constancias en estas actuaciones que acrediten la existencia de denuncias realizadas por la aseguradora ante la SRT por los incumplimientos de su asegurada en relación a las deficiencias apuntadas.

Es más de la pericia en seguridad e higiene obrante en autos se desprende la inexistencia de capacitación al personal que prestaba labores a favor de la Dirección accionada sobre el modo de ejecutar los trabajos minimizando riesgos, la falta de visitas de dicha aseguradora al lugar de prestación de servicios de la actora y la inexistencia de documentación respaldatoria referida a denuncias de incumplimientos a las normas de seguridad e higiene por parte de la codemandada a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

En este contexto resalto que si bien comparto con la recurrente que resulta procedente responsabilizar a las aseguradoras de riesgos conforme las normas del derecho común en los supuestos que exista relación de causalidad entre la omisión y el daño, cierto es que cabe tener presente la especial configuración que la misma [relación causal] asume en la hipótesis de responsabilidad por omisión (art. 1074 Código Civil –Vélez-).

En los supuestos como el de marras adhiero a la posición asumida por Machado, quien siguiendo a Trigo Represas y Bueres, sostiene que la pregunta pertinente que debe efectuarse el juzgador a los fines de establecer el vínculo causal es si de haber cumplido el imputado (asegurador de riesgo) con los deberes que omitió, hubiera incrementado las chances de la víctima para salir indemne o con un daño menor al que finalmente lo afectó, esto es lo que los autores denominan “nexo de evitabilidad” o “relación de evitación”, para diferenciarlo del escenario en que es la conducta activa del agente la que causa o concausa el daño (en tal sentido ver Machado, José Daniel, “Perfiles y matices de la acción civil contra las ART”, Revista de Derecho Laboral 2010-1, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 149 y ss. y CApel. Laboral, Santa Fe, Sala II, -Varino, Carlos Alberto c/ Elmeco Ingeniería SAIC y otro s/ accidente de trabajo- 20-4-2015, La Ley Online, AR/JUR/11633/2015).

Bajo la óptica aludida y teniendo en cuenta las tareas que desarrolló el actor a lo largo del vínculo laboral considero que si la aseguradora hubiera ejecutado sus obligaciones de inspección, control y denuncia a la SRT del incumplimiento por parte de la

empleadora de las normas de higiene y seguridad en el trabajo respecto a las labores cumplidas por el Sr. Millain, si hubiera efectuado las visitas periódicas a los lugares de trabajo de la accionante, si hubiese verificado la efectiva entrega de elementos de seguridad acordes con las tareas que se le encomendaban y hubiera cumplimentado su deber de dar capacitación al personal del empleador asegurado, la configuración y entidad del daño aquí verificado se hubiese evitado o morigerado.

En virtud a los argumentos esgrimidos entiendo que el incumplimiento por parte de la aseguradora accionada de sus obligaciones legales, en especial en lo atinente a la prevención en el mecanismo generador del daño y falta de capacitación del personal sobre el modo de ejecutar los trabajos con el objeto de minimizar los riesgos que los mismos traen aparejado, es decir, la inobservancia de los deberes de seguridad y vigilancia que le impone la L.R.T. (arts. 18 y 19 del Decreto 170/96 que la reglamenta), importa una conducta disvaliosa por parte de aquella que sin duda alguna activa la responsabilidad por omisión establecida en la normativa del derecho civil toda vez que guardan nexo de causalidad adecuada con los daños sufridos por el Sr. Millain (conf. arts. 901, 902, 904, 1.074 y ccds., Código Civil, y arts. 1724, 1725, 1749 y ccds del Código Civil y Comercial –vigente a la fecha de este pronunciamiento-).

Cabe agregar que las obligaciones legales que tienen a su cargo las ART surgen expresa e implícitamente de lo prescripto en los arts. 4.1, 4.2, 4.3 y 31.1a de la ley de Riesgos del Trabajo y su Decreto Reglamentario 170/96, que en lo sustancial le asignó funciones específicas de prevención, seguridad y vigilancia con la finalidad de reducir los siniestros laborales, obligaciones estas que no pueden ser desatendidas bajo la excusa de los incumplimientos en que incurren los empleadores asegurados.

La insoslayable existencia de las obligaciones legales a cargo de las Aseguradoras de Riesgo del Trabajo torna inaceptable los argumentos que hacen hincapié en la falta de responsabilidad de aquellas por incumplimientos y/o tareas y/o instrucciones que emanan del empleador, máxime si se tiene presente que el cumplimiento de la obligaciones a cargo de las ART no debe entenderse como el ejercicio de un poder de policía, dado que lo que se les exige es el cumplimiento de todas las medidas necesarias a fin de capacitar y arbitrar la prevención de riesgos dentro de los establecimientos que contratan sus servicios.- Desde tal óptica, si bien es cierto que no puede imponérseles que obliguen a sus asegurados a cumplir con las normas de prevención de riesgos, no es menos cierto que sí está entre sus obligaciones procurar el cumplimiento de las mismas no sólo brindando la información necesaria y efectuando los debidos controles sino, además, denunciando ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo todos y cada uno de los incumplimientos y anomalías que detecte en sus periódicas visitas (cfr. CNATrab, Sala IX, 30-03-2015, -Galeano Oscar c/ Swiss Medical ART S.A. y otro s/ accidente – acción civil-, La Ley Online, AR/JUR/13268/2015, del voto del Dr. Balestrini al que adhiriera el Dr. Pompa).

En igual sentido esta Sala II de esta Cámara, la cual integré el año próximo pasado, en autos “Painetru Raúl c/ Consolidar ART y otro S/ D. Y. P. Inconstitucionalidad L. 24557”, (Expte. 8533, Año 2010)”, citando lo sostenido por la ex Cámara en Todos los Fueros de San Martín de los Andes en el precedente “Huenulao Miguel Angel c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ accidente de trabajo con ART”, ha expresado “[…] la Ley 24.557 incorpora la prevención como materia esencial de los Riesgos del Trabajo en la República Argentina. Surge claramente del Art. 1 ap. 1 que conforme a lo dispuesto por dicho ordenamiento legal, primero debe atenderse a la prevención de los riegos del trabajo y luego si esta ha fallado, corresponderá la reparación del daño causado por el infortunio. Para lograr su fin primordial la ley comienza estableciendo en el Art. 1 ap. 2 los objetivos de la Ley, entre los que se enumeran el de reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo. En el esquema legal citado, las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo (ART) concentran un importante cúmulo de obligaciones en materia de prevención de riesgos del trabajo que fueran resaltados por la C.S.J.N. al dictar sentencia en los autos “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gula Oil Argentina S.A. y otro”. La conocida doctrina judicial de la mayoría de nuestro máximo Tribunal, que omitió mencionar la ART en su escrito impugnatorio, ha enfatizado en el considerando 8 del mencionado pronunciamiento que: “no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales. Tampoco las hay, dada la variedad de estos deberes, para que la aludida exención, satisfechos los mentados presupuestos, encuentre motivo en el solo hecho que las ART no pueden obligar a las empleadoras aseguradas a cumplir determinadas normas de seguridad, ni impedir a éstas que ejecuten sus trabajos por no alcanzar ciertas condiciones de resguardo al no estar facultadas para sancionar ni para clausurar establecimientos. Esta postura, sin rebozos, conduciría a una exención general y permanente, por cuanto se funda en limitaciones no menos generales y permanentes. Asimismo, pasa por alto dos circunstancias. Por un lado, al hacer hincapié en lo que no les está permitido a las ART, soslaya aquello a lo que están obligadas: no se trata, para las aseguradoras, de sancionar incumplimientos o de imponer cumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos

que le son anejos, puedan evitarse. Por el otro, olvida que no es propio de las ART permanecer indiferentes a dichos incumplimientos, puesto que la ya citada obligación de denunciar resulta una de sus funciones preventivas" (voto de la Dra. Barrese, al cual adherí).

