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

AÑO V – N° 4, Julio / Agosto 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° 4, Julio/Agosto 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

Agosto/2017

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

Indices

Por Organismo

Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia

- **"BOTTIN MIGUEL ANGEL C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** –(Expte.: 1617/2005) – Acuerdo: 36/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2327/2007) – Acuerdo: 48/17 – Fecha: 08/05/2017 ver texto
- **"YAÑEZ MERCEDES DEL TRANSITO C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3277/2011) – Acuerdo: 51/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"ABARZÚA CARLOS HECTOR C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4552/2013) – Acuerdo: 53/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"DEL CAMPO MARIA BETINA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3461/2011) – Acuerdo: 54/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"FLORES ELISA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4913/2014) – Acuerdo: 56/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"CACACE AIDA PETRONA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1648/2006) – Acuerdo: 61/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"FERNANDEZ CECILIA MABEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4165/2013) – Acuerdo: 62/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"GARRIDO LUIS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2755/2009) – Acuerdo: 72/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"FIGUEROA ILDA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Expte.: 2829/2009) – Acuerdo: 75/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"ALVAREZ LUIS GILBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN**

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

PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 3971/2012) – Acuerdo: 77/17 – Fecha: 12/06/2017 ver texto

- **"MILLAIN CELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y ENTE PROVINCIAL DE TERMAS DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3772/2012) – Acuerdo: 80/17 – Fecha: 26/06/2017 ver texto
- **"CARNOVALE ANTONIO GUILLERMO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3862/2012) – Acuerdo: 83/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"ARROYO KARINA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA EL CHOCON S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - (Expte.: 3526/2011) – Acuerdo: 46/17 – Fecha: 26/04/2017 ver texto
- **"CHESÑEVAR MAGDALENA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4373/2013) – Acuerdo: 47/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"NAHUELÁN CARLOS C/ MUNICIPALIDAD DE LAS LAJAS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3907/2012) – Acuerdo: 60/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"ORELLANA ELTRAN ORIANA ANDREA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA PEHUENIA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3469/2011) – Acuerdo: 79/17 – Fecha: 26/06/2017 ver texto
- **"VIDELA GABRIELA BEATRIZ C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4230/2013) – Acuerdo: 84/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"PENNACCHIONI MARÍA LUISA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 6192/2015) – Acuerdo: 85/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto
- **"MONZALVEZ NICOLAS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2372/2008) – Acuerdo: 88/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto

Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia

- **"ARANCIBIA OSCAR C/ SAN CRISTOBAL S.M.S.G. S/ SUMARÍSIMO LEY 2268" –** (Expte.: 21/2014) – Acuerdo: 10/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"MANTERO LAURA C/ LÓPEZ ROBERTO Y OTROS S/ ACCIÓN DE NULIDAD"** – (Expte.: 319914/2005) – Acuerdo: 15/17 – Fecha: 23/06/2017 ver texto
- **"COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO C/ ABARZÚA RODOLFO Y OTROS S/ DESALOJO"** – (Expte.: 342309/2006) – Acuerdo: 18/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto

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

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE IRIZAR RODOLFO CARLOS S/ APREMIO"** – (Expte.: 25/2012) – Acuerdo: 09/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"GIL DEMETRIO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GÉNERICAS"** – (Expte.: 66994/2014) – Acuerdo: 17/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto
- **"ROSSI ALBERTO ARTEMIO Y OTRO C/ DEHAIS JOSÉ S/ INTERDICTO DE RECOBRAR"** – (Expte.: 158/2007) – Acuerdo: 19/17 – Fecha: 09/08/2017 ver texto
- **"LOZANO GUSTAVO OSCAR C/ DASH S.R.L. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** – (Expte.: 392147/2009) – Acuerdo: 20/17b – Fecha: 11/08/2017 ver texto

Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

- **"ROSAS GASTÓN NICOLÁS; BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO; GONZÁLEZ GUSTAVO MARCELO; CATALÁN SERGIO RAÚL y CASTILLO MARTÍN ALEJANDRO S/ TORTURA"** – (Expte.: 12611/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"F. Á. G. S/ ABUSO SEXUAL"** – (Expte.: 14353/2015) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO"** – (Expte.: 10380/2014) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"MUÑOZ MARCELO GERMÁN S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO"** – (Expte.: 2/2017) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 14/06/2017 ver texto
- **"A. E. R. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** – (Expte.: 57156/2015) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 19/06/2017 ver texto
- **"D. J. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** – (Expte.: 15852/2014) – Acuerdo: 08/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto

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

- **"VERDUGO DANIEL ANDRES C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGUROS" -** (Expte.: 448753/2011) – Sentencia: 91/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"JOUBERT ELIZABET GLADIS C/ IRUÑA S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 506902/2015) – Sentencia: 92/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"MONETTI CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ BANCO HIPOTECARIO NACIONAL S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 395335/2009) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"SUCES. ALVAREZ MEDINA RAUL O. C/ CASTRO DANIEL EDGARDO Y OTRO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - (Expte.: 387769/2009) – Sentencia: 112/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto

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

- **"VILLEGAS JOSE RAMON C/ FOSATTI CARLOS A. Y OTRO S/ PRESCRIPCION"** - (Expte.: 501017/2013) – Sentencia: 113/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"VALDEBENITO CECILIA DEL CARMEN C/ SANCHEZ CLAUDIA MARIEL S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 445950/2011) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"SEGUEL JUAN PABLO C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 453061/2011) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"GONZALEZ IRMA LUISA C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 475035/2013) – Sentencia: 118/17 - Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"TEJERA ANIBAL C/ CLIBA ING. AMBIENTAL S.A. - TECSAN ING. AMBIENTAL S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 457953/2011) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUCESORES DE SANTOS LUISA S/ APREMIO"** - (Expte.: 518800/2014) – Sentencia: 126/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"M. E. H. S/ MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 81173/2017) – Interlocutoria: 172/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"SALDAÑA ANGEL WALTER C/ CECCARELLI ROBERTO LUIS S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - (Expte.: 516254/2016) – Interlocutoria: 183/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"R. R. D. A. S/ GUARDA"** - (Expte.: 59989/2015) – Interlocutoria: 189/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ CORREO ARGENTINO S.A. S/ APREMIO"** - (Expte.: 471571/2012) – Interlocutoria: 194/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ PEDIDO DE QUIEBRA"** - (Expte.: 515310/2016) – Interlocutoria: 195/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"HIDALGO ELISA BEATRIZ C/ FRANCO MATIAS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 451323/2011) – Sentencia: 109/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"VERGARA VILLANUEVA SANDRA F. C/ MUJICA VICTOR MARTIN Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 474239/2013) – Sentencia: 110/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLOR Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (JNQCI1 EXP 327220/2005) ACUMULADOS CON LOS AUTOS "URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. S/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL"** - (Expte.: 327220/2005) – Sentencia: 114/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"RIVAS SILVIA MABEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 443513/2011) – Sentencia: 121/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto

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

- **"RIVAS VIRGINIA SOLEDAD C/ INDALO S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 502563/2017) – Sentencia: 134/17 - Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"ANDUAGA MARCHETTI LUCAS MATIAS C/ GRUICH NICOLAS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 308403/2004) – Sentencia: 136/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"JUAREZ JUAN CARLOS C/ URBANO EXPRESS ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - (Expte.: 425909/2010) – Sentencia: 137/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"H.C.J.E. C/ CEDICOM S.A.C.I.F.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 376858/2008) – Sentencia: 138/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"SANDOVAL OSCAR RAMON C/ GARCIA JUANA Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 388488/2009) – Sentencia: 142/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"HERRERA ANGEL FEDERICO C/ COOP. TRABAJO ADOS LTDA. S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - (Expte.: 416885/2010) – Sentencia: 146/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"B. M. C/ A. V. J. L. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD"** - (Expte.: 506516/2015) – Sentencia: 151/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"ANSORENA LEANDRO C/ MUNICIPALIDAD DE RINCON DE LOS SAUCES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 1006/2009) – Sentencia: 163/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO IRIGOYEN N° 55 - NEUQUEN C/ WESMONT S.A. S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 547439/2016) – Sentencia: 167/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"G. G. B. Y OTRO S/ HOMOLOGACION DE CONVENIO (FLIA.)"** - (Expte.: 81293/2017) – Interlocutoria: 249/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"AMOROSI AGUSTINA ARIAN C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI5 EXP 412682/2010) acumulado con los autos "BRIZUELA CINTHIA GABRIELA C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 412682/2010) – Sentencia: 130/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"URBINA CARLOS MAURICIO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI5 EXP 353627/2007) y su acumulado "CASTILLO TEODORO YANCO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD EXTRACONT. ESTADO"** - (Expte.: 353627/2007) – Sentencia: 131/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto

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

- **"VALDES GUSTAVO ENRIQUE C/ VALERIO RICARDO ANTONIO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 412481/2010) – Sentencia: 147/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"AHUMADA HORACIO Y OTRO C/ ROCO MARCELO ADOLFO Y OTRO S/ DESALOJO POR FINALIZACION DE CONTRATO LOCACION"** - (Expte.: 502866/2014) – Sentencia: 154/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"CARRASCO HECTOR JESUS C/ ZILLE S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 377365/2008) – Sentencia: 156/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"EXTER NEUQUEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 503217/2014) – Sentencia: 157/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"RODRIGUEZ MERCEDES DEL VALLE C/ ASOCIACIÓN MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (EXP JNQCI4 503421/14) y su acumulado "GARRIDO MANUEL JESUS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 505986/2014) – Sentencia: 158/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"INFANTE OSCAR DANIEL C/ FUNDACION ISI COLLEGE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 468879/2012) – Sentencia: 165/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"MESSINEO RICARDO CESAR C/ BUNZLI ALDO SANTIAGO Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - (Expte.: 377266/2008) – Sentencia: 169/17 – Fecha: 08/08/2017 ver texto
- **"SEPULVEDA JORGE ANTONIO C/ MARTINEZ DIAZ JULIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI1 EXP 451662/2011) y su acumulado "GONCALVEZ PEREIRA MANUEL Y OTRO C/ CIFUENTES EMILIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 451662/2011) – Sentencia: 172/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto
- **"AFIONE MARIA BEATRIZ Y OTR. C/ HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO SRL Y OTR. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 505.990/14"** - (Expte.: 63523/2016) – Interlocutoria: 231/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"I.P.V.U.N. S/ RECURSO NOTA 73/16 – R.P.I."** - (Expte.: 438/2016) – Interlocutoria: 232/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"DELL ARCIPRETE ERIC C/ MMS TOOLS & SERVICES S.R.L. S/ DESPIDO"** - (Expte.: 508504/2016) – Interlocutoria: 251/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"PEDERNERA STELLA MARIS C/ LA HOLANDO SUDAMERIC. ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 444478/2011) – Interlocutoria: 260/17 – Fecha: 08/08/2017 ver texto
- **"M. E. F. C/ F. B. A. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO"** - (Expte.: 82495/2017) – Interlocutoria: 276/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto

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

- **"PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA S. A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 469265/2012) – Interlocutoria: 281/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto
- **"SVALDI VICENTE Y OTRO C/ GALENO ART S.A. S/ INDEMNIZACION"** - (Expte.: 504414/2014) – Interlocutoria: 284/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"ECHEVERRIA RAUL EDGARDO C/ BANCO CREDICOOP COOPERATIVO LIMITADO S/ SUMARISIMO LEY 2268 X CDA EXP 513314"** - (Expte.: 512216/2016) – Interlocutoria: 285/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"ARRUDA AGUIRRE JUAN MANUEL C/ BACKING S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 509242/2016) – Interlocutoria: 288/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto

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

- **"BUSTOS GERARDO DAVID C/ BAS ALFREDO OSCAR DANIEL Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 459145/2011) – Sentencia: 111/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"SOSA FERNANDEZ MARCOS DIEGO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 466694/2012) – Sentencia: 114/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"A. M. A. S/ GUARDA"** - (Expte.: 67223/2014) – Interlocutoria: 211/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"R. C. A. Y OTRO S/ INC. DE APELACION E/A 69484/2015"** - (Expte.: 1290/2017) – Interlocutoria: 216/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"COLEGIO DE MARTILLEROS Y CORREDORES PUBLICOS DE NEUQUEN C/ CERRO NEGRO S.A. S/ OPOSICION A LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO"** - (Expte.: 517214/2017) – Interlocutoria: 228/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"O. D. M. M. E. C/ M. D. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS"** - (Expte.: 81750/2017) – Interlocutoria: 229/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"PARADA MARIA LAURA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 100051/2017) – Interlocutoria: 234/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"B. S. E. S/ SITUACION LEY 2212"** - (Expte.: 80681/2017) – Interlocutoria: 235/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"CAÑUPAN MARCOS ELIAZAR ENRIQUE C/ JAHN FERNANDO WALTER Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 452197/2011) – Sentencia: 146/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto

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

- **"LARA IGNACIO DAVID C/ NOGUEIRA GUILLERMO Y NOACCO MARIANO SH S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 506298/2015) – Sentencia: 147/17 – Fecha: 28/05/2017 ver texto
- **"MUÑOZ PEDRO MARTIN Y OTRO C/ ZAPATA HORACIO ANDRES S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 502358/2014) – Sentencia: 149/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"VILDOZA BARBARA AILIN C/ PEREZ JUAN DOMINGO Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 474440/2013) – Sentencia: 156/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"SANHUEZA SAN MARTIN ELIZABETH C/ CORTES ENRIQUE MARCELO Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 468167/2012) – Sentencia: 157/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"ARAUJO MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ CARRIL JORGE CESAR S/ ACCION DE REMOCION"** - (Expte.: 503111/2014) – Sentencia: 158/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"SOLDATI ANTONIO ATILIO AGUSTIN HECTOR LUIS Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR"** - (Expte.: 517635/2017) – Interlocutoria: 261/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"VAZSQUEZ BERTHA MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ SUAREZ OSCAR VICENTE S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 508599/2007) – Sentencia: 159/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"SOTO AURORA Y OTRA C/ LA DELICIOSA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 469062/2012) – Sentencia: 161/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"GONZALEZ JONEL ANTONIO C/ SACATUC S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 468316/2012) – Sentencia: 163/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ TERAN DORA Y OTRO S/ EJECUCION HIPOTECARIA"** - (Expte.: 502038/2013) – Sentencia: 164/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"HERRERA JOSE DANIEL C/ BERCLEAN S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 391079/2009) – Sentencia: 148/17 – Fecha: 29/06/2017 ver texto
- **"NAVARRO QUEZADA FABIOLA Y OTRO C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"** - (Expte.: 459800/2011) – Sentencia: 169/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"SUAREZ ELVIO ORLANDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 514551/2016) – Sentencia: 170/17 – Fecha: 02/08/2017 ver texto
- **"B. N. N. Y OTROS S/ CAMBIO DE NOMBRE"** - (Expte.: 65424/2014) – Sentencia: 173/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"B. S. V. C/ R. O. A. S/ INC. DE CUOTA ALIMENTARIA EXTRAORDINARIA E/A 36200/2008"** - (Expte.: 1106/2016) – Interlocutoria: 290/17 – Fecha: 24/08/2017 ver texto

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

- **"S. G. E. S/ DIVORCIO"** - (Expte.: 72371/2015) – Sentencia: 82/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"AGUIRRE PAMELA ELIZABETH C/ VIÑAS MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 501305/2014) – Sentencia: 88/17 – Fecha: 18/05/2017 ver texto
- **"ANSBERCK PELAEZ ROMINA C/ TOSELLI NORMANDO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 419305/2010) – Sentencia: 112/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - (Expte.: 386153/2009) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"GARCIA ROBERTO ARIEL C/ COMPAÑIA ARGENTINA DE LEVADURAS SAIC S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - (Expte.: 33399/2017) – Interlocutoria: 171/17 – Fecha: 17/07/2017 ver texto
- **"PARRA ANCATEN YOLANDA RAMONA C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP SEG. S/ RECURSO ART 46 LEY 24557"** - (Expte.: 412896/2010) – Sentencia: 85/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"ARANDA PRUDENCIO C/ MONTEIRO ANIBAL OMAR Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS BENEFICIO EXPTE. 304362/3"** - (Expte.: 304187/2003) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"CACERES RICARDO Y OTRO C/ GATTI CARLOS ADRIAN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - (Expte.: 504120/2014) – Sentencia: 123/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"CONTRERAS DARIO C/ CABRERA AGUSTIN RAMON S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 504546/2014) – Sentencia: 120/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"CARCAMO EDITH ELIZABETH C/ SIMAN MENEM LAILA HERMINIA DEL CARMEN S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 411969/2010) – Sentencia: 125/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"CRLJENKO JOSE OMAR NATALIO C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - (Expte.: 369811/2008) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"MORENO RAUL ALBERTO C/ DEMASI LUCIA BEATRIZ S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 457842/2011) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"CAMPOS PABLO FERNANDO C/ COPA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 461655/2011) – Sentencia: 124/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto

- **"PEÑA LUCAS EZEQUIEL C/ CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 472649/2012) – Sentencia: 133/17 – Fecha: 10/08/2017 ver texto
- **"COEXCO S.A. C/ SEOANE STELLA MARIS S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 446370/2011) – Sentencia: 135/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto
- **"DIAZ URIBE MARIA MERCEDES C/ SIERRA GABRIELA B. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 500786/2013) – Sentencia: 136/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto
- **"BRITOS GLADYS MARIA C/ MARIO CERVI E HIJOS S.A. Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONAL"** - (Expte.: 370862/2008) – Sentencia: 139/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ EXTERRAN ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO"** - (Expte.: 538889/2015) – Sentencia: 140/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"R. H. E. S/ SITUACIÓN LEY 2212"** - (Expte.: 75131/2016) – Interlocutoria: 195/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"VALENZUELA GUSTAVO MANUEL C/ S.A.T. S.R.L. S/ DESPIDO"** - (Expte.: 509065/2016) – Interlocutoria: 225/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto

Tribunal de Impugnación

- **"I. L. S/ MUERTE DUDOSA"** - (Expte.: MPFZA 19789/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"SAN MARTIN ENZO LUIS S/ ROBO AGRAVADO"** - (Expte.: MPFNQ 76362/2017) – Sentencia: S/N - Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"I. L. S/ MUERTE DUDOSA"** - (Expte.: MPFZA 19789/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"VILLAGRA ALEXIS S/ ROBO SIMPLE"** - (Expte.: 81163/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"VALLEJOS OSCAR ALBERTO S/ LESIONES CULPOSAS"** - (Expte.: MPFCU 25040/2017) – Sentencia: S/N - Fecha: 23/06/2017 ver texto
- **"CALELLO JUAN ERNESTO S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO (ART. 80 DEL CP)"** - (Expte.: MPFNQ 77556/2016) – Sentencia: 53/17 - Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"MARIPAN DARIO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO"** - (Expte.: MPFNQ 62734/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"GODOY JORGE LUIS S/ INCIDENTE EJECUCION DE LA PENA"** - (Expte.: OFINQN 242/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/07/2017 ver texto
- **"MIKELOVICH JUAN ERNESTO S/ HOMICIDIO DOLOSO"** - (Expte.: MPFNQ

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

89208/17) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/07/2017 ver texto

- **"GALLARDO CESAR OSCAR S/ HABEAS CORPUS"** - (Expte.: OFIZA 590/17) – Sentencia: S/N - Fecha: 30/06/2017 ver texto
- **"OLIVERA NATANAEL S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO"** - (Expte.: 81192/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 26/06/2017 ver texto
- **"GATICA JUAN S/ LESIONES LEVES"** - (Expte.: MPFNQ 75729/16) – Sentencia: S/N - Fecha: 05/06/2017 ver texto
- **"CARRASCO CARLOS RAUL S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO"** – (Expte.: 20846/2016 MPFZA) – Sentencia: S/N - Fecha: 19/05/2017 ver texto
- **"MOLINA MARIANO, ROJAS CARLOS, MUÑOZ PABLO, ÑANCU MARINA S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA"** - (Expte.: 68227/2016 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 17/05/2017 ver texto
- **"FISCALIA DE VILLA LA ANGOSTURA S/ INVESTIGACION"** - (Expte.: 19460/16 MPFJU) – Sentencia: S/N - Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"GARCIA ALEXIS SEBASTIAN S/ ROBO SIMPLE"** - (Expte.: 92387/2017 MPFNQ) - Sentencia: S/N - Fecha: 21/07/2017 ver texto
- **"ARANDA JULIO CESAR S/ HOMICIDIO..."** - (Expte.: 81590/2017 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 24/07/2017 ver texto
- **"MONSALVE LUIS HECTOR S/ ABUSO DE AUTORIDAD"** - (Expte.: 82466/17 MPFNQ) - Sentencia: S/N - Fecha: 28/07/2017 ver texto
- **"RIOS RODRIGO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO"** - (Expte.: MPFNQ 59647/2016) – Sentencia: 54/2017 - Fecha: 24/07/2017 ver texto
- **"D. F. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - (Expte.: MPFJU 17698/2016) – Sentencia: 24/17 - Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"GONZALEZ LIDIA MARIELA S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO"** - (Expte.: MPFJU 15146/2015) – Sentencia: 50/17 - Fecha: 29/06/2017 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

- **"BUCAREY HUGO ANDRES C/ BAHIA TUNING EMPRESA DE SERVICIOS S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 62324/2013) – Acuerdo: S/N – Fecha: 15/06/2017 ver texto

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

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

- **"OILSTONE ENERGIA S.A. C/ BASCUR JOSE LUIS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR" -** (Expte.: 71131/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 04/07/2017 ver texto

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

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

Por Tema

Abuso de autoridad

- **"MONSALVE LUIS HECTOR S/ ABUSO DE AUTORIDAD"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 82466/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 28/07/2017 ver texto

Accidente de trabajo

- **"SEGUEL JUAN PABLO C/ QBE ARGENTINA 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.: 453061/2011) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLOR Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (JNQCI1 EXP 327220/2005) ACUMULADOS CON LOS AUTOS "URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. S/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 327220/2005) – Sentencia: 114/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"RIVAS SILVIA MABEL 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 I – (Expte.: 443513/2011) – Sentencia: 121/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"SOSA FERNANDEZ MARCOS DIEGO 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.: 466694/2012) – Sentencia: 114/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"PARRA ANCATEN YOLANDA RAMONA C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP SEG. S/ RECURSO ART 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 412896/2010) – Sentencia: 85/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"LOZANO GUSTAVO OSCAR C/ DASH S.R.L. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 392147/2009) – Acuerdo: 20/17b – Fecha: 11/08/2017 ver texto
- **"SVALDI VICENTE Y OTRO C/ GALENO ART S.A. S/ INDEMNIZACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 504414/2014) – Interlocutoria: 284/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"CRLJENKO JOSE OMAR NATALIO C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de

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

Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 369811/2008) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto

- **"BRITOS GLADYS MARIA C/ MARIO CERVI E HIJOS S.A. Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 370862/2008) – Sentencia: 139/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto

Acción de amparo

- **"PARADA MARIA LAURA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 100051/2017) – Interlocutoria: 234/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"SUAREZ ELVIO ORLANDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 514551/2016) – Sentencia: 170/17 – Fecha: 02/08/2017 ver texto

Acción procesal administrativa

- **"ARROYO KARINA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA EL CHOCON S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3526/2011) – Acuerdo: 46/17 – Fecha: 26/04/2017 ver texto

Actos preparatorios

- **"MOLINA MARIANO, ROJAS CARLOS, MUÑOZ PABLO, ÑANCU MARINA S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 68227/2016 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 17/05/2017 ver texto

Actos procesales

- **"SOLDATI ANTONIO ATILIO AGUSTIN HECTOR LUIS Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517635/2017) – Interlocutoria: 261/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"I.P.V.U.N. S/ RECURSO NOTA 73/16 – R.P.I."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 438/2016) – Interlocutoria: 232/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto

Alimentos

- **"B. S. V. C/ R. O. A. S/ INC. DE CUOTA ALIMENTARIA EXTRAORDINARIA E/A 36200/2008"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1106/2016) – Interlocutoria: 290/17 – Fecha: 24/08/2017 ver texto

Contratos

- **"JOUBERT ELIZABET GLADIS C/ IRUÑA S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO**" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 506902/2015) – Sentencia: 92/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"ARAUJO MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ CARRIL JORGE CESAR S/ ACCION DE REMOCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 503111/2014) – Sentencia: 158/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"CONTRERAS DARIO C/ CABRERA AGUSTIN RAMON S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 504546/2014) – Sentencia: 120/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"RODRIGUEZ MERCEDES DEL VALLE C/ ASOCIACIÓN MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (EXP JNQCI4 503421/14) y su acumulado "GARRIDO MANUEL JESUS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 505986/2014) – Sentencia: 158/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto

Contratos administrativos

- **"BOTTIN MIGUEL ANGEL C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1617/2005) – Acuerdo: 36/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"ORELLANA ELTRAN ORIANA ANDREA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA PEHUENIA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala

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

Procesal Administrativa – (Expte.: 3469/2011) – Acuerdo: 79/17 – Fecha: 26/06/2017 ver texto

Contratos comerciales

- **"COEXCO S.A. C/ SEOANE STELLA MARIS S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 446370/2011) – Sentencia: 135/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto

Contrato de trabajo

- **"VALDEBENITO CECILIA DEL CARMEN C/ SANCHEZ CLAUDIA MARIEL S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 445950/2011) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"TEJERA ANIBAL C/ CLIBA ING. AMBIENTAL S.A. - TECSAN ING. AMBIENTAL S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 457953/2011) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"JUAREZ JUAN CARLOS C/ URBANO EXPRESS ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 425909/2010) – Sentencia: 137/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"H.C.J.E. C/ CEDICOM S.A.C.I.F.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 376858/2008) – Sentencia: 138/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"SANDOVAL OSCAR RAMON C/ GARCIA JUANA Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 388488/2009) – Sentencia: 142/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"HERRERA ANGEL FEDERICO C/ COOP. TRABAJO ADOS LTDA. S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 416885/2010) – Sentencia: 146/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"BUSTOS GERARDO DAVID C/ BAS ALFREDO OSCAR DANIEL Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - 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.: 459145/2011) – Sentencia: 111/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto

- **"MUÑOZ PEDRO MARTIN Y OTRO C/ ZAPATA HORACIO ANDRES S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502358/2014) – Sentencia: 149/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"SOTO AURORA Y OTRA C/ LA DELICIOSA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469062/2012) – Sentencia: 161/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"GONZALEZ JONEL ANTONIO C/ SACATUC S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468316/2012) – Sentencia: 163/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"CARCAMO EDITH ELIZABETH C/ SIMAN MENEM LAILA HERMINIA DEL CARMEN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 411969/2010) – Sentencia: 125/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"CARRASCO HECTOR JESUS C/ ZILLE S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 377365/2008) – Sentencia: 156/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"INFANTE OSCAR DANIEL C/ FUNDACION ISI COLLEGE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 468879/2012) – Sentencia: 165/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"MESSINEO RICARDO CESAR C/ BUNZLI ALDO SANTIAGO Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 377266/2008) – Sentencia: 169/17 – Fecha: 08/08/2017 ver texto
- **"HERRERA JOSE DANIEL C/ BERCLEAN 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.: 391079/2009) – Sentencia: 148/17 – Fecha: 29/06/2017 ver texto
- **"MORENO RAUL ALBERTO C/ DEMASI LUCIA BEATRIZ S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 457842/2011) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto

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

- **"VALENZUELA GUSTAVO MANUEL C/ S.A.T. S.R.L. S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509065/2016) – Interlocutoria: 225/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto

Control de legalidad

- **"D. F. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 17698/2016) – Sentencia: 24/17 - Fecha: 30/03/2017 ver texto

Daños y perjuicios

- **"YAÑEZ MERCEDES DEL TRANSITO C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3277/2011) – Acuerdo: 51/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"SUCES. ALVAREZ MEDINA RAUL O. C/ CASTRO DANIEL EDGARDO Y OTRO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 387769/2009) – Sentencia: 112/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"HIDALGO ELISA BEATRIZ C/ FRANCO MATIAS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 451323/2011) – Sentencia: 109/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"VERGARA VILLANUEVA SANDRA F. C/ MUJICA VICTOR MARTIN Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474239/2013) – Sentencia: 110/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"RIVAS VIRGINIA SOLEDAD C/ INDALO S.A. 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.: 502563/2017) – Sentencia: 134/17 - Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"ANDUAGA MARCHETTI LUCAS MATIAS C/ GRUICH NICOLAS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 308403/2004) – Sentencia: 136/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"ANSORENA LEANDRO C/ MUNICIPALIDAD DE RINCON DE LOS SAUCES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1006/2009) – Sentencia: 163/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto

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

- **"CAÑUPAN MARCOS ELIAZAR ENRIQUE C/ JAHN FERNANDO WALTER 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.: 452197/2011) – Sentencia: 146/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"VILDOZA BARBARA AILIN C/ PEREZ JUAN DOMINGO 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.: 474440/2013) – Sentencia: 156/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"SANHUEZA SAN MARTIN ELIZABETH C/ CORTES ENRIQUE MARCELO 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.: 468167/2012) – Sentencia: 157/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"VAZSQUEZ BERTHA MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ SUAREZ OSCAR VICENTE 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.: 508599/2007) – Sentencia: 159/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"AGUIRRE PAMELA ELIZABETH C/ VIÑAS MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 501305/2014) – Sentencia: 88/17 – Fecha: 18/05/2017 ver texto
- **"ANSBERCK PELAEZ ROMINA C/ TOSELLI NORMANDO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419305/2010) – Sentencia: 112/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 386153/2009) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"ARANDA PRUDENCIO C/ MONTEIRO ANIBAL OMAR Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS BENEFICIO EXPTE. 304362/3"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 304187/2003) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"CACERES RICARDO Y OTRO C/ GATTI CARLOS ADRIAN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 504120/2014) – Sentencia: 123/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto

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

- **"AMOROSI AGUSTINA ARIAN C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI5 EXP 412682/2010) acumulado con los autos "BRIZUELA CINTHIA GABRIELA C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 412682/2010) – Sentencia: 130/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"URBINA CARLOS MAURICIO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI5 EXP 353627/2007) y su acumulado "CASTILLO TEODORO YANCO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD EXTRACONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 353627/2007) – Sentencia: 131/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"VALDES GUSTAVO ENRIQUE C/ VALERIO RICARDO ANTONIO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 412481/2010) – Sentencia: 147/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"SEPULVEDA JORGE ANTONIO C/ MARTINEZ DIAZ JULIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI1 EXP 451662/2011) y su acumulado "GONCALVEZ PEREIRA MANUEL Y OTRO C/ CIFUENTES EMILIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 451662/2011) – Sentencia: 172/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto
- **"ECHEVERRIA RAUL EDGARDO C/ BANCO CREDICOOP COOPERATIVO LIMITADO S/ SUMARISIMO LEY 2268 X CDA EXP 513314"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 512216/2016) – Interlocutoria: 285/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"NAVARRO QUEZADA FABIOLA Y OTRO C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459800/2011) – Sentencia: 169/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"PEÑA LUCAS EZEQUIEL C/ CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 472649/2012) – Sentencia: 133/17 – Fecha: 10/08/2017 ver texto

Debido proceso

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

- **"GODOY JORGE LUIS S/ INCIDENTE EJECUCION DE LA PENA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFINQN 242/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/07/2017 ver texto

Declaración de rebeldía

- **"SAN MARTIN ENZO LUIS S/ ROBO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte. MPFNQ 76362/2017) – Sentencia: S/N - Fecha: 22/06/2017 ver texto

Derecho colectivo del trabajo

- **"CAMPOS PABLO FERNANDO C/ COPA 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.: 461655/2011) – Sentencia: 124/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto

Derechos personalísimos

- **"B. N. N. Y OTROS S/ CAMBIO DE NOMBRE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 65424/2014) – Sentencia: 173/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto

Derechos reales

- **"MANTERO LAURA C/ LÓPEZ ROBERTO Y OTROS S/ ACCIÓN DE NULIDAD" –** Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 319914/2005) – Acuerdo: 15/17 – Fecha: 23/06/2017 ver texto

Despido

- **"DIAZ URIBE MARIA MERCEDES C/ SIERRA GABRIELA B. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 500786/2013) – Sentencia: 136/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto

Donación

- **"FIGUEROA ILDA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2829/2009) – Acuerdo: 75/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto

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

Empleo público

- **"ABARZÚA CARLOS HECTOR C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4552/2013) – Acuerdo: 53/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"DEL CAMPO MARIA BETINA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3461/2011) – Acuerdo: 54/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"FERNANDEZ CECILIA MABEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4165/2013) – Acuerdo: 62/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"MILLAIN CELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y ENTE PROVINCIAL DE TERMAS DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3772/2012) – Acuerdo: 80/17 – Fecha: 26/06/2017 ver texto
- **"CARNOVALE ANTONIO GUILLERMO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3862/2012) – Acuerdo: 83/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"NAHUELÁN CARLOS C/ MUNICIPALIDAD DE LAS LAJAS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3907/2012) – Acuerdo: 60/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"VIDELA GABRIELA BEATRIZ C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4230/2013) – Acuerdo: 84/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto

Etapas del proceso

- **"GONZALEZ IRMA LUISA 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.: 475035/2013) – Sentencia: 118/17 - Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"LARA IGNACIO DAVID C/ NOGUEIRA GUILLERMO Y NOACCO MARIANO SH S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506298/2015) – Sentencia: 147/17 – Fecha: 28/05/2017 ver texto
- **"BUCAREY HUGO ANDRES C/ BAHIA TUNING EMPRESA DE SERVICIOS S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III,

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

IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 62324/2013) – Acuerdo: S/N – Fecha: 15/06/2017 ver texto

- **"DELL ARCIPRETE ERIC C/ MMS TOOLS & SERVICES S.R.L. S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508504/2016) – Interlocutoria: 251/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"PEDERNERA STELLA MARIS C/ LA HOLANDO SUDAMERIC. 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.: 444478/2011) – Interlocutoria: 260/17 – Fecha: 08/08/2017 ver texto

Extraordinarios locales

- **"CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 10380/2014) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"GIL DEMETRIO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GÉNERICAS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 66994/2014) – Acuerdo: 17/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto

Familia

- **"R. R. D. A. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 59989/2015) – Interlocutoria: 189/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"B. M. C/ A. V. J. L. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 506516/2015) – Sentencia: 151/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"S. G. E. S/ DIVORCIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 72371/2015) – Sentencia: 82/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto

Fideicomiso

- **"MONETTI CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ BANCO HIPOTECARIO NACIONAL S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 395335/2009) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto

Filiación

- **"M. E. F. C/ F. B. A. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 82495/2017) – Interlocutoria: 276/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto

Gastos del juicio

- **"PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA 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.: 469265/2012) – Interlocutoria: 281/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto

Gastos del proceso

- **"ROSSI ALBERTO ARTEMIO Y OTRO C/ DEHAIS JOSÉ S/ INTERDICTO DE RECOBRAR"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 158/2007) – Acuerdo: 19/17 – Fecha: 09/08/2017 ver texto

Guarda

- **"A. M. A. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 67223/2014) – Interlocutoria: 211/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"O. D. M. M. E. C/ M. D. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 81750/2017) – Interlocutoria: 229/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto

Homicidio culposo

- **"I. L. S/ MUERTE DUDOSA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 19789/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"I. L. S/ MUERTE DUDOSA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 19789/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 13/06/2017 ver texto

Imposición de costas

- **"GALLARDO CESAR OSCAR S/ HABEAS CORPUS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 590/17) – Sentencia: S/N - Fecha: 30/06/2017 ver texto

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

Impuesto

- **"YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2327/2007) – Acuerdo: 48/17 – Fecha: 08/05/2017 ver texto

Impugnación extraordinaria

- **"ROSAS GASTÓN NICOLÁS; BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO; GONZÁLEZ GUSTAVO MARCELO; CATALÁN SERGIO RAÚL y CASTILLO MARTÍN ALEJANDRO S/ TORTURA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 12611/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"F. Á. G. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 14353/2015) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto
- **"A. E. R. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 57156/2015) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 19/06/2017 ver texto
- **"D. J. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Penal – (Expte.: 15852/2014) – Acuerdo: 08/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto

Interdictos posesorios

- **"OILSTONE ENERGIA S.A. C/ BASCUR JOSE LUIS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR"** - 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.: 71131/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 04/07/2017 ver texto

Jubilaciones y pensiones

- **"FLORES ELISA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4913/2014) – Acuerdo: 56/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"CACACE AIDA PETRONA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1648/2006) – Acuerdo: 61/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"PENNACCHIONI MARÍA LUISA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia

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

– Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6192/2015) – Acuerdo: 85/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto

Jurisdicción y competencia

- **"FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ PEDIDO DE QUIEBRA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 515310/2016) – Interlocutoria: 195/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"G. G. B. Y OTRO S/ HOMOLOGACION DE CONVENIO (FLIA.)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 81293/2017) – Interlocutoria: 249/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto

Medidas cautelares

- **"R. C. A. Y OTRO S/ INC. DE APELACION E/A 69484/2015"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1290/2017) – Interlocutoria: 216/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"B. S. E. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 80681/2017) – Interlocutoria: 235/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"GARCIA ROBERTO ARIEL C/ COMPAÑIA ARGENTINA DE LEVADURAS SAIC S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 33399/2017) – Interlocutoria: 171/17 – Fecha: 17/07/2017 ver texto
- **"R. H. E. S/ SITUACIÓN LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 75131/2016) – Interlocutoria: 195/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto

Ministerio Público Fiscal

- **"VILLAGRA ALEXIS S/ ROBO SIMPLE"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81163/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 06/07/2017 ver texto

Obligaciones de dar sumas de dinero

- **"EXTER NEUQUEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 503217/2014) – Sentencia: 157/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto

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

Partes del proceso

- **"AFIONE MARIA BEATRIZ Y OTR. C/ HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO SRL Y OTR. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 505.990/14"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 63523/2016) – Interlocutoria: 231/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"ARRUDA AGUIRRE JUAN MANUEL C/ BACKING S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509242/2016) – Interlocutoria: 288/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto

Pena

- **"CALELLO JUAN ERNESTO S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO (ART. 80 DEL CP)" -** Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 77556/2016) – Sentencia: 53/17 - Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"GONZALEZ LIDIA MARIELA S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15146/2015) – Sentencia: 50/17 - Fecha: 29/06/2017 ver texto

Principio de contradicción

- **"ARANDA JULIO CESAR S/ HOMICIDIO..."** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81590/2017 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 24/07/2017 ver texto

Prisión

- **"CARRASCO CARLOS RAUL S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 20846/2016 MPFZA) – Sentencia: S/N - Fecha: 19/05/2017 ver texto

Prisión domiciliaria

- **"LIRA LUCAS S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 73004/16 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 17/05/2017 ver texto

Prisión preventiva

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

- **"MIKELOVICH JUAN ERNESTO S/ HOMICIDIO DOLOSO…"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 89208/17) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/07/2017 ver texto
- **"GARCIA ALEXIS SEBASTIAN S/ ROBO SIMPLE"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 92387/2017 MPFNQ) - Sentencia S/N - Fecha: 21/07/2017 ver texto

Procesos de ejecución

- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUCESORES DE SANTOS LUISA S/ APREMIO" -** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 518800/2014) – Sentencia: 126/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"SALDAÑA ANGEL WALTER C/ CECCARELLI ROBERTO LUIS S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 516254/2016) – Interlocutoria: 183/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ TERAN DORA Y OTRO S/ EJECUCION HIPOTECARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502038/2013) – Sentencia: 164/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto

Procesos especiales

- **"COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO C/ ABARZÚA RODOLFO Y OTROS S/ DESALOJO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 342309/2006) – Acuerdo: 18/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto
- **"VILLEGAS JOSE RAMON C/ FOSATTI CARLOS A. Y OTRO S/ PRESCRIPCION" -** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 501017/2013) – Sentencia: 113/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ CORREO ARGENTINO S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 471571/2012) – Interlocutoria: 194/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO IRIGOYEN N° 55 - NEUQUEN C/ WESMONT S.A. S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 547439/2016) – Sentencia: 167/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE IRIZAR RODOLFO CARLOS S/ APREMIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 25/2012) – Acuerdo: 09/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto

- **"AHUMADA HORACIO Y OTRO C/ ROCO MARCELO ADOLFO Y OTRO S/ DESALOJO POR FINALIZACION DE CONTRATO LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 502866/2014) – Sentencia: 154/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ EXTERRAN ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 538889/2015) – Sentencia: 140/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto

Prorroga

- **"FISCALIA DE VILLA LA ANGOSTURA S/ INVESTIGACION"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 19460/16 MPFJU) – Sentencia: S/N - Fecha: 11/05/2017 ver texto

Prueba

- **"OLIVERA NATANAEL S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81192/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N- Fecha: 26/06/2017 ver texto

Querellante particular

- **"VALLEJOS OSCAR ALBERTO S/ LESIONES CULPOSAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 25040/2017) – Sentencia: S/N - Fecha: 23/06/2017 ver texto

Remoción de jueces

- **"MUÑOZ MARCELO GERMÁN S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO"** – Tribunal Superior de Justicia- Sala Penal – (Expte.: 2/2017) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 14/06/2017 ver texto

Responsabilidad del estado

- **"GARRIDO LUIS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2755/2009) – Acuerdo: 72/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto

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

- **"ALVAREZ LUIS GILBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3971/2012) – Acuerdo: 77/17 – Fecha: 12/06/2017 ver texto
- **"MONZALVEZ NICOLAS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2372/2008) – Acuerdo: 88/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto

Responsabilidad parental

- **"M. E. H. S/ MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 81173/2017) – Interlocutoria: 172/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto

Seguridad social

- **"CHESÑEVAR MAGDALENA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4373/2013) – Acuerdo: 47/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto

Seguros

- **"VERDUGO DANIEL ANDRES C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGUROS" -** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 448753/2011) – Sentencia: 91/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto

Sentencia

- **"RIOS RODRIGO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 59647/2016 – Sentencia: 54/2017 - Fecha: 24/07/2017 ver texto

Sociedades comerciales

- **"COLEGIO DE MARTILLEROS Y CORREDORES PUBLICOS DE NEUQUEN C/ CERRO NEGRO S.A. S/ OPOSICION A LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517214/2017) – Interlocutoria: 228/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto

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

Suspensión de juicio a prueba

- **"MARIPAN DARIO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 62734/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 04/07/2017 ver texto

Terminación del proceso

- **"ARANCIBIA OSCAR C/ SAN CRISTOBAL S.M.S.G. S/ SUMARÍSIMO LEY 2268"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 21/2014) – Acuerdo: 10/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto

Violencia de género

- **"GATICA JUAN S/ LESIONES LEVES"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 75729/16) – Sentencia: S/N - Fecha: 05/06/2017 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

- **“A. E. R. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 57156/2015) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 19/06/2017 ver texto
- **"A. M. A. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 67223/2014) – Interlocutoria: 211/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"ABARZÚA CARLOS HECTOR C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4552/2013) – Acuerdo: 53/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"AFIONE MARIA BEATRIZ Y OTR. C/ HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO SRL Y OTR. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 505.990/14”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 63523/2016) – Interlocutoria: 231/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"AGUIRRE PAMELA ELIZABETH C/ VIÑAS MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 501305/2014) – Sentencia: 88/17 – Fecha: 18/05/2017 ver texto
- **"AHUMADA HORACIO Y OTRO C/ ROCO MARCELO ADOLFO Y OTRO S/ DESALOJO POR FINALIZACION DE CONTRATO LOCACION”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 502866/2014) – Sentencia: 154/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"ALVAREZ LUIS GILBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3971/2012) – Acuerdo: 77/17 – Fecha: 12/06/2017 ver texto
- **"AMOROSI AGUSTINA ARIAN C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (JNQCI5 EXP 412682/2010) acumulado con los autos “BRIZUELA CINTHIA GABRIELA C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 412682/2010) – Sentencia: 130/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"ANDUAGA MARCHETTI LUCAS MATIAS C/ GRUICH NICOLAS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 308403/2004) – Sentencia: 136/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"ANSBERCK PELAEZ ROMINA C/ TOSELLI NORMANDO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones

en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419305/2010) – Sentencia: 112/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto

- **"ANSORENA LEANDRO C/ MUNICIPALIDAD DE RINCON DE LOS SAUCES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1006/2009) – Sentencia: 163/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"ARANCIBIA OSCAR C/ SAN CRISTOBAL S.M.S.G. S/ SUMARÍSIMO LEY 2268"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 21/2014) – Acuerdo: 10/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"ARANDA JULIO CESAR S/ HOMICIDIO..."** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81590/2017 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 24/07/2017 ver texto
- **"ARANDA PRUDENCIO C/ MONTEIRO ANIBAL OMAR Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS BENEFICIO EXPTE. 304362/3"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 304187/2003) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"ARAUJO MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ CARRIL JORGE CESAR S/ ACCION DE REMOCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 503111/2014) – Sentencia: 158/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"ARROYO KARINA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA EL CHOCON S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3526/2011) – Acuerdo: 46/17 – Fecha: 26/04/2017 ver texto
- **"ARRUDA AGUIRRE JUAN MANUEL C/ BACKING S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509242/2016) – Interlocutoria: 288/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"B. M. C/ A. V. J. L. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 506516/2015) – Sentencia: 151/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"B. N. N. Y OTROS S/ CAMBIO DE NOMBRE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 65424/2014) – Sentencia: 173/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"B. S. E. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 80681/2017) – Interlocutoria: 235/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"B. S. V. C/ R. O. A. S/ INC. DE CUOTA ALIMENTARIA EXTRAORDINARIA E/A 36200/2008"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1106/2016) – Interlocutoria: 290/17 – Fecha: 24/08/2017 ver texto

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

- **"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ TERAN DORA Y OTRO S/ EJECUCION HIPOTECARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502038/2013) – Sentencia: 164/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"BOTTIN MIGUEL ANGEL C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1617/2005) – Acuerdo: 36/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"BRITOS GLADYS MARIA C/ MARIO CERVI E HIJOS S.A. Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 370862/2008) – Sentencia: 139/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"BUCAREY HUGO ANDRES C/ BAHIA TUNING EMPRESA DE SERVICIOS S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 62324/2013) – Acuerdo: S/N – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"BUSTOS GERARDO DAVID C/ BAS ALFREDO OSCAR DANIEL Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459145/2011) – Sentencia: 111/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto
- **"CACACE AIDA PETRONA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1648/2006) – Acuerdo: 61/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"CACERES RICARDO Y OTRO C/ GATTI CARLOS ADRIAN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 504120/2014) – Sentencia: 123/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"CALELLO JUAN ERNESTO S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO (ART. 80 DEL CP)"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 77556/2016) – Sentencia: 53/17 - Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"CAMPOS PABLO FERNANDO C/ COPA 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.: 461655/2011) – Sentencia: 124/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"CAÑUPAN MARCOS ELIAZAR ENRIQUE C/ JAHN FERNANDO WALTER 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.: 452197/2011) – Sentencia: 146/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto

- **"CARCAMO EDITH ELIZABETH C/ SIMAN MENEM LAILA HERMINIA DEL CARMEN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 411969/2010) – Sentencia: 125/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"CARNOVALE ANTONIO GUILLERMO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3862/2012) – Acuerdo: 83/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"CARRASCO CARLOS RAUL S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 20846/2016 MPFZA) – Sentencia: S/N - Fecha: 19/05/2017 ver texto
- **"CARRASCO HECTOR JESUS C/ ZILLE S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 377365/2008) – Sentencia: 156/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 10380/2014) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 06/06/2017 ver texto
- **"CHESÑEVAR MAGDALENA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4373/2013) – Acuerdo: 47/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"COEXCO S.A. C/ SEOANE STELLA MARIS S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 446370/2011) – Sentencia: 135/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto
- **"COLEGIO DE MARTILLEROS Y CORREDORES PUBLICOS DE NEUQUEN C/ CERRO NEGRO S.A. S/ OPOSICION A LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517214/2017) – Interlocutoria: 228/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO C/ ABARZÚA RODOLFO Y OTROS S/ DESALOJO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 342309/2006) – Acuerdo: 18/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto
- **"CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO IRIGOYEN N° 55 - NEUQUEN C/ WESMONT S.A. S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 547439/2016) – Sentencia: 167/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto

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

- **"CONTRERAS DARIO C/ CABRERA AGUSTIN RAMON S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 504546/2014) – Sentencia: 120/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"CRLJENKO JOSE OMAR NATALIO C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 369811/2008) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"D. F. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 17698/2016) – Sentencia: 24/17 - Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"D. J. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Penal – (Expte.: 15852/2014) – Acuerdo: 08/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"DEL CAMPO MARIA BETINA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3461/2011) – Acuerdo: 54/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"DELL ARCIPRETE ERIC C/ MMS TOOLS & SERVICES S.R.L. S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508504/2016) – Interlocutoria: 251/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"DIAZ URIBE MARIA MERCEDES C/ SIERRA GABRIELA B. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 500786/2013) – Sentencia: 136/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto
- **"ECHEVERRIA RAUL EDGARDO C/ BANCO CREDICOOP COOPERATIVO LIMITADO S/ SUMARISIMO LEY 2268 X CDA EXP 513314"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 512216/2016) – Interlocutoria: 285/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 386153/2009) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"EXTER NEUQUEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 503217/2014) – Sentencia: 157/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"F. Á. G. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 14353/2015) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 26/05/2017 ver texto