En el precedente mencionado la Dra. Barrese también indicó "Creo que la trascripción de la jurisprudencia mayoritaria de "Torrillo" alcanza para desestimar los agravios sub análisis, dado que en la letra de dicho precedente se hallan las razones por las que los mismos no pueden tener cabida favorable.

Aduno a ello que el fundamento del Tribunal Supremo Nacional finca en una razón primordial, dado que como lo dijera la mayoría en el mencionado precedente: "Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana" (cfr. causa "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro", 31/03/2009, fallos 332:709)".

En igual orden de ideas la jurisprudencia nacional ha sostenido que: "la omisión no puede ser catalogada como ajena al daño si los actos omitidos, impuestos "expressi verbis" por el ordenamiento jurídico, eran aptos para excluir el peligro y detener el curso de los acontecimientos que desembocaron en el perjuicio". (cfr. CNATrab., sala VIII, -Rossano, Jorge Alejandro c. Berkley International ART S.A. s/ accidente - ley especial- 06/02/2015, Publicado en: IMP 2015-5 , 238, Cita online: AR/JUR/717/2015). "Si la ART hubiera cumplido su deber legal cabalmente, seguramente la empresa afiliada hubiera debido adecuar sus comportamientos en materia de prevención y, entonces, es altamente probable que el accidente no se hubiera producido. Este inadecuado cumplimiento de los deberes de seguridad a su cargo es determinante, máxime si se tiene en cuenta que […] el deber primario de estas entidades creadas por la ley 24.557 es el de velar por el cumplimiento eficaz del deber de prevención y por la seguridad en el empleo, obligación que el legislador ha puesto en sus cabezas y por cuya asunción (además de la responsabilidad secundaria por las contingencias que se produzcan pese a todo) estas entidades perciben retribución económica" (Cfr C.N.Trabajo, Sala II, in re "Miño, Damián c. Constructora Iberoamericana S.A. y otro s/ accidente acción civil", sentencia 95365 del 6/11/07).

Asimismo resulta ilustrativo, como bien lo puso de resalto mi compañera de Sala en los autos que vengo citando a cuyo voto adherí por compartirlo, lo dicho por el Dr. Oscar Zas en un precedente emitido por la Sala V de la Cámara Nacional del Trabajo, del que extraigo que: "uno de los objetivos esenciales de la ley sobre riesgos del trabajo es la reducción de la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos laborales (cfr. art. 1º, ap. 2, inc. a), ley 24.557). En este marco, el sistema impone obligaciones concretas en cabeza de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. Así, el art. 4º, ap. 1º, ley 24.557 dispone en la parte pertinente que "[…] las ART están obligadas a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo […]. A tal fin, y sin perjuicio de otras actuaciones establecidas legalmente […] deberán asumir compromisos concretos de cumplir con las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo…". Según el art. 31, ap. 1º de la ley citada, las A.R.T.: "…a) Denunciarán ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo…" "…c) Promoverán la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas…". Asimismo, los empleadores, en el marco del sistema, tendrán derecho a recibir de parte de las ART "…asesoramiento en materia de prevención de riesgos…" (cfr. art. 31, ap. 2º, a), lo que constituye correlativamente una obligación de dichos entes. Por su parte, en virtud de lo dispuesto por el art. 18, dec. 170/96, las ART "…deberán brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en las siguientes materias: a) Determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato; b) Normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo; c) Selección de elementos de protección personal…". (CNTrabajo, Sala V, -Rivero, Gabriel Norberto c/ Galinari, Osvaldo Rubén y otro s/ accidente acción civil-, voto del Dr. Oscar Zas, SD 76056, del 17 de marzo de 2014, www.infojus.gov.ar).

El Magistrado, cuya decisión vengo parafraseando, continuó razonando que: "La omisión es causal cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o a su evitación (cfr. Lorenzetti, Ricardo L, "Notas sobre la responsabilidad civil por omisión", Zeus, t. 33-D, p. 55). Desde el punto de vista de la relación de causalidad, ese no hacer viene a ser una condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca. Prueba de lo expuesto es que de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían se podría haber interrumpido el proceso causal, evitándose el desenlace dañoso (Goldenberg, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 212; López Cabana, Roberto, "Poder de policía y responsabilidad del Estado", en Alterini, Atilio A. – López Cabana, R., "Responsabilidad Civil", Diké, Bogotá, 1995, p. 380)" (del voto del Dr. Zas en el precedente citado supra).

No paso por alto el esfuerzo argumentativo desplegado por el recurrente en oportunidad de fundar su crítica, pero cierto es que los fundamentos expresados no conmueven el temperamento que he adoptado en los presentes y que son los sostenidos por esta Sala conforme se desprende del precedente que he citado, a los que en un todo me remito en honor a la brevedad.

En atención a lo expresado y en el entendimiento de haberme expedido sobre los cuestionamientos traídos a consideración, estimo que la decisión recurrida debe ser confirmada en relación a los puntos analizados.

3.- Respecto al agravio referido al comienzo del plazo del cómputo de los intereses considero que no le asiste razón a la apelante en tanto la mora, en los hechos ilícitos, se produce ex re -en este caso, desde la fecha de consolidación del daño (abril 2010), conforme se fija en la sentencia en crisis, extremo este último que no fuera cuestionado en esta instancia-.

En este sentido: "…Tal como ha sostenido esta Sala en casos similares al presente, criterio que comparto (ver "Alcaraz Ubaldo c. Provincia ART S.A. s/ accidente ley especial", SD nro. 85.398 del 24/02/2009; "Oviedo Esteban Ignacio c. CNA ART S.A. s/ accidente-acción civil", SD nro. 86.502 del 29/03/2011; "Santillán Omar Enrique c. Asociart ART S.A. s/ accidente ley especial", SD nro. 86.939 del 29/08/2011, entre otros), que en el momento "...de la consolidación jurídica del daño nace el derecho del trabajador a percibir las prestaciones que prevé el art. 14 punto 2) de la ley 24.557 ya citada, por lo que el tiempo transcurrido entre el nacimiento del derecho y el momento en el que ese derecho le es reconocido -en el caso, por medio de sentencia judicial firme- debe ser reparado a través del pago de intereses compensatorios pues hay mora ex re. De lo contrario, se estaría beneficiando a la deudora a costa del acreedor, quien ha debido iniciar este proceso para obtener el reconocimiento de su derecho a ser indemnizado por la minusvalía que padece (ver en igual sentido, CNAT, Sala III, "Romano Oscar c. Liberty ART S.A. s/ diferencia de salarios")...". (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, "Martinez Ovelar, Alipio c/ Aseguradora De Riesgos del Trabajo Liderar S.A. s/ accidente ley especial", 12/09/2014, Publicado en: DT 2015 (marzo), 677, DJ 25/03/2015, 51, Cita online: AR/JUR/52746/2014; del voto de la Dra. Vázquez).

Es decir, la mora es automática y la sentencia que reconoce la pretensión no es constitutiva sino meramente declarativa de un derecho preexistente.

Se ha expresado: "Los intereses moratorios aplicables a la indemnización de daños derivados de la muerte de un trabajador no deben computarse desde la fecha de interposición de la demanda sino desde aquel evento, toda vez que en materia de hechos ilícitos la situación de mora del deudor se constituye en forma automática en el momento en que se produce el perjuicio objeto de la indemnización". (Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Santa Fe, sala II, "Almaraz, Juan Ramón y Otro c/ Toraglio, Diego Jorge y Otros s/accidente de trabajo", 22/05/2013, Publicado en: LLLitoral 2013 (octubre), 1037, ED 11/11/2013, 7).

Además, cabe consignar que es la solución que prevé expresamente el art. 2, tercer párrafo de la ley 26.773, que dispone: "El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional".

Con respecto a este último dispositivo, el TSJ local ha expresado: "… la flamante respuesta dada por el legislador no puede desatenderse, pues hacia allí es que intenta conducirse el desenlace del conflicto. Nótese que el título dado a la ley alude al ordenamiento del sistema resarcitorio. Considerando ello, parece adecuado un cambio en la doctrina de la Sala que se encolumne con la reciente solución legislativa…". ("Mansur Lian c/ Consolidar A.R.T. s/ accidente de trabajo con ART"), N° Expte: 13 - Año 2012, sentencia de fecha 11/3/13, Integrantes: Dr. Evaldo D. Moya, Dr. Oscar E. Massei).

Máxime teniendo en cuenta que, en el presente caso, el fundamento de la condena es la responsabilidad civil de la ART conforme lo previsto por el art. 1074 del CC (de Vélez).

En virtud a lo expresado cabe desestimar la queja bajo estudio en los términos pretendidos.

4.- Atento la forma en la propongo se resuelvan los agravios traídos a consideración de este Tribunal corresponde, atento el principio objetivo de la derrota, confirmar la imposición en costas efectuada en la primera instancia, y consecuentemente desestimar el último agravio intentado por la impugnante.

VI.- En atención a los argumentos esgrimidos en el apartado que antecede, doctrina y jurisprudencia allí citada, cabe rechazar el recurso de apelación intentado por Consolidar ART S.A. y consecuentemente, confirmar el decisorio apelado en lo que ha sido motivo de agravios para la recurrente, lo que así propongo al Acuerdo.

VII.- Las costas de esta instancia estimo cabe imponerlas a la apelante en su carácter de vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C. y C).

VIII.- Conforme el mérito, extensión, calidad del trabajo desarrollado, como así también el resultado final del pleito y la falta de cuestionamiento de la base regulatoria, entiendo que los honorarios de segunda instancia deben ser regulados de conformidad a las disposiciones del Art. 15 (30%) de la ley de aranceles profesionales, los cuales quedan fijados en los montos que a continuación se detallan: Dra. ..., en su carácter de letrada apoderada de la parte actora, en la suma de pesos treinta y cuatro mil

novecientos cincuenta ($ 34.950,00) y de las Dras. ..., apoderada, y ..., patrocinante, ambas de Consolidar ART S.A., en forma conjunta, en la suma de pesos veinticuatro mil cuatrocientos sesenta y cinco ($ 24.465,00), todos ellos con más IVA en caso de corresponder. Así voto.

La Dra. Alejandra Barroso, dijo:

Comparto los argumentos y solución propiciada por el Dr. Furlotti en el voto que antecede, motivo por el cual adhiero al 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.- Confirmar la sentencia de primera en todo aquello que ha sido motivo de agravios para Consolidar ART S.A..

II.- Imponer las costas de segunda instancia a cargo Consolidar ART S.A., en su carácter de vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.).

III.- Regular los honorarios de segunda instancia de conformidad a las disposiciones del Art. 15 (30%) de la ley de aranceles profesionales, los cuales quedan fijados en los montos que a continuación se detallan: Dra. ..., en su carácter de letrada apoderada de la parte actora, en la suma de pesos treinta y cuatro mil novecientos cincuenta ($ 34.950,00) y de las Dras. ..., apoderada, y ..., patrocinante, ambas de Consolidar ART S.A., en forma conjunta, en la suma de pesos veinticuatro mil cuatrocientos sesenta y cinco ($ 24.465,00), todos ellos con más IVA en caso de corresponder.

IV.- 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

**“E. M. N. Y OTRO C/ C. M. S. C. S/ REGIMEN DE COMUNICACION”** - 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.: 7140/2015) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. IMPOSICION DE COSTAS. MODOS ANORMALES DE TERMINACION DEL PROCESO. DESISTIMIENTO DEL PROCESO. COSTAS AL ACTOR.

Corresponde imponer las costas a los accionante que fueron quienes formularon el desistimiento del presente proceso, pues el art. 73 del ordenamiento procesal establece claramente que si el juicio termina por desistimiento, las mismas “(…) serán cargo de quien desiste, salvo cuando se debiese exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia” (textual) y en autos no se configuran ninguno de los dos supuestos de excepción referidos precedentemente. Por otra parte, los actores no peticionaron se los exima de costas y la demandada, (…) prestó conformidad al desistimiento formulado por la contraria, solicitando se le impongan las costas del proceso.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 01 de febrero de 2017.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "E. M. N. Y OTRO C/ C. M. S. C. S/ REGIMEN DE COMUNICACION" (Expte.N° 71.407, Año 2.015) del Juzgado de Primera Instancia de Familia, Niñez y Adolescencia de la II Circunscripción Judicial y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de Cutral Co dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales; venidas a la Sala N° 1 integrada por los señores vocales, Dres. Alejandra Barroso y Pablo G. Furlotti y;

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 34/35 la demandada interpone recurso de apelación en contra de la resolución interlocutoria dictada a fs. 30/31, que da por concluida la causa e impone las costas en el orden causado.

En el mismo acto funda dicho recurso, expresando que la actora -quien ha desistido de este proceso-, no ha solicitado la imposición de costas en el orden causado y sí lo hizo la apelante al contestar el traslado que se le confiriera del pedido de desistimiento.