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

- **"FERNANDEZ CECILIA MABEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4165/2013) – Acuerdo: 62/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto
- **"FIGUEROA ILDA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2829/2009) – Acuerdo: 75/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"FISCALIA DE VILLA LA ANGOSTURA S/ INVESTIGACION"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 19460/16 MPFJU) – Sentencia: S/N - Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"FLORES ELISA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4913/2014) – Acuerdo: 56/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ PEDIDO DE QUIEBRA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 515310/2016) – Interlocutoria: 195/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"G. G. B. Y OTRO S/ HOMOLOGACION DE CONVENIO (FLIA.)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 81293/2017) – Interlocutoria: 249/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"GALLARDO CESAR OSCAR S/ HABEAS CORPUS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 590/17) – Sentencia: S/N - Fecha: 30/06/2017 ver texto
- **"GARCIA ALEXIS SEBASTIAN S/ ROBO SIMPLE"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 92387/2017 MPFNQ) - Sentencia: S/N - Fecha: 21/07/2017 ver texto
- **"GARCIA ROBERTO ARIEL C/ COMPAÑIA ARGENTINA DE LEVADURAS SAIC S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 33399/2017) – Interlocutoria: 171/17 – Fecha: 17/07/2017 ver texto
- **"GARRIDO LUIS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2755/2009) – Acuerdo: 72/17 – Fecha: 23/05/2017 ver texto
- **"GATICA JUAN S/ LESIONES LEVES"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 75729/16) – Sentencia: S/N - Fecha: 05/06/2017 ver texto
- **"GIL DEMETRIO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GÉNERICAS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 66994/2014) – Acuerdo: 17/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto
- **"GODOY JORGE LUIS S/ INCIDENTE EJECUCION DE LA PENA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFINQN 242/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/07/2017 ver texto

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

- **"GONZALEZ IRMA LUISA 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.: 475035/2013) – Sentencia: 118/17 - Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"GONZALEZ JONEL ANTONIO C/ SACATUC S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468316/2012) – Sentencia: 163/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"GONZALEZ LIDIA MARIELA S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15146/2015) – Sentencia: 50/17 - Fecha: 29/06/2017 ver texto
- **"H.C.J.E. C/ CEDICOM S.A.C.I.F.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 376858/2008) – Sentencia: 138/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"HERRERA ANGEL FEDERICO C/ COOP. TRABAJO ADOS LTDA. S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 416885/2010) – Sentencia: 146/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto
- **"HERRERA JOSE DANIEL C/ BERCLEAN 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.: 391079/2009) – Sentencia: 148/17 – Fecha: 29/06/2017 ver texto
- **"HIDALGO ELISA BEATRIZ C/ FRANCO MATIAS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 451323/2011) – Sentencia: 109/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"I. L. S/ MUERTE DUDOSA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 19789/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"I. L. S/ MUERTE DUDOSA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 19789/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"I.P.V.U.N. S/ RECURSO NOTA 73/16 – R.P.I."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 438/2016) – Interlocutoria: 232/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"INFANTE OSCAR DANIEL C/ FUNDACION ISI COLLEGE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 468879/2012) – Sentencia: 165/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto

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

- **"JOUBERT ELIZABET GLADIS C/ IRUÑA S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 506902/2015) – Sentencia: 92/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"JUAREZ JUAN CARLOS C/ URBANO EXPRESS ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 425909/2010) – Sentencia: 137/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"LARA IGNACIO DAVID C/ NOGUEIRA GUILLERMO Y NOACCO MARIANO SH S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506298/2015) – Sentencia: 147/17 – Fecha: 28/05/2017 ver texto
- **"LOZANO GUSTAVO OSCAR C/ DASH S.R.L. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 392147/2009) – Acuerdo: 20/17b – Fecha: 11/08/2017 ver texto
- **"M. E. F. C/ F. B. A. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 82495/2017) – Interlocutoria: 276/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto
- **"M. E. H. S/ MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 81173/2017) – Interlocutoria: 172/17 – Fecha: 30/05/2017 ver texto
- **"MANTERO LAURA C/ LÓPEZ ROBERTO Y OTROS S/ ACCIÓN DE NULIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 319914/2005) – Acuerdo: 15/17 – Fecha: 23/06/2017 ver texto
- **"MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLOR Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (JNQCI1 EXP 327220/2005) ACUMULADOS CON LOS AUTOS "URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. S/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 327220/2005) – Sentencia: 114/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"MARIPAN DARIO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 62734/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"MESSINEO RICARDO CESAR C/ BUNZLI ALDO SANTIAGO Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 377266/2008) – Sentencia: 169/17 – Fecha: 08/08/2017 ver texto
- **"MIKELOVICH JUAN ERNESTO S/ HOMICIDIO DOLOSO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 89208/17) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/07/2017 ver texto

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

- **"MILLAIN CELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y ENTE PROVINCIAL DE TERMAS DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3772/2012) – Acuerdo: 80/17 – Fecha: 26/06/2017 ver texto
- **"MOLINA MARIANO, ROJAS CARLOS, MUÑOZ PABLO, ÑANCU MARINA S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 68227/2016 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 17/05/2017 ver texto
- **"MONETTI CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ BANCO HIPOTECARIO NACIONAL S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 395335/2009) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"MONSALVE LUIS HECTOR S/ ABUSO DE AUTORIDAD"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 82466/17 MPFNQ) - Sentencia: S/N - Fecha: 28/07/2017 ver texto
- **"MONZALVEZ NICOLAS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2372/2008) – Acuerdo: 88/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto
- **"MORENO RAUL ALBERTO C/ DEMASI LUCIA BEATRIZ S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 457842/2011) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUCESORES DE SANTOS LUISA S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 518800/2014) – Sentencia: 126/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ CORREO ARGENTINO S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 471571/2012) – Interlocutoria: 194/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"MUÑOZ MARCELO GERMÁN S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Penal – (Expte.: 2/2017) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 14/06/2017 ver texto
- **"MUÑOZ PEDRO MARTIN Y OTRO C/ ZAPATA HORACIO ANDRES S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502358/2014) – Sentencia: 149/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"NAHUELÁN CARLOS C/ MUNICIPALIDAD DE LAS LAJAS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3907/2012) – Acuerdo: 60/17 – Fecha: 12/05/2017 ver texto

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

- **"NAVARRO QUEZADA FABIOLA Y OTRO C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459800/2011) – Sentencia: 169/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"O. D. M. M. E. C/ M. D. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 81750/2017) – Interlocutoria: 229/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"OILSTONE ENERGIA S.A. C/ BASCUR JOSE LUIS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR"** - 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.: 71131/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"OLIVERA NATANAEL S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81192/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 26/06/2017 ver texto
- **"ORELLANA ELTRAN ORIANA ANDREA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA PEHUENIA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3469/2011) – Acuerdo: 79/17 – Fecha: 26/06/2017 ver texto
- **"PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA 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.: 469265/2012) – Interlocutoria: 281/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto
- **"PARADA MARIA LAURA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 100051/2017) – Interlocutoria: 234/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"PARRA ANCATEN YOLANDA RAMONA C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP SEG. S/ RECURSO ART 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 412896/2010) – Sentencia: 85/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"PEDERNERA STELLA MARIS C/ LA HOLANDO SUDAMERIC. 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.: 444478/2011) – Interlocutoria: 260/17 – Fecha: 08/08/2017 ver texto
- **"PENNACCHIONI MARÍA LUISA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6192/2015) – Acuerdo: 85/17 – Fecha: 30/06/2017 ver texto

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

- **"PEÑA LUCAS EZEQUIEL C/ CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 472649/2012) – Sentencia: 133/17 – Fecha: 10/08/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE IRIZAR RODOLFO CARLOS S/ APREMIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 25/2012) – Acuerdo: 09/17 – Fecha: 02/05/2017 ver texto
- **"R. C. A. Y OTRO S/ INC. DE APELACION E/A 69484/2015"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1290/2017) – Interlocutoria: 216/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"R. H. E. S/ SITUACIÓN LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 75131/2016) – Interlocutoria: 195/17 – Fecha: 03/08/2017 ver texto
- **"R. R. D. A. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 59989/2015) – Interlocutoria: 189/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"RIOS RODRIGO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 59647/2016) – Sentencia: 54/2017 - Fecha: 24/07/2017 ver texto
- **"RIVAS SILVIA MABEL 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 I – (Expte.: 443513/2011) – Sentencia: 121/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"RIVAS VIRGINIA SOLEDAD C/ INDALO S.A. 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.: 502563/2017) – Sentencia: 134/17 - Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"RODRIGUEZ MERCEDES DEL VALLE C/ ASOCIACIÓN MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (EXP JNQCI4 503421/14) y su acumulado "GARRIDO MANUEL JESUS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 505986/2014) – Sentencia: 158/17 – Fecha: 01/08/2017 ver texto
- **"ROSAS GASTÓN NICOLÁS; BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO; GONZÁLEZ GUSTAVO MARCELO; CATALÁN SERGIO RAÚL y CASTILLO MARTÍN ALEJANDRO S/ TORTURA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 12611/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto

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

- **“ROSSI ALBERTO ARTEMIO Y OTRO C/ DEHAIS JOSÉ S/ INTERDICTO DE RECOBRAR”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 158/2007) – Acuerdo: 19/17 – Fecha: 09/08/2017 ver texto
- **"S. G. E. S/ DIVORCIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 72371/2015) – Sentencia: 82/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"SALDAÑA ANGEL WALTER C/ CECCARELLI ROBERTO LUIS S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 516254/2016) – Interlocutoria: 183/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"SAN MARTIN ENZO LUIS S/ ROBO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 76362/2017) – Sentencia: S/N - Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"SANDOVAL OSCAR RAMON C/ GARCIA JUANA Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 388488/2009) – Sentencia: 142/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"SANHUEZA SAN MARTIN ELIZABETH C/ CORTES ENRIQUE MARCELO 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.: 468167/2012) – Sentencia: 157/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"SEGUEL JUAN PABLO C/ QBE ARGENTINA 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.: 453061/2011) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"SEPULVEDA JORGE ANTONIO C/ MARTINEZ DIAZ JULIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (JNQCI1 EXP 451662/2011) y su acumulado “GONCALVEZ PEREIRA MANUEL Y OTRO C/ CIFUENTES EMILIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 451662/2011) – Sentencia: 172/17 – Fecha: 17/08/2017 ver texto
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ EXTERRAN ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 538889/2015) – Sentencia: 140/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"SOLDATI ANTONIO ATILIO AGUSTIN HECTOR LUIS Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I

Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517635/2017) – Interlocutoria: 261/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto

- **"SOSA FERNANDEZ MARCOS DIEGO 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.: 466694/2012) – Sentencia: 114/17 – Fecha: 16/05/2017 ver texto
- **"SOTO AURORA Y OTRA C/ LA DELICIOSA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469062/2012) – Sentencia: 161/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"SUAREZ ELVIO ORLANDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 514551/2016) – Sentencia: 170/17 – Fecha: 02/08/2017 ver texto
- **"SUCES. ALVAREZ MEDINA RAUL O. C/ CASTRO DANIEL EDGARDO Y OTRO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 387769/2009) – Sentencia: 112/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"SVALDI VICENTE Y OTRO C/ GALENO ART S.A. S/ INDEMNIZACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 504414/2014) – Interlocutoria: 284/17 – Fecha: 22/08/2017 ver texto
- **"TEJERA ANIBAL C/ CLIBA ING. AMBIENTAL S.A. - TECSAN ING. AMBIENTAL S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 457953/2011) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 04/07/2017 ver texto
- **"URBINA CARLOS MAURICIO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI5 EXP 353627/2007) y su acumulado "CASTILLO TEODORO YANCO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD EXTRACONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 353627/2007) – Sentencia: 131/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"VALDEBENITO CECILIA DEL CARMEN C/ SANCHEZ CLAUDIA MARIEL S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 445950/2011) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 22/06/2017 ver texto
- **"VALDES GUSTAVO ENRIQUE C/ VALERIO RICARDO ANTONIO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - 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 I – (Expte.: 412481/2010) – Sentencia: 147/17 – Fecha: 27/07/2017 ver texto

- **"VALENZUELA GUSTAVO MANUEL C/ S.A.T. S.R.L. S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509065/2016) – Interlocutoria: 225/17 – Fecha: 15/08/2017 ver texto
- **"VALLEJOS OSCAR ALBERTO S/ LESIONES CULPOSAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 25040/2017) – Sentencia: S/N - Fecha: 23/06/2017 ver texto
- **"VAZSQUEZ BERTHA MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ SUAREZ OSCAR VICENTE 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.: 508599/2007) – Sentencia: 159/17 – Fecha: 25/07/2017 ver texto
- **"VERDUGO DANIEL ANDRES C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGUROS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 448753/2011) – Sentencia: 91/17 – Fecha: 11/05/2017 ver texto
- **"VERGARA VILLANUEVA SANDRA F. C/ MUJICA VICTOR MARTIN Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474239/2013) – Sentencia: 110/17 – Fecha: 13/06/2017 ver texto
- **"VIDELA GABRIELA BEATRIZ C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4230/2013) – Acuerdo: 84/17 – Fecha: 28/06/2017 ver texto
- **"VILDOZA BARBARA AILIN C/ PEREZ JUAN DOMINGO 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.: 474440/2013) – Sentencia: 156/17 – Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"VILLAGRA ALEXIS S/ ROBO SIMPLE"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81163/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 06/07/2017 ver texto
- **"VILLEGAS JOSE RAMON C/ FOSATTI CARLOS A. Y OTRO S/ PRESCRIPCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 501017/2013) – Sentencia: 113/17 – Fecha: 15/06/2017 ver texto
- **"YAÑEZ MERCEDES DEL TRANSITO C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3277/2011) – Acuerdo: 51/17 – Fecha: 09/05/2017 ver texto

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

- **"YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2327/2007) – Acuerdo: 48/17 – Fecha: 08/05/2017 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

"BOTTIN MIGUEL ANGEL C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1617/2005) – Acuerdo: 36/17 – Fecha: 15/03/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRA PÚBLICA. DELIZAMIENTO DE PRECIOS. PRESCRIPCION. PRESCRIPCION LIBERATORIA. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. PROVINCIA DEL NEQUEN. LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. AUTONOMÍA DEL DERECHO. CONSTITUCIÓN NACIONAL. PODERES EXCLUSIVOS DE LA NACION. AUTONOMÍA PROVINCIAL. FACULTADES DE LAS PROVINCIAS. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA. PRESCRIPCION DECENAL. NORMATIVA APLICABLE.

1.- Este Tribunal dictó el Acuerdo 41/12, por el cual se hizo lugar a la excepción de prescripción y, en consecuencia, se rechazó la demanda. Contra dicha sentencia, la parte actora dedujo recurso extraordinario federal y, declarada su inadmisibilidad, interpuso una queja por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Máximo Tribunal Federal hizo lugar a la queja y al recurso extraordinario federal y dejó sin efecto el fallo apelado. Para avalar dicho pronunciamiento, se hizo remisión a los precedentes de Fallos: 320:1344 (“Sandoval”), 327:3187 (“Verdini”) y la causa N.235.XLII “Nisalco SA c/EPAS”, del 24/11/09, en cuanto a que es de aplicación la prescripción decenal contenida en el Código Civil, con fundamento en que las normas provinciales, que importan apartarse de esa legislación de fondo, son inválidas. Así, los autos regresan a este Tribunal para que se dicte una nueva sentencia, con arreglo a la doctrina precitada.

2.- A la luz de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, puede repararse que el criterio mantenido por este Tribunal (en cuanto a la constitucionalidad de las normas locales que regulan la prescripción en el ámbito del derecho público local) se ha visto fuertemente respaldado.

No obstante, dado que en el contexto de esta causa la cuestión ha quedado sellada por el pronunciamiento de la CSJN, en cuanto a que es de aplicación la prescripción decenal contenida en el Código Civil, con fundamento en que las normas provinciales, que importan apartarse de esa legislación de fondo, son inválidas, corresponde adoptar el temperamento ordenado por el Cimero Tribunal.

3.- Corresponde rechazar la demanda contencioso administrativa promovida contra el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo del Neuquén (IPVUN), solicitando que se condene a la demandada al pago de una suma de dinero, en concepto de un crédito por deslizamiento de precios, pues en la Resolución 863/95 -ahora cuestionada- se reconoció a la empresa constructora el crédito por dicho concepto, como también por insumos y mano de obra por el período que va desde el 1/4/91 al 31/8/92 por obras financiadas por fondos nacionales y, por el otro, imputó el mismo a los daños y perjuicios ocasionados por la rescisión del contrato y sujetó ambos aspectos a la liquidación final e imputación de saldos que debía efectuar la Dirección de

Administración Contable, sin que sea posible en esta causa hacer lugar a la pretensión de cobro en base al mismo.

4.- Conforme lo decidido en autos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe aplicarse el Código Civil (vigente hasta el 31/7/2015) para resolver esta cuestión.

De tal modo, no encontrándose en dicho cuerpo normativo una norma especial, rige el plazo supletorio de 10 años, previsto en el artículo 4023.