Que al conceder más de lo pedido por la parte, la decisión de la señora jueza a quo resulta arbitraria ya que transgrede abiertamente el principio de congruencia o de "estricto derecho".

Entiende la recurrente que no existen motivos para apartarse no sólo del principio general de imposición de costas, sino también del texto expreso del art. 73 del ritual. Agrega que de las constancias de la causa surge que la promoción de la demanda ha sido una conducta en gran medida irrazonable de los actores y fue injustificadamente promovida desde el punto de vista fáctico, razón por la que frente al desistimiento formulado, corresponde que las costas sean impuestas a los accionantes.

Por último, indica la demandada que debe revocarse el punto en crisis, por no darse en estos obrados los supuestos de excepción previstos por el art. 73 del Código Procesal para eximir de costas a quien desiste; esto es, cambio de legislación o jurisprudencia.

II.- Corrido el pertinente traslado de ley, el mismo no es contestado por la parte actora.

III.- a) Ingresando al tema traído a esta Sala, en primer lugar cabe señalar que en estos obrados no ha existido allanamiento como se señala en el primer párrafo de los considerandos de la resolución apelada, sino que a fs. 27 los actores manifiestan que han decidido no continuar con el trámite de las presentes actuaciones, lo que debe entenderse como un desistimiento del proceso en los términos previstos por el art. 304 del ordenamiento procesal; siendo ellos –allanamiento y desistimiento- dos institutos completamente distintos.

Así, en materia de costas, el art. 73 del mismo Código establece claramente que si el juicio termina por desistimiento, las mismas "(…) serán cargo de quien desiste, salvo cuando se debiese exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia" (textual).

b) Sentado ello, entendemos que le asiste razón a la apelante en su planteo en virtud de no darse en autos ninguno de los dos supuestos de excepción referidos precedentemente, máxime cuando los actores no peticionaron se los exima de costas y la demandada, a fs. 29 prestó conformidad al desistimiento formulado por la contraria, solicitando se le impongan las costas del proceso.

No pasamos por alto el antecedente de la otrora Cámara en Todos los Fueros de Cutral Có que cita la señora jueza a quo en su resolutorio, más la situación fáctica de esa causa –en la que se resolvió la cuestión de fondo- resulta diametralmente distinta a estas actuaciones, las que concluyeron por uno de los modos anormales de terminación del proceso.

Jurisprudencialmente se ha dicho que "El fundamento de la imposición de las costas a quien desiste está dado por el hecho culpable de haber compelido a otro a intervenir en un proceso que, a la postre, no agota los distintos estadios que completan su total desarrollo en virtud de la exteriorización de voluntad de aquel de ponerle fin sin necesidad de la declaración jurisdiccional de certeza (arts. 73, 304, 305, Cód. procesal; LOPEZ DEL CARRIL, La condena en costas, n° 311, p. 397)". (Cám. 1°, sala III, La Plata, causa 174.201, reg. sent. 248/78; 181.586, reg. sent. 70/81). "El desistimiento del proceso necesita para su eficacia de la aquiescencia o por lo menos del silencio del demandado (art. 304, Cód. procesal), extremo que no incide en la carga de las costas, que en tanto no medie acuerdo en contrario, pesan sobre quien desista (Cám. nac. civil, sala C, 16-8-79, La Ley, 1979, v. D, p. 379; Der., v. 84, p. 481). En efecto, el desistimiento del actor, cuando no se debe a cambios de legislación o jurisprudencia, hace que deba cargar con las costas". (Cám. nac. civ. sala A, 23-12-68, La Ley, v. 136, p. 1086, 22.242-S; Cám. nac. fed., sala III, cont. adm., 10-10-80, BCNFed., oc. 1980, 128, núm. 320; 10-11-81, BCNFed., 1981, 126, núm. 262). (El subrayado nos pertenece. Ambos precedentes citados en "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. Bs. As. y de la Nación", Morello – Sosa – Berizonce, ed. Abeledo-Perrot, Tº II-B, págs. 229 y 235).

En virtud de lo expuesto y considerando que los motivos indicados en la resolución dictada a fs. 30/31, no resultan suficientes para apartarse de las claras disposiciones del art. 73 del CPCC, corresponde hacer lugar al recurso de apelación intentado y,

consecuentemente, revocar el punto 1 de la resolución en crisis, imponiendo las costas a cargo de los actores y dejando sin efecto la regulación de honorarios allí efectuada.

Consecuentemente, deberá en el origen realizarse una nueva determinación de los estipendios profesionales, la cual debe estar fundada en las normas de la ley arancelaria.

V.- Sin costas de Alzada, atento la forma en que se resuelve y no ser ello imputable a las partes, (art. 68 segundo párrafo y concordantes del C.P.C.Y C.).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la legislación aplicable y jurisprudencia citada, esta 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;

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocando el punto I. de la resolución de fecha 23 de agosto del año 2016 obrante a fs. 30/31. En consecuencia y de conformidad a las previsiones del art. 304 del Código Procesal, tener a los actores por desistidos del presente proceso.

II.- Imponer las costas de primera instancia a los accionantes (arts. 68 y 73 del Código Procesal), dejando sin efecto los honorarios regulados en la referida resolución, debiendo en el origen efectuarse una nueva regulación, teniendo en cuenta la imposición de costas aquí dispuesta.

III.- Sin costas de Alzada, atento la forma en que se resuelve y no ser ello imputable a las partes (arts. 68 segundo párrafo y concordantes del C.P.C. Y C.).

IV.- PROTOCOLÍCESE digitalmente (Ac. 5416 pto. 18 del TSJ). NOTIFÍQUESE electrónicamente a las partes y a la señora Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente. Oportunamente vuelvan las actuaciones al Juzgado de origen.

Dr. Pablo G. Furlotti - Dra. Alejandra Barroso

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

**"E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - 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.: 620/2014) – Intelrocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES. MODIFICACION DE LA CUOTA ALIMENTRIA. DETERMINACION DE PORCENTAJE.

1.- Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto, modificando el porcentaje establecido en la decisión en crisis, estableciéndolo en un 30 % de los haberes que el demandado percibe, lo que se condice con el transcurso del tiempo, aumento del costo de vida, la mayor edad de los hijos y con la ponderación efectuada por la reclamante que considerara inclusive las actividades informales.

2.- En cuanto al monto reclamado, la Doctrina y Jurisprudencia ha dicho en casos similares que: “Aun cuando el Juez considere que la cuota debería ser superior al monto reclamado, la sentencia deberá limitarla a lo pedido en la demanda, pues de otro modo se incurriría en plus petitio, excediéndose el contenido de la litis, y quedaría violado el principio de congruencia (art. 36 inc. 4 y 163 inc. 6 del CPCC).

3.- Respecto de la fecha desde la cual rige la nueva cuota alimentaria, es de aplicación lo dispuesto en el art. 644 del CPCC, es decir desde la notificación de la demanda.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 1 de Febrero de 2017.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA" (Expte. JJUFA INC. 620/2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado 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.- Llegan los autos a esta instancia mediante recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia interlocutoria de fecha 5 de agosto del 2016 (fs. 332/336), quien presenta memorial conforme surge del escrito obrante a fs. 340/344.