5.- El término de la prescripción del reclamo por deslizamiento de precios comienza a correr a partir de la objetiva apreciación de la entidad del perjuicio que sustenta el reclamo, esto es con el dictado de la Resolución 863/95 ocurrido el 30 de noviembre de 1995. Luego, puesto que la demanda se presentó el 29/11/2005, al no transcurrir entre esos momentos el plazo de 10 años, corresponde rechazar la defensa de prescripción.

6.- Los institutos jurídicos esgrimidos para fundar la pretensión (cesión de créditos, compensación, quiebra, verificación de créditos), se ven atravesados por las especiales características que presentan los contratos administrativos, que no sólo se plasman en la etapa de formación, sino también en su ejecución y extinción. Por lo tanto, las cuestiones debatidas en esta causa, no pueden analizarse y resolverse conforme lo establecido en el Código Civil o en la Ley de Concursos y Quiebras, sino en el contexto del régimen jurídico propio y exorbitante de la contratación administrativa, que no los excluye, sino que los tamiza, los redefine y los ajusta a sus particularidades.

Texto completo:

ACUERDO N° 36. 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 la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia con la presencia de los Vocales Doctores MARIA SOLEDAD GENNARI y ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMÚDEZ, para dictar sentencia en los autos caratulados: ”BOTTIN MIGUEL ANGEL C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 1617/05, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, la Doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI dijo: I.- A fs. 17/20 el Sr. Miguel Angel Bottin, por apoderado, promueve demanda contencioso administrativa contra el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo del Neuquén (IPVUN). Solicita se condene a la demandada al pago de $103.791,91, al 31/8/1992, en concepto del crédito reconocido en la Resolución 863/95, con más intereses y costas.

Señala que el 30/11/95, se dictó la Resolución 863/95, en la cual se reconoció a la empresa EDYCA S.A. un crédito en concepto de deslizamiento de precios en materiales, insumos y mano de obra por el periodo que va desde el 1/4/91 al 31/8/92, por obras financiadas con fondos nacionales.

Afirma que, según surge del referido acto, el crédito ascendía, al 31/8/92, a $103.791,91, por las obras individualizadas como “76 Viviendas e Infraestructura en Cutral Có”, “103 Viviendas e Infraestructura en Plottier” y “20 Viviendas e Infraestructura en Rincón de los Sauces”.

Señala que el 29/1/94 la empresa EDYCA S.A. cedió el crédito al Sr. Eugenio Julio Cei quien, a su vez, el 13/11/01, se lo cedió a su persona.

Expone que inició reclamo administrativo, sin obtener respuesta y que, luego, interpuso recurso jerárquico ante el Sr. Gobernador.

Agrega que vencidos los plazos legales, consideró tácitamente denegado su reclamo.

Solicita la aplicación de los intereses previstos en el art. 57 de la Ley de Obras Públicas.

A continuación efectúa consideraciones jurídicas en torno a la cesión de derechos y la situación concursal de la empresa cedente, la falta de verificación de créditos por parte del IPVUN y la improcedencia de la compensación entre el crédito que aquí se reclama y los daños y perjuicios derivados de la rescisión contractual por culpa de la empresa.

En tal sentido, manifiesta que en el art. 2° de la Resolución 863/95 se estableció que el importe reconocido a favor de EDYCA S.A. sería imputado a los daños y perjuicios resultantes de las rescisiones de contratos con culpa de la contratista.

Afirma que la empresa cedente entró en un proceso falencial y que el IPVUN no verificó su crédito, y que, además, tal acción ha prescripto en los términos del art. 56 de la ley concursal.

Sostiene que, en consecuencia, dicho crédito no resulta exigible, líquido ni compensable.

Por último, hace reserva del caso federal y solicita se haga lugar a la demanda.

II.- A fs. 46 mediante R.I. 5184/06 se declara la admisión del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario y ofrecida la prueba, se ordenó correr traslado de la demanda.

IV.- A fs. 114/120 comparece el IPVUN y contesta la demanda. Solicita el rechazo con costas.

Realiza las negativas de rigor y, a continuación, opone excepción de prescripción como defensa de fondo.

En tal sentido, señala que el actor reconoce en forma expresa, tanto en sede administrativa como en la presente causa, que el monto que reclama surge de la Resolución 863/95 dictada el 30/11/95.

Refiere que, según se desprende de los dichos del accionante, cuando se dictó la referida Resolución ya se había cedido el crédito al Sr. Eugenio Julio Cei.

Agrega que tal cesión no fue notificada al IPVUN y que sucedió con posterioridad a la rescisión del contrato con EDYCA S.A.

Sostiene que ni EDYCA S.A., ni el Sr. Cei, ni el actor impugnaron el art. 2° de la resolución que ordenaba retener el crédito reclamado, en compensación por los daños y perjuicios derivados de la rescisión de los contratos de obras públicas que estaba ejecutando EDYCA S.A.

Dice que, supuestamente, el 13/11/01, cuando la acción procesal ya se encontraba prescripta, el Sr. Cei le cedió el crédito al actor.

Apunta que el Sr. Bottín inició reclamo administrativo el 21/1/04, más de dos años después de la cesión y cuando ya estaba prescripta la acción procesal administrativa que fue interpuesta el 29/11/05.

Sostiene que no caben dudas que, a la fecha de interposición de la demanda, el plazo de cinco años previsto en el art. 191 inc. a) de la Ley 1284 estaba vencido. Agrega que la prescripción opera aún cuando se compute el plazo de suspensión de un año establecido en el art. 192 de la Ley 1284.

Refiere a antecedentes de este tribunal en punto a la aplicación del plazo de prescripción quinquenal.

A continuación, contesta la demanda y da su versión sobre los hechos.

En tal sentido, afirma que el 17/9/90 se celebró con EDYCA S.A. un contrato de locación de obra para la ejecución de las obras identificadas como “100 Viviendas e Infraestructura en Cutral Có”; “76 Viviendas e Infraestructura en Cutral Có”; ”Sistema individual de agua, nexo red cloacal, nexo red de gas, Obra 100 y 76 Viviendas FONAVI BIRF en Cutral Có” y “Sistema de provisión de agua para las 76 y 100 Viviendas e Infraestructura en Cutral Có”.

Refiere que el 21/6/93 se dictó la Resolución 509/93 por la cual se rescindió por culpa del contratista el contrato de locación de obra “100 Viviendas e Infraestructura en Cutral Có". Asimismo, mediante Resolución 510/93 se rescindió el contrato de las obras “Sistema individual de agua, nexo red cloacal, nexo red de gas, Obras 100 y 76 Viviendas FONAVI BIRF en Cutral Có” y “Sistema de provisión de agua para las 76 y 100 Viviendas e Infraestructura en Cutral Có” y se intimó a la empresa a devolver el anticipo financiero que había recibido.

Señala que esas resoluciones quedaron firmes con anterioridad a la supuesta cesión de créditos al Sr. Eugenio Cei.

Sostiene que el 30/11/95 se dictó la Resolución 863/95 que reconoció un crédito a EDYCA S.A. por deslizamientos de precios de $103.791,91 al 31/8/92 por las obras antes referidas y otras más y, a la vez, estableció que dicho crédito se imputaría a los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual de la empresa que redundó en la rescisión de los contratos por su culpa.

Afirma que no existe suma alguna a cobrar por EDYCA S.A. o los cesionarios ya que la cantidad reconocida como crédito se consumió con lo que la misma debía devolver en concepto de adelantos financieros. Agrega que la compensación establecida en el referido acto es factible por cuanto no se emitió ningún certificado de pago y la retención se ordenó en los términos del art. 51 de la Ley de Obras Públicas.

Luego, en forma subsidiaria, impugna la aplicación de los intereses previstos en el art. 57 de la Ley 687, fundado en que no existe crédito líquido a favor del actor.

Por último, ofrece prueba, funda en derecho y peticiona el rechazo de la demanda con costas.

V.- A fs. 128/134, la actora contesta el traslado de la excepción de prescripción.

Plantea la inconstitucionalidad del plazo quinquenal previsto en la ley local y sostiene que corresponde la aplicación del plazo decenal previsto en la ley de fondo, conforme criterio sentado por la CSJN. Refiere a los fallos “Filcrosa” y “Verdini”.

Luego se explaya en torno a la inaplicabilidad del instituto de prescripción previsto en la ley 1284, por cuanto su aplicación vulnera

los artículos 75 inc. 12, 31 y 28 de la Constitución Nacional.

A continuación, refuta los argumentos defensivos esgrimidos en la contestación de demanda en punto a la falta de notificación de la cesión del crédito y a la existencia de un crédito a favor de la demandada compensable con el que aquí se reclama.

VI.- A fs. 148/vta., luego de haberse celebrado una audiencia de conciliación, la actora denuncia como hecho nuevo que la firma EDYCA S.A. nunca fue notificada de la Resolución 863/95 y que su parte recién tomó conocimiento de dicho acto en enero de 2004, razón por la cual el 21 de ese mismo mes interpuso el reclamo administrativo.

Entiende que tal circunstancia resulta decisiva a efectos de la resolución de la defensa de prescripción opuesta puesto que, a la fecha de interposición de la demanda, su parte llevaba en conocimiento formal de dicho acto administrativo poco más de dos años.

VII.- A fs. 164/5 el IPVUN contesta el traslado del hecho nuevo denunciado. Lo rechaza fundado en que no se trata de un hecho nuevo y en que de la misma argumentación del actor surge que el hecho denunciado no pudo ser desconocido por esa parte.

VIII.- A fs. 171/4, mediante R.I. 5861/7 se declaró la admisibilidad del hecho nuevo denunciado.

IX.- A fs. 181 se abrió la causa a prueba. Se produjo la que da cuenta la certificación obrante a fs. 191.

A fs. 192 se agregan los cuadernos de prueba de las partes y se colocaron los autos para alegar. X.- A fs. 425/8, dictaminó el Fiscal del Cuerpo quien propició el rechazo de la acción por entender que se encuentra prescripta.

XI.- Dictado el proveído de autos para sentencia, las actuaciones quedan en situación para el dictado del fallo definitivo.

XII.- En ese estado, este Tribunal dictó el Acuerdo 41/12, por el cual se hizo lugar a la excepción de prescripción y, en consecuencia, se rechazó la demanda (cfr. fojas 473/484).

Contra dicha sentencia, la parte actora dedujo recurso extraordinario federal y, declarada su inadmisibilidad, interpuso una queja por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Máximo Tribunal Federal hizo lugar a la queja y al recurso extraordinario federal y dejó sin efecto el fallo apelado (ver a foja 639).

Para avalar dicho pronunciamiento, se hizo remisión a los precedentes de Fallos: 320:1344 (“Sandoval”), 327:3187 (“Verdini”) y la causa N.235.XLII “Nisalco SA c/EPAS”, del 24/11/09.

Así, los autos regresan a este Tribunal para que se dicte una nueva sentencia, con arreglo a la doctrina precitada.

Integrada la Sala y dictado el proveído de autos para sentencia, las actuaciones quedan en estado para el fallo definitivo.

XIII.- Así las cosas, sin perjuicio de que la cuestión haya quedado cerrada, este Tribunal dejará expresado su disenso.

Máxime, porque el asunto gira en torno al deslinde de competencias entre la Nación y las Provincias que la conforman, con respecto a lo cual este Tribunal tiene la potestad (deber) de pronunciarse como uno de los Poderes del Estado Neuquino y en función de su competencia como intérprete último de la Constitución Local.

Ello siempre sobre la base de la observancia de la autoridad de la Corte Federal, pero permitiéndose el respetuoso disenso, cuando se vislumbra que el mismo puede ser fuente de argumentos que conduzcan al mejoramiento de la interpretación del derecho aplicable, sin caer en un ejercicio retórico infructuoso.

Sobre el tema de la legislación aplicable a la prescripción en materia de derecho público local este Tribunal tiene sentada una doctrina pacífica, reforzada a partir del precedente “Corvin” (Acuerdo N° 1366/07), mantenida en sentencias posteriores (Acuerdos N° 1376/07, 1414/07, 1415/07, 1422/07, 1423/07, 1427/07, 1455/07) y reiterada en “Cebrero” (Acuerdo Nº 49/13) y “Camuzzi” (Acuerdo Nº 1/14).

Tal serie de fallos fueron dictados por este Cuerpo teniendo en vista los precedentes “Filcrosa” y “Verdini” (Fallos: 326:3899; 327:3187), y brindando razones que se consideraron hacían inaplicable lo decidido por la Corte Suprema en esos casos, en tanto no habrían sido ponderadas por el Máximo Tribunal en su momento. No obstante, con excepción de “Corvin” (C. 531. XLIV, fallada por la CSJN el 12/8/2008, queja rechazada por incumplimiento de la Acordada Nº 4/07), los que llegaron a decisión de la Corte Suprema fueron revocados pero sin contestar o refutar los argumentos introducidos por este Cuerpo, sino remitiéndose nuevamente a “Sandoval” (Fallos: 320:1344) y “Verdini” (cfr. fallos de la CSJN del 6/11/12 en autos “Nisalco c/EPAS”, “Ampel”, “Nisalco c/IPVU”, “Toqui”, “Siracusa”, y del 20/11/12 en “Toqui – Ampel”).

En lo que sigue se reproducen algunos de los fundamentos que sustentan ese criterio, para cuyo desarrollo in extenso cabe hacer remisión a los fallos citados más arriba (especialmente a los dos últimos, Acuerdos Nº 49/13 y 1/14).

Preliminarmente, se recordó la postura sostenida por la Corte in re “Barreto” (Fallos: 329:759).

La relevancia de este caso, en lo que aquí importa, está dada en que la Corte Nacional -más allá de exponer su decisión de abandonar la “generalizada calificación del concepto de causa civil” con el objetivo de reducir su competencia originaria-, brinda argumentos en pos del reconocimiento del derecho de las provincias a regirse por sus propias instituciones y de la conservación de su autonomía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, dispuesto por el artículo 121 de la Constitución Nacional, sin más limitaciones que las enumeradas por su artículo 126.

Desde tal mandato constitucional el Máximo Tribunal Federal se inhibe de juzgar en forma originaria sobre el funcionamiento de las instituciones locales creadas en su consecuencia.

De esta manera, partiendo de considerar que la resolución del caso conducía necesariamente al estudio del régimen jurídico administrativo local, se sostuvo que su interpretación no era del resorte de la Corte Suprema.

Fue así, que este Tribunal hizo una pormenorizada descripción del procedimiento administrativo local y las sustantivas particularidades que lo distinguen del régimen nacional (fundamentalmente en materia de caducidad y prescripción), que redundan en que no puedan ser extrapoladas al primero conclusiones alcanzadas sobre la base del segundo.

Además se defendió la razonabilidad de la regulación local y se describió cómo, si se determinara su invalidez, se impactaría sobre todo el procedimiento administrativo y principalmente sobre la seguridad jurídica y la estabilidad de los actos administrativos, argumento de la Corte para justificar los breves plazos de impugnación del ordenamiento administrativo nacional.

De esa forma, ha argumentado este Tribunal por qué la regulación de la prescripción en el derecho administrativo (derecho público) con sus particularidades y principios –que incluye los plazos para las distintas acciones- difiere de aquellas que corresponden al otro tronco del derecho, que es el privado y sus propias ramas (derecho civil, entre ellas), siendo allí donde reside la justificación de su específico régimen dentro de la materia que nos ocupa.

Debe remarcarse que reconocer a la “prescripción” como un “instituto general del derecho” no implica más que reconocer que es un concepto común al Derecho en general. Dentro del ámbito de cualesquiera de los troncos y ramas del derecho, puede comprobarse que este instituto conserva su significación, incluso cuando varían las específicas causales de interrupción y suspensión, el inicio del cómputo y los plazos concretos —son datos contingentes, que varían de acuerdo a las particulares circunstancias y naturaleza de la obligación—.

El efecto principal de la prescripción es tornar inexigible a la obligación que subsiste sólo como natural, por ello lo lógico es aplicarle el mismo derecho que rige la obligación a la que privará de eficacia jurídica.

También ha sido dicho que el derecho administrativo y el derecho civil pertenecen a distintos troncos del derecho, el público y el privado, respectivamente. Por lo tanto, no existe manera de justificar que, para resolver una cuestión de derecho público local, deba recurrirse al Código Civil (derecho privado), desconociendo el reparto constitucional de competencias, mediante la invalidación de la regulación propia de cada provincia.

En tal sentido, se ha apuntado que mal podría la regulación de la prescripción en el Código Civil tener en vista su aplicación a una demanda contra el Estado ni tampoco los Constituyentes Nacionales de 1853 haber vislumbrado, al delegar a la Nación la redacción de dicho cuerpo normativo, que sus normas pudieran llegar a regular en forma imperativa para todas las provincias una cuestión que no solamente no es de derecho privado, sino que era imprevisible que se presentara, ya que —hasta el año 1932— el Estado no podía ser demandado sin su consentimiento y, por lo tanto, no hacía falta que invocara en su favor la prescripción liberatoria.