En primer lugar, y sin perjuicio de sostener que la sentencia en lugar de fijar un incremento de la cuota lo que hace es establecer un nuevo modo de determinar la misma, es decir, ya no una cuota actualizable conforme acordaran las partes en el año 2013, sino un porcentaje de los haberes, consiente expresamente que se fije un porcentaje, aunque cuestiona el fijado en la sentencia y la fecha desde la cual está obligado a abonarlo.

Argumenta el recurrente que la jueza de grado incurre en arbitrariedad al fijar el porcentaje de alimentos cuando se ha comprobado el aumento del 116% de la cuota original producto del acuerdo de actualización salarial; asimismo argumenta que las actividades privadas eran conocidas por la demandante y que las mismas igualmente no superan los ingresos mensuales netos de $2.000, habiéndose demandado un porcentaje menor en el escrito de inicio de este incidente y sugerido también uno menor por el propio defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Arguye que la sentenciante se aparta del acuerdo de partes en cuanto a que las cuestiones extraordinarias serían solventadas en un 50% cada uno, resultando la cuota fijada con más las ayudas prestadas a los hijos mayores un porcentaje de exacción del 70% de los ingresos del alimentante.

Asevera que al retrotraerse la nueva cuota a la fecha de la demanda se le perjudica patrimonialmente ante la imposibilidad de acreditar los gastosextraordinarios erogados en el periodo a los efectos del descuento pertinente, debiéndose establecerse la misma desde la fecha de la sentencia.

Aduce haber cumplido con sus obligaciones y que han transcurrido solamente quince meses desde el acuerdo formalizado, pretendiendo la actora un aumento del 130% sin fundamento alguno.

Se agravia de la imposición de las costas, alegando no haber dado motivos al pleito, no habiendo sido requerido extrajudicialmente al efecto y siendo injustificado el reclamo ante la actualización de la cuota conforme salario.

Solicita se confirme el 25% de cuota ordinaria con más gastos extraordinarios en un 50% de conformidad a lo acordado y recomendado por la defensoría del niño.

II.- Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 347/350.

Manifiesta preliminarmente que el demandado ha consentido la fijación de un porcentaje, omitiendo una crítica concreta y razonada y efectuando un alegato de prueba.

Afirma que las actividades extras no fueron tenidas en cuenta en el acuerdo realizado, que el alimentante actualmente es director de escuela, además de tener ingresos complementarios por clases de yudo y venta de purificadores.

Asegura que la suma solicitada fue estimada en el año 2014 y que la misma se ve afectada por la inflación posterior, fijando la jueza el porcentaje teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la imposibilidad de acreditar los ingresos informales del perseguido.

Manifiesta que el apelante no ha comprendido los términos de la demanda y de la sentencia por cuanto los gastos extraordinarios se encuentran fuera de la litis, continuando vigente el compromiso asumido en el convenio efectuado, es decir, contribuyendo ambos padres por partes iguales en estos gastos.

Destaca que el padre abonaba la cuota en pagos parciales, que se le requirió extrajudicialmente un aumento, negándose a ello, encontrándose fuera de cuestión los gastos extraordinarios, y siendo de aplicación la normativa procesal expresa en relación a desde cuándo se debe la nueva cuota.

Dice que si hubiera tenido intención de acordar lo hubiera propuesto y que el cumplimiento del acuerdo no lo licencia a liberarse de

los gastos de este proceso, siendo más que evidente la justificación del aumento de cuota teniendo en cuenta que el acuerdo se formuló en el año 2013.

Plantea reserva de caso federal y solicita se rechace la apelación con costas.

III.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis admite el incidente de aumento de cuota alimentaria mensual a la suma equivalente al 35% de los haberes que percibe el demandado como dependiente del CPE a favor de dos de sus dos hijos A. M. C. y L. S., de 18 y 16 años de edad respectivamente a la fecha de la sentencia, suma que se descontará automáticamente; difiere la fijación de la cuota suplementaria e impone las costas al demandado.

Tiene en cuenta que las partes acordaron una cuota alimentaria de $ 2.700 y que cada progenitor se haría cargo del 50% de los gastos extraordinarios de los niños, con un ajuste anual equivalente al porcentaje de aumento salarial y asumiendo el 50% cada uno de los gastos de los hijos mayores.

Funda el aumento de cuota dispuesto en el transcurso del tiempo, el alza del costo de vida, la mayor edad de los hijos, y que se ha acreditado la actividad informal del progenitor aunque destaca que no se puede determinar cuánto es el ingreso mensual por la misma.

Fija la cuota desde la notificación del traslado de demanda con fecha 12 de mayo 2015.

Atribuye las costas al demandado sustancialmente vencido y de acuerdo al principio general que rige en los alimentos.

a) De las constancias de autos surge que la actora solicita un aumento de la cuota alimentaria pactada oportunamente entre las partes a fin de que la misma se eleve peticionando la suma de $7.000, por ambos hijos, habiendo denunciado ingresos del obligado por la suma de $25.000 (fs. 24 y ss.); se trata de dos jóvenes de 17 y 19 años actualmente (fs. 1 y 2); consta el acuerdo de divorcio en el que se pactó alimentos por la suma de $ 2.700 en concepto de gastos ordinarios, actualizados por el índice del aumento salarial del gremio docente, con más el 50% de los gastos extraordinarios, por tres hijos (A., S. y M.), y costos de manutención de uno de los hijos mayor de edad (S. A.)(fs. 33 y ss. 5 de julio 2013); la AFIP informa los sueldos del demandado para el año 2015, oscilando los mismos desde $17.771 a $45.972 (fs. 282); PSA informa que el accionado es distribuidor independiente y que de enero a noviembre 2015 ha comprado por un valor de $ 85.236, estimando su venta al público con un incremento del 30% (fs. 302); el CPE informa que la actora cumple funciones de maestra titular turno mañana y el demandado maestro titular turno mañana y suplente turno tarde (fs. 315); y el Club Cordillera afirma que el sindicado da clases de yudo desde 1991 ad honorem (fs. 296).

b) La Defensoría del Niño y del Adolescente recomienda fijar la cuota alimentaria en un porcentaje de los haberes oficiales del padre, teniendo en cuenta que este realiza suplencias y favoreciendo a ambas partes, proponiendo un 25%, manteniendo la obligación de afrontar por partes iguales los gastos extraordinarios (fs. 331).

c) Reunidos los recaudos mínimos del art. 265 del CPCC, en principio, cabe resaltar que le asiste razón a la accionante en cuanto a que de acuerdo a la traba de la litis y a lo resuelto por la magistrada se ha modificado la cuota alimentaria y de ninguna manera se ha alterado la cláusula pactada sobre los gastos extraordinarios, que siguen de la misma forma, es decir, 50% cada uno de los padres.

Luego, asimismo, el recurrente consiente la fijación de la cuota en un porcentaje, quedando la queja sobre su determinación, propiciando el 25%, en coincidencia con lo aconsejado por el defensor de los Derechos del Niño.

Ciertamente, la actora al demandar solicita una suma fija de $ 7.000 que equivalen a un porcentaje aproximado del 28% de los ingresos que denuncia en su escrito; también es correcto que las entradas informales del demandado no han podido ser precisadas, siendo el promedio de salarios formales del año 2015 estimativamente $27.676,30, de conformidad a lo que se detallara supra.

La magistrada fija el 35% con fundamento en el transcurso del tiempo, aumento del costo de vida, la mayor edad de los hijos, y que acreditada la actividad informal, no se puede determinar cuál es el ingreso mensual por la misma.

Encontramos acertado que el transcurso del tiempo, que implica la mayor edad de los hijos y el consecuente incremento en los gastos de manutención, justifican el aumento solicitado, más consideramos, ponderando la totalidad de la prueba valorada en la sentencia y en el estricto marco de la crítica planteada por el apelante, que el porcentaje establecido excede lo estimado por la propia reclamante y aconsejado por el Defensor del Niño.

En estos términos, estimamos que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, modificando el porcentaje establecido en la decisión que se revisa, estableciéndolo en su lugar en un 30% de los haberes que el demandado percibe como empleado del CPE, lo que se condice con las distintas circunstancias enunciadas y fundamentalmente con la ponderación efectuada por la propia reclamante que considerara inclusive las actividades informales.

Con respecto al monto reclamado, sin perjuicio de que puede inferirse un porcentaje de los ingresos denunciados, sin embargo la

actora solicitó oportunamente una suma fija y no un porcentaje. Por otro lado, el propio recurrente expresa en su contestación y en los agravios y resulta señalado en la sentencia, que la cuota que venía aportando para sus hijos A. y L. era el equivalente al 26,64%, con lo cual no puede pretender que se fije en un 25%, porque constituiría no un aumento sino una disminución de la cuota a estar a sus propios dichos.

Podemos señalar, en orden al porcentaje que consideramos apropiado, que la doctrina y jurisprudencia ha dicho en casos como el presente que: "Aun cuando el juez considere que la cuota debería ser superior al monto reclamado, la sentencia deberá limitarla a lo pedido en la demanda, pues de otro modo se incurriría en plus petitio, excediéndose el contenido de la Litis, y quedaría violado el principio de congruencia (art. 36 inc. 4 y 163 inc. 6 del CPCC)" (CNC, sala F, 4.2.1981, LL 1981-C-6; citado en p. 460 Régimen jurídico de los alimentos, Gustavo Bossert).

d) En relación al agravio referido a la fecha desde la cual rige la nueva cuota alimentaria, es de aplicación la solución contenida en el art. 644 del CPCC, estableciendo la juzgadora que se aplique desde la notificación de la demanda esto es, desde el 12 de mayo del 2015, tratándose de un incidente de aumento.

Reiteradamente, se ha establecido tal pauta interpretativa, que se condice con la reforma al texto procesal nacional, teniendo en cuenta que el alimentante viene cumpliendo con la asistencia alimentaria y se solicita su modificación (B. S. C/ B. G. S/ INCIDENTE DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA, E/A: B. S. Y OTRO S/DIVORCIO - Nº 209.457/98, Expte. Nº 659-CA-1, Cámara de Apelaciones Neuquén, Sala II).

e) Igualmente, deberá confirmarse la estipulación de costas atento el principio general en materia procesal y no encontrándose razones de excepción de conformidad con lo establecido por el art. 68 del CPCC, teniendo vigencia también el indicador particular en tema de alimentos que propicia que no se cargue al alimentista para no disminuir la cuota que recibe, siempre que sea razonable la actitud asumida en el proceso particular (CNCiv, Sala A, 30.10.86, R.21.852, citado en p. 416 Régimen jurídico de los alimentos, Gustavo Bossert).

f) Conforme lo desarrollado precedentemente, deberá hacerse lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada, modificando el porcentaje fijado en concepto de cuota alimentaria, según lo expresado supra y rechazando los demás planteos formulados.

Las costas de esta instancia corresponde se impongan a cargo del alimentante por aplicación de las mismas consideraciones vertidas al confirmar la imposición en primera instancia.

Atento la forma en que se resuelve procede dejar sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas por la magistrada, debiéndose adecuar y regular los honorarios profesionales de conformidad a lo dispuesto por el art. 26 de la ley arancelaria y lo que surge de este pronunciamiento.

IV.- Por último, hágase saber al Juzgado de origen que en los presentes actuados obran cargos sin suscribir por el Sr. Secretario, fs. 103 vta., 109 vta., 128 vta., 150, 151, 154, 279 vta., 283, 287, 292, 299 y 344 vta. Atento el tipo de trámite y el estado de la causa, suscríbanse los mismos, exhortando a los funcionarios correspondientes a poner la debida atención en ello.

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 parcialmente al recurso interpuesto, y en consecuencia, modificar la sentencia apelada fijando la cuota alimentaria en el 30% de los haberes que el demandado perciba por todo concepto como dependiente del C.P.E.

II.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas en primera instancia, debiendo en el origen readecuarse al resultado del nuevo pronunciamiento.

III.- Imponer las costas de esta instancia al demandado conforme lo considerado.

IV.- Diferir la regulación de honorarios de esta Alzada para el momento procesal oportuno (art. 15 LA).

V.- Exhortar a los funcionarios que corresponda a poner la debida atención en la suscripción de los cargos en los escritos y actuaciones pertinentes.

VI.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo Furlotti

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**“C. M. J. Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO”** - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería Nº 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 516674/2017) – Sentencia: S/N – Fecha: 12/05/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

OBRAS SOCIALES. FERTILIZACION ASISTIDA. MATRIMONIO IGUALITARIO. COBERTURA INTEGRAL. DERECHOS SEXUALES, REPRODUCTIVOS Y A LA SALUD. LIBERTAD REPRODUCTIVA.

Corresponde ordenar a la obra social demandada cubrir de forma completa el tratamiento de fertilización de alta complejidad solicitado por las actoras unidas en matrimonio igualitario, consistente en la técnica FIV-CSI de gametos propios de la pareja y con semen heterologo, pues en la denegatoria –del pedido de cobertura- subyace una conducta discriminatoria por la igualdad de sexos de las accionantes, violentando expresamente el último párrafo del art. 8 de la ley 26.862 –Reproducción Médicamente Asistida- cuando impide la introducción de "…requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios."

**Texto completo:**

Neuquén, 12 de Mayo del año 2017.

VISTOS: Estos autos caratulados "C. M. J. y OTRO c/ I.S.S.N. s/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N°516674/2017) venidos a despacho para dictar sentencia, en los que a fs. 17/28 M. J. C. y E. R. Z., con patrocinio letrado, promueven acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (en adelante ISSN), a los efectos de que se condene al demandado a brindar la cobertura total en un 100% de los tratamientos de fertilización asistida que resulten necesarios FIV/ICSI de alta complejidad con lamentos propios de la pareja y semen heterólogo.