Finalmente, cuadra reiterar en esta ocasión que para alcanzar el objetivo de la uniformidad nacional de los plazos de prescripción, que puede ser visto como plausible (como principio, siempre que no desconozca las particularidades relevantes de cada orden jurídico local), no puede pasarse por alto que la unificación legislativa es una tarea eminentemente política y no judicial. Tal iniciativa debería ser encauzada a través de un proceso federal de concertación, respetuoso de las autonomías provinciales y la división de poderes.

Luego, a la luz de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, puede repararse que el criterio mantenido por este Tribunal (en cuanto a la constitucionalidad de las normas locales que regulan la prescripción en el ámbito del derecho público local) se ha visto fuertemente respaldado.

No obstante, dado que en el contexto de esta causa la cuestión ha quedado sellada por el pronunciamiento de la CSJN, corresponde adoptar el temperamento ordenado por el Cimero Tribunal.

XIV.- En este caso, la demandada considera que ha operado la prescripción con fundamento en el artículo 191 de la Ley 1284 de Procedimiento Administrativo local.

La actora, al momento de contestar la excepción, solicita su rechazo aludiendo a la inaplicabilidad del plazo quinquenal previsto en la Ley 1284 y la postura fijada por la CSJN en cuanto a que es de aplicación la prescripción decenal contenida en el Código Civil, con fundamento en que las normas provinciales, que importan apartarse de esa legislación de fondo, son inválidas.

Y, conforme lo decidido en autos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe aplicarse el Código Civil (vigente hasta el 31/7/2015) para resolver esta cuestión.

De tal modo, no encontrándose en dicho cuerpo normativo una norma especial, rige el plazo supletorio de 10 años, previsto en el artículo 4023.

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

En este sentido, la prescripción no puede separarse de la causa de la obligación de que se trate y su curso no corre sino desde que el derecho puede ser ejercitado (Fallos 308:1101 y 320:2289).

Por ende, la aplicación de tales principios generales al caso conduce a destacar que, en autos, la causa de la obligación ha sido el deslizamiento de precios ocurrido en el periodo 1/4/91 al 31/8/92 reconocido mediante la Resolución 863/95.

De ello se sigue que la prescripción de las acciones tendientes al cobro de dicho crédito, tiene lugar a partir de la objetiva apreciación de la entidad del perjuicio que sustenta el reclamo.

Y en función de esta premisa, tal como se estableciera en el Acuerdo 41/12, corresponde fijar el inicio de la prescripción, en una fecha que otorgue certeza en cuanto a la objetiva apreciación de la entidad del perjuicio por parte de la actora y, por ende, de la exigibilidad del rubro reclamado, la que a tenor de sus propias manifestaciones es con el dictado de la Resolución 863/95 ocurrido el 30 de noviembre de 1995.

Luego, puesto que la demanda se presentó el 29/11/2005, (cfr. foja 20), al no transcurrir entre esos momentos el plazo de 10 años, corresponde rechazar la defensa de prescripción.

XV.- Así las cosas, corresponde abordar el tratamiento de fondo del litigio.

Cabe mencionar que la actora pretende que se ordene el pago de la suma reconocida por Resolución 863/95 y sus antecedentes (Resoluciones 533/92 y 847/95), en concepto de “deslizamiento de precios” en el período abril de 1991 a julio de 1992, respecto de las obras “76 viviendas e infraestructura en Cutral Có”, “100 viviendas e infraestructura en Cutral Có”; “103 viviendas e infraestructura en Plottier” y “20 viviendas e infraestructura en Rincón de los Sauces”.

Por su parte, la demandada aduce que no adeuda suma alguna, en virtud de que en la Resolución 863/95 también se dispuso que la suma reconocida sería imputada a los daños y perjuicios resultantes de las rescisiones de contrato con culpa de la contratista y que el monto reconocido se consumió con lo que la misma debía devolver en concepto de adelantos financieros a raíz de la rescisión dispuesta a través de las Resoluciones 509/93 y 510/93. Funda su posición en lo establecido por el art. 77 inc. e) de la Ley de Obras Públicas.

La pretendida compensación es refutada por la actora con fundamento en que los daños y perjuicios no fueron determinados, por lo tanto, no era un crédito líquido y exigible y no podía ser compensado y, además, en que el IPVU no verificó su crédito en el proceso falencial de EDYCA S.A., con lo cual no existe crédito a favor.

Para comenzar el análisis de la cuestión, se ordenarán los hechos en forma cronológica para poder comprender su alcance y repercusión.

Los contratos suscriptos entre EDYCA S.A. y el IPVU se celebraron en 1990; en junio de 1993 se rescindieron por culpa de la contratista (Resoluciones 509/93 y 510/93 –que no fueron impugnadas-); en enero de 1994 EDYCA S.A. cedió al Sr. Cei “la totalidad de los derechos y acciones creditorios que se originan en la adjudicación por licitación y/o contratos de locación de obras y/o contratos adicionales y que corresponden y fueron celebrados con el IPVUN” (cfr. fs. 23); en marzo de ese año se notificó la cesión al IPVUN (cfr. fs. 49); en abril de 1995 se inició la quiebra de EDYCA S.A. (ver fs. 255); en noviembre de 1995 se dictó la Resolución 863/95; en 2001 el Sr. Cei cedió sus derechos al Sr. Bottin, en 2004 el actor tomó conocimiento de la existencia de la Resolución 863/95 e interpuso reclamo administrativo requiriendo el pago de la suma reconocida en concepto de deslizamiento de precios.

Del orden precedente, puede extraerse la siguiente secuencia: el deslizamiento de precios fue constatado cuando los contratos todavía estaban en ejecución; luego, la empresa abandonó las obras, la demandada rescindió los contratos por culpa suya y le exigió la devolución de los adelantos financieros recibidos (sumas muy superiores a la reconocida en la Resolución 863/95).

La empresa cedió los derechos creditorios que pudiera tener en relación a los contratos y el cesionario (Sr. Cei) notificó al deudor cedido. Con posterioridad, EDYCA S.A. se presentó en quiebra y el IPVU, ya notificado de la cesión, no verificó su crédito.

Mucho después (2001), el cesionario efectuó una nueva cesión a favor del actor, que no fue notificada al deudor, quién recién tomó conocimiento de la misma en enero de 2004 cuando el Sr. Bottín interpuso el reclamo administrativo reclamando el pago de la suma reconocida (expte. 3967-000219/2004).

Así la cesión a favor del Sr. Cei, se concretó cuando los contratos ya habían sido rescindidos; al momento de dictarse la Resolución 863/95, el IPVU ya había sido notificado de la cesión efectuada a favor del Sr. Cei.

XVI.- Establecido lo anterior, corresponde analizar la prueba rendida.

En primer lugar cabe señalar que no se cuenta con los expedientes madre en los que tramitaron las contrataciones. Sólo fue agregado el 3° cuerpo del expte. 2714-47055/89 correspondiente a la obra “76 viviendas e infraestructura Cutral Có”. Lic. Pública

39/89.

A fs. 1338/1341 de dicho cuerpo obra copia de la Resolución 510/93, que rescindió por culpa de la contratista la obra antes referida. Asimismo, consta notificación a la contratista de la rescisión y acta de constatación del estado de la obra efectuada por la Escribanía General de la Provincia.

De las 3 obras restantes ("100 viviendas e infraestructura en Cutral Có", "103 viviendas e infraestructura en Plottier" y "20 viviendas e infraestructura en Rincón de los Sauces") no se cuenta con ninguna información.

Recordemos que en los considerandos de la Resolución 863/95 se hace referencia a la Resolución 847/95 en la que se reconoció como existente el reclamo por deslizamiento de precios producido entre el 1 de abril de 1991 y el 31 de agosto de 1992, adoptó como montos reclamados los que surgían del listado que se había adjuntado al pedido de fondos a la Nación en el año 1992 y mandó a realizar las liquidaciones correspondientes a las empresas acreedoras y a adoptar las medidas para hacer efectiva la orden de pago que oportunamente había emanado de la Subsecretaría de Viviendas de la Nación (cfr. copia obrante a fs. 106/108).

Dicho acto administrativo, para el caso de EDYCA SA, se completa con otra Resolución, la 863/95 en donde se cita a la Resolución 847/95 y se indica que conforme a lo establecido en el Anexo primero el crédito de la firma asciende a $103.791,91 al 31/8/92.

Tampoco se cuenta con las actuaciones administrativas, en las que se dictaron las Resoluciones 847/95 y 863/95.

La actora sólo solicitó que se intimara a la demandada a presentar original o copia certificada de la Resolución 863/15 y el expte. 3100-010800/05 yagregados, que es en el que tramitó su reclamo.

En dichas actuaciones, constan las presentaciones efectuadas por el Sr. Bottin en sede administrativa y las actuaciones labradas respecto de esos planteos.

Además obran los Dictámenes 319/05 y 340/05 de la Asesoría General de la Gobernación.

El actor ofreció los testimonios de los Sres. Jalil –representante legal de EDYCA S.A.- y Cei –primer cesionario- (fs. 285/6) los que dan cuenta de la primera cesión y de la notificación al IPVUN de la misma. Las restantes testimoniales ofrecidas fueron desistidas (cfr. fs. 311/2).

La pericial contable (fs. 300/2) nada aporta para la resolución de las cuestiones litigiosas.

Respecto de la prueba rendida por la demandada, además de los expedientes en los que tramitó el reclamo del actor y la informativa a la Dirección General Técnica y a la Dirección de Administración Contable, se destacan las testimoniales de los funcionarios del IPVU, todos contestes en punto a la rescisión de los contratos por culpa de la contratista.

El Ing. Di Nenno, quien suscribió la Resolución 863/95, en carácter de Presidente del IPVUN, declaró que, tal como se dejó establecido en dicho acto, si bien existió el deslizamiento de precios también la empresa le quedó debiendo al IPVUN.

XVII.- Ahora bien, como ha quedado expuesto la Resolución 863/95, por un lado reconoció un crédito por deslizamiento de precios y, por el otro, imputó el mismo a los daños y perjuicios ocasionados por la rescisión del contrato y sujetó ambos aspectos a la liquidación final e imputación de saldos que debía efectuar la Dirección de Administración Contable.

Y, tal como antes se señaló, la existencia del deslizamiento de precios en las obras financiadas con fondos nacionales, había sido admitido en un acto de 1992 –Resolución 533/92-, que no reunía los requisitos necesarios para su validez, lo que dio lugar a que en 1995 a través de la Resolución 847 se reconociera como existente el reclamo por deslizamiento de precios y se adoptara como montos reclamados los que surgían del listado en fotocopias que suministró la Subsecretaría de Viviendas de la Nación que se incorporó como Anexo primero de esta resolución (ver considerandos de la Resolución 863/95).

Pero, para cuando se dictaron las Resoluciones 847 y 863, ya se había dispuesto la rescisión de los contratos, se habían suspendido todos los pagos y se había intimado a la empresa a devolver los adelantos financieros (resoluciones 509/93 y 510/93).

Por tal motivo, la suma que se había determinado en 1992 por deslizamiento de precios fue imputada a los daños causados por la rescisión contractual y quedaron sujetas o condicionadas al resultado de la liquidación final que debía efectuar la Dirección de Administración Contable.

Así, cuando se efectuó la primera cesión, no se habían determinado créditos a favor de la cedente; por el contrario, se la había hecho responsable de la rescisión y de los daños derivados de la misma y se la había intimado a devolver adelantos financieros por más de $400.000.

XVIII.- Entonces, frente a los puntos de controversia antes presentados y la prueba existente, es oportuno reiterar que la existencia y alcance de las Resoluciones 847/95 y 863/95 quedaron probados a partir de las copias de las mismas arrimadas a la causa.

Con lo cual, se debe tener por cierto que el IPVUN reconoció la obligación que es objeto de la pretensión actoral.

Dicho reconocimiento, como ya se tuviera oportunidad de analizar en el antecedente "Fattorello" (Acuerdo 798/01), a la luz del régimen del Código Civil (aplicable supletoriamente) no tiene efecto constitutivo de la obligación, sino solamente declarativo, como medio de prueba que acredita su existencia. Con lo cual, ante cualquier divergencia acerca del contenido y alcance de la

obligación, entre el acto de reconocimiento y el título primordial (fuente), corresponderá estar a este último.

En este caso, la demandada negó adeudar suma alguna derivada de los contratos celebrados con EDYCA S.A.. Además esgrimió que ni la contratista ni los cesionarios impugnaron el art. 2° de la Resolución 863/95 y agregó que el crédito se había consumido con lo adeudado por la empresa en virtud de la rescisión por su culpa de los contratos.

Entonces, tenemos que la actora probó la existencia del reconocimiento hecho por Resolución 864/95 y la demandada logró acreditar que la empresa, a su vez, era deudora suya -pese a que tal acreencia no se haya determinado-.

Además, tanto las Resoluciones 509/93 y 510/93, de rescisión, como las 847/95 y 864/95, de reconocimiento, constituyen actos jurídicos regulares, que, como tales, gozan de presunción de legitimidad y de estabilidad.

Las dos primeras –además de la rescisión por culpa de la contratante- dispusieron: “A partir de la fecha se suspenden todos los pagos por cualquier crédito u otros conceptos a favor de la contratista, quedando los mismos supeditados a la liquidación final de la obra, todo sin derecho a intereses, resarcimientos o indemnizaciones de ningún tipo. Procédase en este aspecto conforme lo marca el inc. “e” del art. 77 de la Ley 687 vigente.”

En la misma línea el art. 2° de Resolución 863/95, dispone que, sin perjuicio del reconocimiento efectuado, los montos se imputan a los daños y perjuicios derivados de la rescisión por culpa de la empresa.

Además, en todos estos actos se pone de resalto que era necesario efectuar una liquidación final con las imputaciones que ambas contratantes tuvieran a su favor, la que, a tenor de las constancias de la causa, no se concretó. No obstante, de la información con que sí se cuenta, surge que las acreencias de la Administración eran superiores al monto reconocido por deslizamiento de precios.

En ese contexto, los institutos jurídicos esgrimidos para fundar la pretensión (cesión de créditos, compensación, quiebra, verificación de créditos), se ven atravesados por las especiales características que presentan los contratos administrativos, que no sólo se plasman en la etapa de formación, sino también en su ejecución y extinción.

Por lo tanto, las cuestiones debatidas en esta causa, no pueden analizarse y resolverse conforme lo establecido en el Código Civil o en la Ley de Concursos y Quiebras, sino en el contexto del régimen jurídico propio y exorbitante de la contratación administrativa, que no los excluye, sino que los tamiza, los redefine y los ajusta a sus particularidades.

Desde esta perspectiva, la cesión efectuada a favor del actor, no es la típica cesión de créditos a la que no se le puede oponer compensación (art. 1474 del C.C.). Tampoco la decisión establecida en el art. 2° de la Resolución 863/95 es una compensación lisa y llana que –como tal- requeriría que el crédito que se pretende compensar esté liquidado y sea exigible (arts. 819 y 820 del C.C.).

La decisión tomada en el citado art. 2° de la Resolución 863/95 trasunta una retención –en el contexto de rescisión contractual- y una imputación –a las consecuencias de ese distracto- que obedecen a las condiciones establecidas en los llamados a licitación y en los respectivos contratos administrativos, a las disposiciones del régimen legal aplicable a los mismos y a las consecuencias que para el contratista tiene la rescisión por culpa suya.

Como consecuencia de ello, el reconocimiento por deslizamiento de precios efectuado en la Resolución 863/95 se ve afectado sin que sea posible en esta causa hacer lugar a la pretensión de cobro en base al mismo.

En definitiva, por las razones expuestas entiendo que no corresponde hacer lugar a la demanda.

XIX.- En cuanto a las costas, en atención a las circunstancias puestas de manifiesto en el considerando XIV y la complejidad que encierra la cuestión, resulta razonable imponerlas en el orden causado (art. 68 –segunda parte- del CPCyC de aplicación supletoria en la materia). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE dijo: Adhiero a la postura sustentada por la Señora Vocal que me precede en el orden de votación, por lo que emito mi voto en igual sentido. ASÍ VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda iniciada por MIGUEL ANGEL BOTTIN contra el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo de Neuquén. 2°) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 –segunda parte- del CPCyC). 3°) Diferir la regulación de honorarios 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.

Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI - Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2327/2007) – Acuerdo: 48/17 – Fecha: 08/05/2017

DERECHO TRIBUTARIO: Impuestos.

TASA MUNICIPAL. POZOS HIDROCARBURÍFEROS. DERECHO DE OCUPACIÓN O USO DE ESPACIOS PÚBLICOS. DOMINIO PROVINCIAL. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.

1.- La pretensión de cobro de la deuda en concepto de Derechos de Uso y Ocupación de Espacio Público sobre 10 pozos hidrocarburíferos ubicados en el Yacimiento Dadín, concesionados en su oportunidad por el Estado Provincial, es ilegítima, ya que en primer lugar y tal como afirma la actora, el certificado no identifica cuáles son los 10 pozos de los 173 que tiene la empresa en el área de dicho Yacimiento. En segundo lugar, las informativas y la pericia en agrimensura efectuadas dan cuenta de que ninguno de esos pozos se encuentran ubicados en predios pertenecientes al dominio público municipal más allá de que se emplacen dentro del ejido de Cutral Có. Es decir que, de acuerdo a la prueba rendida, los pozos no están situados en tierras del dominio público municipal.

2.- Las deficiencias formales que se verifican en la emisión por parte del municipio demandado del certificado de deuda en concepto de Derechos de Uso y Ocupación de Espacio Público sobre 10 pozos hidrocarburíferos lo tornan nulo, pues impactan en el derecho al debido proceso y de defensa de la actora. En efecto, en municipio emitió el certificado de deuda previsto en el artículo 99 del Código Fiscal (encuadrado bajo el título “Acciones Judiciales”), sin que exista constancia de que el Organismo Fiscal le haya otorgado “vista” de las actuaciones al contribuyente, como tampoco existe constancia del dictado de la “resolución definitiva” de determinación de la deuda, o de cualquier tipo de notificación a su respecto previo al inicio de la ejecución fiscal.

Texto completo:

ACUERDO N°_48. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los ocho días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada con los señores Vocales Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y 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: “YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 2327/2007, 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. 905/967, la empresa Apache Energía Argentina S.R.L. (luego cambió la denominación a Ysur Energía Argentina S.R.L.), interpuso acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Cutral Co. Solicitó la declaración de nulidad del certificado de deuda 3143 del 1/12/2006 por $8.142.000, en concepto de tasa de “ocupación de espacios públicos”, conforme Ordenanzas 2006/04 y 2066/05, respecto de 10 pozos hidrocarburíferos ubicados en Yacimiento

Dadín, por el periodo enero/05 a noviembre /06, por una superficie de 10.000 m2 y una tasa de $3,54 el m2.

Asimismo, solicita se declare la inaplicabilidad del art. 162 de la Ordenanza 263/79 (Código Tributario Municipal), del art. 63 de las Ordenanzas Tarifarias de los años 2005 y 2006 -2006/04 y 2066/05- y de las Ordenanzas Tarifarias de los años 2007 -2113/06-, 2004 -1945/03- y 2003 -1912/02-, respecto de sus instalaciones y de la actividad que desarrolla dentro de los límites municipales en el Área Dadín, por los periodos fiscales no contemplados en el certificado que aquí cuestiona.

En forma eventual, para el caso de que se considere configurado el hecho imponible, requiere que se declare la inconstitucionalidad de dichas normas.

Expone que el 16/2/07, sin intimación de pago ni procedimiento de determinación de deuda previos y sin darle la intervención que prevé la Ordenanza de Procedimiento Tributario, recibió un mandamiento de intimación librado en el expediente 42868/07, "Municipalidad de Cutral Co c/Apache Energía SRL s/ Apremio", en trámite en el Juzgado Civil, Comercial, Especial de Procesos Ejecutivos 2 de Cutral Có, en el que se ejecutaba el certificado 3143.

Apunta que dicho certificado refiere a 10 pozos sin especificar de cuáles, de los 173 que explota, se trata.

Refiere a las presentaciones y defensas que opuso en el juicio de apremio, al desarrollo de la causa y al estado en que se encuentra.

Dice que ante dicha situación, solicitó ante este Tribunal una medida cautelar (fs. 470/505), con el objeto de detener el juicio de apremio, la que le fue concedida mediante R.I. 6313/08 (fs. 534/544).

Centra su posición en la falta de desarrollo del proceso de determinación de deuda previsto en el Código Tributario y en la Ordenanza de Procedimiento Administrativo Municipal, que imponen la participación del obligado al pago y la posibilidad de recurrir e impugnar.

Asegura que jamás se le notificó el inicio de alguna actuación, ni se le permitió hacer un descargo y ejercer su derecho de defensa, con clara vulneración al art. 18 de la Constitución Nacional y 27 de la Constitución Provincial.

Sostiene que ninguno de los 173 pozos que explota en Yacimiento Dadín puede ser gravado por "derecho de uso u ocupación de espacios públicos" porque, a su respecto, no se configura el hecho imponible previsto en el art. 162 y 163 del Código Tributario Municipal en virtud de que se ubican en terrenos del dominio privado del Estado Provincial o de particulares.

Indica que 55 pozos están ubicados en el Lote RD (NC 09-RR-016-4618) de propiedad del Sr. Domingo Ricciardi; 47 están en el Lote 23 (NC 09-RR-016-4917), de dominio privado de la Provincia de Neuquén; 68 en el Lote 22 (NC 09-RR-016-5117), también propiedad privada del Estado Provincial y, los 3 restantes, en tierras rurales fuera del ejido urbano de Cutral Co.

Sostiene que se afectó el principio de legalidad tributaria previsto en los arts. 19 de la Constitución Nacional, 25 de la Constitución Provincial y 3 del Código Tributario Municipal.

Describe los bienes que se consideran de dominio público, privado y municipal, conforme lo establecían los arts. 2430, 2342 y 2344 del Código Civil.

Manifiesta que los pozos hidrocarburíferos no son bienes públicos y que cuando se encuentran en inmuebles pertenecientes a particulares o al Estado Provincial no están alcanzados por la tipificación que establece el art. 162 del Código Tributario Municipal que no comprende el uso del dominio privado provincial.

Apunta que el art. 289 de la Constitución Provincial reconoce a los municipios los bienes fiscales ubicados dentro de sus límites, que no estuvieran ya destinados a otros usos determinados o no estuvieran excepcionados por ley, prohíbe la desposesión a los municipios de tierras fiscales situadas en sus ejidos urbanos, los que comprenden zonas pobladas y urbanizadas y reservas de expansión futuras.

Refiere a la Ley 263 de Tierras Fiscales, que en el art. 2 establece que las tierras fiscales ubicadas en zonas rurales y destinadas a la explotación agropecuaria, minera o forestal están excluídas del dominio privado municipal y le confiere al Poder Ejecutivo Provincial el ejercicio de facultades inherentes a la titularidad del dominio sobre dichas tierras (arts. 2513 y 2515 del Código Civil).

Entiende que las tierras fiscales de zonas rurales no integran el dominio público provincial ni pertenecen al dominio privado municipal.

Descarta que se pueda aplicar derecho de uso basado en la ocupación de subsuelo o espacio aéreo porque pertenecen al dominio y jurisdicción provincial, tal como dispone el art. 95 de la Constitución Provincial y, por lo tanto, el hecho imponible no se configura.

Sostiene que la imposición pretendida por la Municipalidad de Cutral Co colisiona con la Ley de Coparticipación Federal, ya que constituye un tributo análogo al IVA porque grava el uso de espacios de terceros, actividad que está alcanzada por dicho impuesto nacional que grava la locación de inmuebles y, en forma adicional, al impuesto a la ganancia mínima presunta.

Reseña la concepción de tasa en la doctrina y la jurisprudencia. Entiende que el derecho de uso u ocupación es un impuesto.

Argumenta que no se prestó ningún servicio concreto efectivo e individualizado que pueda relacionarse con el derecho que se le

pretende cobrar.

Alega que, además de la doble imposición, se vulneran normas federales, se desconoce que la Provincia, a través de la Ley 1753, adhirió a la Ley de Coparticipación Federal, que restringe la potestad tributaria municipal cuando no se encuentra en armonía con los regímenes impositivos nacionales y provinciales, afectándose el principio de supremacía constitucional.

Indica que la ocupación de espacios del dominio público o privado relacionado a explotaciones hidrocarburíferas está regulado en forma excluyente por la Ley 17319, que establece indemnizaciones para el superficiario remitiéndose a los arts. 66 y 100. Agrega que no corresponde la aplicación de normas del derecho administrativo provincial.

Afirma que el accionar de la demandada transgrede los arts. 146 y 156 del Código de Minería que prevé la gratuidad de tierras fiscales y exenciones de todo tributo nacional, provincial y municipal excepto cánones o regalías (art. 31).

Resalta que las concesiones que tiene en Yacimiento Dadín fueron otorgadas entre 1923 y 1927 cuando estaba en vigencia el Código de Minería y sus leyes modificatorias y complementarias y que gozan de una exención que no se extiende a otras áreasde exploración y explotación del país.

Por las razones expuestas, considera que el certificado de deuda cuestionado tiene vicios muy graves y graves que lo hacen inexistente o nulo en los términos de los arts. 70 y 66 de la Ley 1284 a la que remite la Ordenanza 1764/99.

Agrega que el monto reclamado resulta confiscatorio y lesiona el derecho de propiedad.

Por último, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y formula su petitorio.

II.- A fs. 999/1006 vta., a través de la R.I. 6899/09 se hizo lugar a una nueva medida cautelar pedida por la actora en la que se ordenó al municipio abstenerse de iniciar procedimientos judiciales contra la actora para el cobro de la tasa por “ocupación de espacios públicos" (arts. 162 de la Ordenanza 263/79) por la actividad desarrollada en los pozos hidrocarburíferos del Área Dadín.

III.- A fs. 1019, mediante R.I. 157/10 se declaró la admisión del proceso.

IV.- A fs. 1625/1633 la actora formuló opción por el proceso ordinario y ofreció prueba y se corrió traslado de la demanda.

V.- A fs. 1641/5 contestó la demanda la Municipalidad de Cutral Có.

En primer lugar, sostiene la improcedencia e inoponibilidad formal de la acción por falta de pago previo.

Efectuadas las negativas de rigor, sostiene que, conforme lo dispone el Código Fiscal de la Provincia, el título base de la ejecución reúne todos los extremos legales exigidos y fue revisado por un juez a efectos de abrir la vía judicial.

Señala que la accionante no especificó de qué modo se vulneraron y afectaron sus derechos y, debido a ello, la impugnación resulta improcedente.

Afirma que de las normas nacionales aludidas por la accionante no se desprende que la misma tenga inmunidad tributaria y, por ende, derecho a ocupar y usar, en forma gratuita, los lugares de dominio público.

Asimismo, alega que no existe confrontación entre dichas normas y la tasa que surge de la ordenanza municipal. Entiende que interpretar lo contrario implicaría violar el principio de supremacía, ya que se trata de una cuestión no delegada por la Municipalidad de Cutral Có.

Agrega que la concesión de la explotación del área se dispuso con posterioridad a la ordenanza que crea el tributo, es decir, que fue aceptada por la empresa al momento de hacerse cargo de la explotación y que la exención refiere a que no pueden crearse tributos con posterioridad.

Recalca que la actividad que realiza la actora se lleva a cabo dentro del ejido municipal y con ocupación de espacios públicos y, en función de ello, se encuentra alcanzada por el art. 162 del Código Tributario Municipal sin que se afecte el principio de supremacía constitucional previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional.

Aclara que lo que se pretende cobrar es el uso de espacio público y no la extracción o el yacimiento (subsuelo), por lo tanto, no resulta aplicable el art. 95 de la Constitución Provincial.

Sostiene que el tributo que se pretende cobrar no es confiscatorio y tampoco se superpone con el IVA o algún otro impuesto.

Plantea la inaplicabilidad de la Ley 17319 y del Código de Minería. Afirma que, conforme a la Ley Provincial 2453, el tributo ya existía cuando se adjudicó el Área Dadín a la actora.

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

VI.- A fs. 1686 se abrió la presente causa a prueba. Rendida la misma, a fs. 2291, se clausuró esa etapa, poniéndose los autos para alegar, derecho que ejerció la actora a fs. 2296/2307.

VII.- A fs. 2309/2315 se expidió el Sr. Fiscal General, quien propicia el acogimiento de la demanda, fundado en que los pozos se encontrarían en tierras de propiedad de la Provincia de Neuquén, de un particular y del dominio privado del municipio y en que el certificado de deuda es nulo porque la determinación de la deuda no cumplió con los recaudos formales exigidos en la normativa aplicable.

VIII.- A fs. 2335 se dispuso el llamado de autos para sentencia, providencia que encontrándose a la fecha, firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Como fue señalado, la presente acción pretende que se declare la improcedencia del cobro del "Derecho de Ocupación o Uso de Espacios Públicos" por 10 pozos hidrocarburíferos ubicados en el Yacimiento Dadín, concesionados por el Estado Provincial a la empresa Apache Energía Argentina S.R.L. (cuya actual denominación es Ysur Energía Argentina S.R.L.).

Ahora bien, tal como indica la actora en su alegato (cfr. fs. 2305/6) la cuestión que aquí se debate es análoga a la que ya fue resuelta por esta Sala en el precedente "Medanito" –Acuerdo 40/14-, por lo que,conforme a los desarrollos allí efectuados, con los que acuerdo, propiciaré el acogimiento de la demanda.

En dicho precedente se estableció que el tributo en cuestión se encuentra previsto en el Título XV: "Derechos de Ocupación o Uso de Espacios Públicos", del Código Tributario Municipal (Ordenanza 263/79).

El art. 162 dispone: "Se abonarán los derechos que establezca la Ordenanza Tarifaria Anual por: a) La ocupación o uso de la superficie, subsuelo o espacios aéreos por empresas de servicios públicos con cualquier elemento. b)

La ocupación o uso de la superficie, subsuelos o espacios aéreos por particulares o entidades no comprendidas en el apartado anterior con instalaciones o elementos de cualquier clase."

La base imponible está dada por la unidad, la longitud, el metro lineal, los metros cuadrados, la ubicación, los metros cúbicos y otros parámetros que se fijan en función de las particularidades de cada caso (art. 163). Los contribuyentes de este tributo son las empresas, los usuarios y los permisionarios (art. 164).

A su vez, el monto a tributar resulta de aplicar a los parámetros previstos como base imponible del tributo los valores de esos parámetros que, para cada período fiscal, establezca la ordenanza tarifaria.

Como se ve, la configuración del hecho imponible requiere la ocupación o uso de bienes del dominio municipal.

La municipalidad le reclama la deuda que surge del certificado 3143 (cfr. fs. 10): $8.142.000, en concepto de Ocupación de Espacio Público por 10 pozos hidrocarburíferos ubicados en el Yacimiento Dadín, por los períodos fiscales 2005/6.

Respecto al dominio de las tierras, al contestar la demanda, el municipio afirmó que pertenecen al dominio municipal porque se sitúan dentro de su ejido.

La actora, entre otros argumentos, alega que el tributo no le es aplicable porque se trata de tierras que no son del dominio público municipal sino de propiedad de la Provincia, de un particular y de dominio privado del municipio.

Además, esgrime que no se le dio participación en la determinación y que se afectó el debido proceso y su derecho de defensa.

Dados los términos de la contienda, fácil es advertir que la cuestión atinente a si las tierras pertenecen o no al dominio público municipal, resulta determinante para la resolución de la causa.

En efecto, si las tierras sobre las que se emplazan los pozos no pertenecen al dominio municipal, no se encontraría configurado el hecho imponible previsto en el Código Fiscal Municipal y, por lo tanto, el tributo, sea cual fuere su naturaleza, no podría serle exigido a la aquí accionante.

Para discernir este punto, es preciso analizar, conforme al régimen constitucional y legal, cuáles son los bienes que pertenecen al dominio municipal.

El art. 289 de la Constitución Provincial dispone que: "Corresponden a los municipios todos los bienes fiscales situados dentro de sus respectivos límites, salvo los que estuvieren ya destinados a un uso determinado y los que fueren exceptuados expresamente por la ley. Esta no podrá desposeerlos de las tierras fiscales ubicadas dentro de los ejidos urbanos, que se limitan a las zonas pobladas y urbanizadas y a sus futuras reservas de expansión."

De acuerdo a lo que dispone la manda constitucional, aun cuando se estableciera que el espacio en cuestión se encuentra dentro del ejido municipal –aspecto que no ha sido acreditado- ello no implicaría –necesariamente- su pertenencia al dominio municipal.

Para que los bienes sean del dominio municipal deben ser transferidos a favor de los municipios con el dictado de una ley (art. 272 de la Constitución Provincial y art. 2344 del Código Civil). El dominio municipal no es originario sino derivado.

La adquisición derivada de los bienes municipales surge del referido art. 2344 del Código Civil cuando alude a los bienes que "el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades".