Respecto a los hechos indican que las actoras forman una pareja desde el año 2013 y que en el 2015 contrajeron matrimonio igualitario. Que por razones biológicas requieren el tratamiento de fertilización in Vitro con semen heterólogo solicitando su cobertura a la demandada en razón de ser dependientes de ... de la Provincia del Neuquén.

Manifiestan que C. sería la donante de óvulos para implantarse en la coactora Z..

Dicen que el 30/11/2015 presentaron ante el ISSN el pedido de cobertura y adjuntaron la documental requerida obteniendo resolución el 08/11/16 por Disposición 2789/16 en el Expte. 4469-193201/5 Alc.0000 – año 2016.

Que por la misma se rechaza el reclamo administrativo y se reconoce la cobertura del procedimiento de inseminación intrauterina con semen de banco a favor de las afiliadas (actoras).

Realizan consideraciones respecto a la viabilidad del procedimiento solicitado así como que el mismo respeta su deseo personal y resuelve de modo más ético la voluntad de que ambas sean madres.

Se expiden rebatiendo los argumentos de la disposición.

Fundan su derecho y la procedencia de la acción.

Ofrecen prueba.

Corrido traslado de la demanda y requerido informe, a fs. 95/101 se presenta el Instituto de Seguridad Social del Neuquén por intermedio de apoderado.

Informa que conforme surge del expediente administrativo N° 4469-193201/5 Alc. 0000, Año 2016, las actoras solicitan la cobertura del tratamiento de fertilización y valorados los antecedentes emitidos por las distintas reparticiones de la demandada se dicta la disposición en crisis rechazándose la solicitud.

Realiza las negativas procesales de rigor. Sostiene que en la disposición en crisis se rechazó lo solicitado por las actoras pero se reconoció a favor de las afiliadas la cobertura del procedimiento de inseminación intrauterina a M. J. C. por menor edad y, por ende, menor riesgo. Así, sostiene que se brinda la cobertura solicitada con una alternativa en cuanto al procedimiento en consideración a argumentos médicos y jurídicos.

En primer término, respecto a las consideraciones médicas, arguye que pese a no tratarse de una patología se atendió el reclamo de las actoras. Indica la menor probabilidad de embarazo de la coactora mayor a cuarenta años y el riesgo que también importa el procedimiento de ovodonación para M. J. C..

Así, la sugerencia realizada se adecua a las atribuciones que ostenta como auditora.

Realiza consideraciones respecto a la diferencia de costo de ambos tratamientos en atención a la calidad de obra social de la

demandada.

Refiere que el tratamiento solicitado no cumple con los requisitos previstos por la Ley 2954 y Resolución 454/16 del ISSN y por lo tanto no existe acto arbitrario ni legal.

Ofrece prueba y hace reserva de caso federal.

A fs. 82 toma intervención el Fiscal de Estado.

A fs. 179 se abre la causa a prueba etapa que se clausura a fs. 200 pasando los autos para el dictado de sentencia.

CONSIDERANDO: I.- La acción de amparo constituye un procedimiento constitucional de garantía de los derechos reconocidos ofrecido por la Carta Magna Nacional y Provincial, para la preservación de dichos derechos.

Por ello, la acción de amparo debe estar sustentada en la violación de una norma o principio constitucional o en el peligro de que ello ocurra.

"…esta manifestación de la justicia constitucional irrumpió en nuestro medio con la finalidad primordial de salvaguardar, inmediatamente, la integridad de los derechos fundamentales, …, bien restableciéndolos, bien previniéndolos de restricciones indebidas, cuando ellas resultaren de próxima e indudable concreción" (Patricio Sammartino – PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL AMPARO ADMINISTRATIVO p. 19).

Es decir, que la procedencia del amparo como vía judicial, presupone la existencia de una lesión jurídica de naturaleza constitucional, presupuesto que se considera en sentido amplio, como toda restricción o alteración al derecho. (SALGADO A. Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, 1° edición p.27).

Por su parte, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, con el agregado de que dicha normativa internacional adquiere el carácter de supraconstitucional, en tanto el Estado Nacional es garante de la aplicación de dichas normas dentro del territorio del país.

El art. 1 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que "A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."

Asimismo, en el tratado se considera a la maternidad como "función social" (art. 5), imponiendo a los estados parte del pacto, la adopción de medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, incluyendo el derecho a la planificación de la familia (art. 12 y art. 14 inc. 2.b).

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 18 ha reconocido el derecho de hombres y mujeres a partir de edad núbil, a formar una familia, siendo esta el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado.

Concordante el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 17 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23, reconocen a la familia idéntico estatus fundamental de la sociedad y el derecho a su protección.

Estas normas internacionales de garantía resultan de directa aplicación al derecho interno y es obligación de la jurisdicción su aplicación al caso concreto.

Concordante, la Constitución Provincial expresamente impone a la provincia el deber de asegurar la salud reproductiva en su art. 36.

II.- El caso traído para dictar sentencia se funda en la petición de las actoras de la cobertura total al 100 % de los tratamientos de fertilización asistida denominados FIV-ICSI de alta complejidad, con gametos propios de la pareja y con semen heterologo, que resulten necesarios para lograr un embarazo.

Alegan que forman pareja desde el año 2013 y en el 2015 contraen matrimonio igualitario, a la luz de la ley 26.618, pretendiendo tener un hijo o hija y que por razones estrictamente biológica no pueden ser madres por el método natural de reproducción, por lo que necesitan una fertilización in vitro con semen heterologo.

Fundamentan la petición en que ha sido denegada la cobertura con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, basado en inexistencia de enfermedad orgánica, que la pareja no tiene antecedentes de infertilidad, el riesgo de un embarazo en una persona de más de 40 años y la baja posibilidad de éxito de embarazo.

En consecuencia, en autos se reúnen los requisitos del amparo, ya que existe una omisión por parte del accionado que produce una lesión actual (en sentido amplio) por la falta de acceso de las accionantes a la cobertura asistencial pretendida.

Corresponde entonces, a los efectos de la resolución de la causa, establecer si asiste derecho a las actoras o si la negativa de la demandada tiene fundamento legal.

III.- De las constancias de autos surge que las actoras constituyen un matrimonio y que por la sola razón de ser del mismo sexo se hace imposible lograr un embarazo, así como la determinación de quien será donante y quien llevará adelante el embarazo.

Por tanto, el punto en conflicto se centra en determinar si el demandado está obligado a otorgar la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad como se demanda y si la negativa resulta arbitraria.

De los dichos de las partes y prueba producida en autos surge que el médico tratante indica el tratamiento del modo como se demanda, afirmando que ambas están en condiciones para poder realizarlo.

De tal modo queda desbaratado el argumento respecto al riesgo que conlleva el procedimiento, además que las actoras lo asumen según sus propios dichos.

La documental agregada en autos y en particular el obrante a fs. 40 consta la indicación del tratamiento de fertilización en vitro del modo como fue requerido en la demanda.

Asimismo, de la documental obrante a fs. 192/7 surge el presupuesto por la suma de $84.900 que compone de presupuesto por procedimiento de Fertilización Alta Complejidad, Vitrificación de embriones y Semen Heterologo.

Surge así acreditada la indicación médica del tratamiento cuya cobertura se solicita.

IV.- la ley 24.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable establece como objetivo "…alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual, y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones y violencia (…) garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable".

En cuanto a la legislación provincial, la Ley 2258 establece que "Art. 3°: se considera "fecundación asistida" la que requiera de procesos no naturales tendientes a ayudar al proceso de fecundación, tales como la inseminación artificial, fertilización in vitro, micro fertilización asistida y otras que se vayan incorporando."

Por su parte el art. 96 de la ley 611 indica que la Dirección de Prestaciones "…realizará en la Provincia todos los fines del Estado Provincial en materia salud y asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para los sectores de la actividad pública y privada que se adhieran en su régimen…"

Por último, la ley 26.862 ha incluido en el PMO, "la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gamentos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios." (art.8).

Según el art. 10 de la normativa, sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional. Así, recientemente, conforme fuera citado, la Provincia por medio de la ley 2954 garantizó el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, en concordancia con la ley nacional 26.862 y según las características del Sistema de Salud Provincial.

El art. 11 de la ley 2954, dispone que la obra social provincial (ISSN), así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados en todo el territorio provincial, deben incorporar como prestaciones obligatorias y brindar a sus afiliados o beneficiarios, entre otros las técnicas de baja y alta complejidad.

De lo que resulta que la omisión en otorgar la cobertura solicitada aparece arbitraria e infundada, más aun cuando se advierte en la resolución dictada, que sería posible otorgarla a la Sra. C., realizando una selección sin sustento alguno y violentando el derecho de las accionadas a tomar dicha decisión.

Se advierte entonces que en la denegatoria subyace una conducta discriminatoria por la igualdad de sexos de las accionantes, violentando expresamente el último párrafo del art. 8 de la ley 26.862 cuando impide la introducción de "…requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o es estado civil de los destinatarios."

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la demanda de cobertura al 100% de los tratamientos de fertilización asistida que resulten necesarios, denominados FIV ICSI de lata complejidad, con gametos propios de la pareja con semen heterologo.

En cuanto al alcance y sin perjuicio que en anteriores pronunciamientos he resuelto la cobertura en la medida porcentual que establecía el reglamento del ISSN, a la luz de la especial referencia legislativa a una cobertura integral deberá el demandado cubrir el tratamiento y medicamentos al 100%.

Respecto de la extensión de la condena, deberá cubrir un tratamiento y en caso que no se obtenga el embarazo, en etapa de ejecución de sentencia, las actoras deberán presentar prescripción de su médico tratante y ponerlo a disposición de la demandada a los fines de su consideración.

Por último, en atención a la índole del tratamiento y que consta en autos el costo del tratamiento solicitado, el demandado deberá cumplir la condena en el plazo del 10 días.

V.- Atento a como se resuelve la cuestión, las costas se imponen a la demandada (art. 68 del CPCyC).

Por lo expuesto, RESUELVO: 1) Hacer lugar a ña acción de amparo incoada y en consecuencia CONDENAR al INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN –ISSN- A OTORGAR A M. M. M y E. R. Z. la cobertura al 100% del TRATAMIENTO DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA, FIV-CSI de lata complejidad, con gametos propios de la pareja y con semen heterologo, tal como fuera solicitado y de acuerdo a la indicación médica, en el plazo de 10 días, con costas. 2) Regular los honorarios de …, patrocinantes de las actoras en la suma de $23.565; los de … como apoderada de la demandada en la suma de $6.598 y los de … y … en la suma conjunta de $16.496 (conf. Art. 6, 7, 10, 36 Ley 1594). Protocolícese.

Notifíquese.

DRA. Alejandra C. Bozzano – Juez.

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

**"LUCERO MICHAEL Y LUCERO FACUNDO S/ HOMICIDIO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 22652/2016) – Sentencia: 12/17 - Fecha: 02/03/2017

DERECHO PENAL. PARTICIPACION NECESARIA. DOLO EVENTUAL.

1.- La entrega de un arma, no necesariamente implica representarse la acción de “matar”, y en ese sentido el tribunal debió explicar ese aspecto subjetivo de la figura dolosa, debió dar las razones, y no las hizo.

2.- En la participación, el aporte se presta al autor y es deber señalar no sólo el elemento objetivo sino el subjetivo, que en la sentencia está ausente, por lo que se evidencia un déficit en la fundamentación respecto de Á. L., debiendo absolverse al imputado, por no haber dado razones respecto del elemento subjetivo en el dolo eventual atribuido al nombrado, haciendo lugar a la impugnación absolviéndolo de culpa y cargo.

Ver texto completo:

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

**"B. J. A. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 15914/2015) – Sentencia: 14/17 - Fecha: 03/03/2017

DERECHO PROCESAL. SENTENCIA ARBITRARIA.

1.- Si la sentencia adolece de un razonamiento integrado, en el cual no se conecta el hecho atribuido con las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable. Y si existe una sustancial fractura en el razonamiento lógico que deriva en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa -declaraciones testimoniales rendidas en juicio por la víctima y de la testigo presencial del hecho- realizando una valoración irrazonable de aquellos elementos aportados al proceso, resulta claro la existencia de la arbitrariedad de la conclusión en la que se apoya.

2.- Corresponde hacer lugar a la censura articulada por la Defensa contra la sentencia de responsabilidad, toda vez que el pronunciamiento se ha sustentado en una irrazonable ponderación de las piezas probatorias, atribuyéndole a éstas un alcance y contenido contrarias a lo que se vislumbra de su mera observación en la video-filmación. Es la solución que se impone adoptar ante la ausencia de certeza necesaria para una condena, pues que el imputado se haya arrodillado y apoyado la mano sobre la rodilla de la menor víctima y que aquella proposición fáctica tenga la connotación sexual que determina la sentencia de responsabilidad, no configura la única posibilidad, excluyente de otras, ni mucho menos una razonable conclusión conforme la prueba rendida. Y, si ello es de tal modo, la duda no ha podido ser absolutamente disipada, ni aun en base a la palmaria distorsión de la prueba de cargo en que ha incurrido la mayoría del Tribunal de Juicio, en lo que pareciera un intento de probar un suceso delictual sobre la base de la intima convicción. Los principios de inmediación y de la oralidad si bien confieren a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba, permitiéndoles extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de quienes declaran en tal oportunidad procesal, no es extendible a la situación advertida en el presente legajo en que los jueces dieron cuenta de relatos en juicio que no fueron fieles a lo producido en aquella instancia, por lo que nos hallamos ante una sentencia arbitraria.

Ver texto completo:

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