Es que, no debe confundirse el poder tributario municipal para percibir un tributo por el usufructo de los bienes del dominio público, lo que es reconocido por la Constitución Provincial -arts. 273 inc. b) y 290 inc. b)- y por la Carta Orgánica de Cutral Có –art. 7 C inc. b)-, con la propiedad o tenencia de los bienes que existan en el ejido municipal, pues estos no necesariamente pertenecen al municipio por el hecho de encontrarse en su circunscripción territorial.

Por lo tanto, el poder tributario del municipio está condicionado a la existencia previa de una transferencia o atribución del Estado Provincial o Nacional de los bienes sobre los que se pretende tributar.

Ahora bien, conforme las constancias obrantes en la causa, se observa:

En primer lugar, tal como afirma la actora, el certificado no identifica cuáles son los 10 pozos de los 173 que tiene la empresa en el área Yacimiento Dadín.

En segundo lugar, las informativas y la pericia en agrimensura efectuadas dan cuenta de que ninguno de esos pozos se encuentran ubicados en predios pertenecientes al dominio público municipal más allá de que se emplacen dentro del ejido de Cutral Có.

En efecto, en la pericia de agrimensura obrante a fs. 2044/61, 2072/3 y 2087/2105 se informa –con sustento en los Extractos de Folios Parcelarios de la Dirección de Catastro e Información Territorial (cfr. fs. 2087/2100)- que los inmuebles pertenecen a la Provincia de Neuquén (parcelas 09-030-096-2493-0000 y 06-RR-0164623-0000); al Sr. Domingo Ricciardi (09-RR-016-4618-0000); a YPF S.A. (09-RR-016-4727-0000); y, al dominio privado de la demandada (parcela 09-30-042-2623-0000).

Tales datos coinciden con los que surgen de los informes de dominio emitidos por el Registro de la Propiedad Inmueble (cfr. 1877/9, 1880, 1918/24, 1925/8, 1944/5, 1946/7, 1948/9, 1966/72, 1973/9, 1983/8 y 1992/2002) y por la Dirección Provincial de Catastro e Información Territorial (cfr. fs. 1881/5, 1886/9, y 1913/7).

Es decir que, de acuerdo a la prueba rendida, los pozos no están situados en tierras del dominio público municipal.

Este extremo no se ve alterado siquiera respecto del inmueble que se informó que pertenecía a la demandada, en tanto es de dominio privado –no público- del municipio.

Luego, tratándose de tierras de propiedad de la provincia, de particulares y del municipio en los términos referidos (al menos, no existen al respecto elementos que permitan coadyuvar la posición de la demandada), ya puede concluirse que la pretensión de cobro de la deuda, liquidada en el Certificado 3143, en concepto de Derechos de Ocupación o Uso de Espacio Públicos perseguida por la Municipalidad de Cutral Có contra Apache Energía Argentina S.R.L., resulta ilegítima.

X.- Desde otro orden y sumado a la ilegitimidad anterior, se advierte la verificación de la existencia de deficiencias formales en la emisión del certificado de deuda 3143 que impactan en el derecho al debido proceso y de defensa de la actora.

En efecto, puede confirmarse que, como se advirtiera en el análisis preliminar del marco cautelar (R.I. 6313/08), el Municipio no ha respetado el procedimiento, establecido por el Código Fiscal Municipal y la Carta Orgánica, para la emisión del certificado de deuda 3143.

Tal procedimiento se encuentra reglado, en forma expresa, en el Código Fiscal Municipal, Ordenanza 263/79, capítulo IV, “Procedimiento de Determinación Tributaria”, y prevé la intervención del deudor en el trámite y el anoticiamiento de las resoluciones definitivas que lo afecten.

En el caso específico de la deuda que aquí se reclama, la determinación se encuentra sujeta a una declaración jurada que deben presentar las empresas (art. 63 inc. 1.5 de la ordenanza tarifaria).

Ello se complementa con las disposiciones del Código Fiscal, que determina cómo es el procedimiento para la determinación de la obligación tributaria cuando ésta deba efectuarse sobre la base de declaración jurada (art. 31); cómo debe efectuarse la determinación de oficio por parte del organismo fiscal cuando el contribuyente no la hubiera presentado (art. 35); cuál es el procedimiento para la determinación sobre base cierta o presunta (art. 36); y, en el artículo 38, claramente se fija que en estas determinaciones, antes de dictar resolución definitiva, el Organismo Fiscal correrá vista al interesado de las actuaciones producidas (con entrega de las copias pertinentes) pudiendo éste, al contestarla, acompañar toda la prueba que haga a su derecho.

Recién cumplido dicho procedimiento el Organismo Fiscal dictará resolución definitiva, la que será notificada al interesado. La determinación que fije la obligación tributaria, una vez notificada, tendrá carácter definitiva, sin perjuicio de los recursos establecidos en las normas tributarias.

Por su parte, el artículo 89 y siguientes, en la sección denominada “disposiciones comunes a los recursos administrativos y al procedimiento de determinación” también, expresamente, contempla el modo en que se efectuarán las notificaciones e intimaciones de pago.

Es decir, que la notificación de lo decidido por el Organismo Fiscal no puede omitirse, toda vez que dicho recaudo hace a la esencia de la garantía constitucional de “defensa” pues, es a partir de allí que el interesado dispone de los plazos para interponer los recursos legalmente previstos, hasta llegar al Sr. Intendente.

En este caso, como fuera expuesto, la empresa afirma que el Certificado 3143 es nulo porque no se le dio participación en el procedimiento de determinación, tampoco se le notificó la resolución definitiva del Organismo Fiscal; de tal forma no se le dio la posibilidad de hacer su descargo, de ofrecer prueba o de intentar las vías recursivas previstas.

Ahora bien, en las constancias arrimadas a esta causa no existe ninguna actuación, expediente administrativo o constancia que desvirtúe las afirmaciones de la accionante y demuestre que se respetó el procedimiento de determinación e impugnación.

De lo anterior se desprende que el Municipio demandado omitió instancias sustanciales en el procedimiento.

En efecto, emitió el certificado de deuda previsto en el artículo 99 del Código Fiscal (encuadrado bajo el título “Acciones Judiciales”), sin que exista constancia de que el Organismo Fiscal le haya otorgado “vista” de las actuaciones al contribuyente, como tampoco existe constancia del dictado de la “resolución definitiva” de determinación de la deuda, o de cualquier tipo de notificación a su respecto previo al inicio de la ejecución fiscal.

Y, como ha quedado expuesto al explicar el procedimiento previsto en la normativa fiscal municipal, la determinación de la deuda resulta un trámite sustancial, pues es a partir de su notificación que comienzan a regir los plazos para su pago, las sanciones y la posibilidad de que se articulen los recursos contemplados en el capítulo II del Código Fiscal (de reconsideración; de apelación y nulidad ante el Intendente Municipal).

Con lo cual, las omisiones señaladas ponen en evidencia que el municipio no respetó el procedimiento establecido y, como consecuencia de ello, se vulneró el derecho de defensa de la accionante. Desde esta perspectiva, el Certificado 3143 es nulo.

XI.- Entonces, el hecho de que se trate de tierras que no pertenecen al dominio público municipal, las deficiencias formales señaladas al Certificado de Deuda 3143 y la vulneración del derecho de defensa del contribuyente, resultan suficientes para decretar la procedencia de la acción.

A la vez, tales extremos, tornan innecesario avanzar en el análisis de las demás cuestiones planteadas en la demanda.

En definitiva, propongo al Acuerdo hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, declarar ilegítima la pretensión de cobro en concepto de derechos de uso y ocupación de espacio público efectuada por la Municipalidad de Cutral Có contra la empresa Ysur Energía Argentina S.R.L., con imposición de costas a la demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 78 C.A. y 68 del CPCyC). ASI VOTO.

La Señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, y por sus mismos fundamentos emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar a la demanda incoada por YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L. contra la Municipalidad de Cutral Co y, en consecuencia, declarar ilegítima la pretensión de cobro en concepto de Derechos de Uso y Ocupación de Espacio Público efectuada por la Municipalidad de Cutral Co contra la empresa YSUR ENERGIA ARGENTINA S.R.L.; 2º) Imponer las costas a la demandada vencida (arts. 68 C.P.C.y C. -segundo párrafo- y ss. de la Ley 1305); 3º) 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 TOMÁS KOHON - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"YAÑEZ MERCEDES DEL TRANSITO C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3277/2011) – Acuerdo: 51/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

DAÑOS Y PERJUICIOS. CONVENIO. CESION DE TIERRAS AL MUNICIPIO. CONTRAPRESTACIONES A CARGO DEL CESIONARIO. PRIVACION DE USO. CARGA DE LA PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

La demanda en donde se pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por

un municipio, en razón del incumplimiento del acuerdo al que –según afirma el actor- habían arribado y por el cual, a cambio de la cesión del uso de parte de sus tierras, la Municipalidad construiría una aguada para que abrevara su ganado; y también por la privación de uso durante trece años de las tierras cedidas aquélla, debe ser rechazada, por cuanto la prueba producida no resulta suficiente ni siquiera para acreditar la existencia de la cesión y convenio que la actora refiere e incumbía a esa parte acreditar la existencia del contrato, y en su caso, el incumplimiento y los daños derivados de tal incumplimiento.

Texto completo:

ACUERDO N° 51. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los nueve días del mes de mayo 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: "YAÑEZ MERCEDES DEL TRANSITO C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. N° 3277/2011, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 23/30 se presenta MERCEDES DEL TRANSITO YAÑEZ, por apoderado, e insta acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Mariano Moreno. Solicita la anulación total de la resolución denegatoria que se impugna; el reconocimiento de los derechos vulnerados y los no reconocidos; el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, cuyo monto –dice- será oportunamente determinado y corresponde a la privación durante trece años del uso de sus tierras por no haberse cumplido el acuerdo de que a cambio de ellas se construiría una aguada para su ganado y demás rubros; la ejecución judicial de sus derechos y el resarcimiento correspondiente; la restitución de la superficie ocupada por el municipio a cambio de la contraprestación nunca efectuada.

Al relatar los hechos refiere que es titular de los derechos de ocupación y usufructo desde 1979, con su familia, y viven y producen mediante actividades principalmente pecuarias en la fracción de tierra nomenclada catastralmente como 08-RR-015-6642-0000, Matrícula 3527 Sección XI Departamento Zapala.

Dice que es oficialmente ocupante en virtud de lo determinado en el Expediente 2503-607/86, y agrega que adjunta como prueba la Nota N° 763/08 de la Dirección Provincial de Tierras a la Sra. Eduvina Yañez, su hija.

Relata que a pesar del tiempo transcurrido y las solicitudes efectuadas, no fue registrada a su nombre.

Agrega que el 12 de agosto de 1997, junto con el Inspector de la Dirección Provincial de Tierras, Sr. Néstor Edgardo Fuentes, suscribió un acta en la que consta la superficie ocupada.

Dice que accedió a resignar parte de la superficie que le fuera concedida para la explotación pecuaria, conforme lo solicitado por la Dirección Provincial de Tierras, en favor del Municipio, mediante un acuerdo por el cual, en compensación se le construiría por parte de éste una pequeña represa o depósito de agua en el lugar, acuerdo que se celebrara en 1997.

Señala que a dicho acuerdo se llegó con la gestión e intervención expresa de la Dirección Provincial de Tierras de la Provincia, pues ésta se atribuye la titularidad de dominio. Dice que el Municipio desde entonces, construyó y mantiene, con afectación de la superficie de la que él es usufructuario, un vivero, plantación o forestación para el que se le cedió ese sector, significativamente importante por sus características para el total de la explotación. Manifiesta que, pese a las diversas gestiones formales y oficiosas realizadas, a la fecha ha incumplido con la contraprestación pactada.

Dice que la compensación consistía en la construcción de una represa o aguada.

Agrega que a los terrenos les hace falta agua para abrevar al ganado y mejorar mínimamente las pasturas. Afirma que la demandada incumplió con su obligación de proveerle un medio para ello, y lo privó de las tierras que legítimamente ocupaba.

Señala que accedió de buena fe a la convención propuesta, sobre todo teniendo en cuenta que se trataba del Estado Municipal y lo hacía con la intervención del Estado Provincial; y sin embargo, ni el primero cumplió hasta la fecha lo pactado, ni el segundo ha asumido sus deberes como gestor y garante de lo convenido.

Dice que realizó el reclamo administrativo y luego el amparo por mora de la administración donde la demandada se allanó reconociendo la mora, y no obstante ello, se niega a cumplir el compromiso.

Agrega que con su actitud la demandada ha ocasionado daños y perjuicios, cuyo monto será oportunamente determinado y corresponde a la privación durante trece años del uso de un sector sustancialmente valioso y útil de sus tierras, que afecta el

usufructo total de las mismas, al no haberse cumplido el acuerdo por el que a cambio de ellas se le construiría una aguada para que su ganado abrevara y mejorara mínimamente las pasturas y demás rubros que surgirán y cuyo monto se determinará con la prueba a producirse, todo con sus respectivas costas e intereses conforme tasa activa aplicable.

Entiende vulnerados los derechos contemplados en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y 24 de la Constitución Provincial.

Concluye que la Municipalidad de Mariano Moreno, al no cumplir con lo acordado, además de vulnerar el principio de buena fe, se ha adueñado de una porción de tierra asignada a un particular, enriqueciéndose ilegítimamente.

Agrega que no puede admitirse ni presumirse que la cesión efectuada lo haya sido a título gratuito: en los hechos por lo valiosa que resulta para la explotación pecuaria del inmueble; en el derecho, porque la gratuidad no se presume.

Funda en derecho, formula reserva de plantear el caso federal y ofrece prueba.

II.- A fs. 47 se acredita el fallecimiento de la actora y se presentan sus herederos declarados en autos: “YAÑEZ MERCEDES DEL TRANSITO S/ SUCESION AB INTESTATO” (EXPTE. 16365 AÑO 12): Blanca Rosa Almazabal, Eduvina Yañez, María Andrea Yañez, Gustavo Nicolás Yañez, Isaura Noelia Yañez, Américo Darío Yañez, Américo David Yañez, Dorotea Yañez, Delia del Carmen Yañez, Marisol Yañez, María Sandra Yañez, Saúl Yañez y Gladys del Carmen Yañez. Todos por apoderado.

III.- A fs. 62 mediante R.I. 369/13 se declara la admisión del proceso.

IV.- Efectuada la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, la demandada no contesta. A fs. 74 se da por decaído el derecho a contestar demanda en el futuro. El Fiscal de Estado toma intervención en los términos de la Ley 1575 a fs. 77.

V.- A fs. 74 se abre la causa a prueba, a fs. 197 se clausura el período probatorio y se colocan los autos para alegar. A fs. 206/214 obra agregado alegato de la actora.

VI.- A fs. 216/219 se expide el Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 235 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Para comenzar, cabe señalar que del relato del actor se desprende que pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la demandada, Municipalidad de Mariano Moreno, por el incumplimiento del acuerdo al que -dice- habían arribado y por el cual, a cambio de la cesión del uso de parte de sus tierras, la Municipalidad construiría una aguada para que su ganado abrevara; y por la privación de uso durante trece años de las tierras cedidas a la Municipalidad.

La demandada, por su parte, no contestó la demanda. En este punto cabe recordar lo dispuesto por el art. 48 de la Ley 1305: “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”.

Ahora bien, de la actitud asumida por la demandada y lo pretendido por la actora se observa que, aún frente al silencio referido, habrá de analizarse la prueba producida.

En el expediente administrativo N° 2312-001488/2002, agregado como prueba, a fs. 16 obra Acta de fecha 12 de agosto de 1997 en la que Mercedes del Tránsito Yañez expresa que es ocupante con mejoras y haciendas de su propiedad en parte del lote O – Secc. XI- Pje. Los Hornos (Expropiación Ramauge), e indica los límites de su pastoreo, que es el siguiente: partiendo desde el punto marcado en la loma llamada "Cerro del Nuco" desde aquí en línea recta hasta el punto marcado en la “Loma Atravesada” a finalizar en la intersección de esta línea con la línea de división del lote oficial (O) en el sector llamado “Cerrito Lindero”. Y continúa: el presente deslinde corresponde a los lados Norte y Este de la presente ocupación, el lado Sur se delimita por la línea de división del lote oficial (O) con las chacras de la Colonia Agrícola Pastoril Mariano Moreno y el lado Este divide con el alambrado que realice en el futuro la plantación que llevará a cabo la Municipalidad de Mariano Moreno.

En otra acta de fecha 20 de agosto de 1997 (fs. 17 del expediente antes mencionado), el actor afirma que “es ocupante lindante al sector que solicita la Municipalidad de Mariano Moreno para futura plantación; que en dicho lugar existe un alambrado de 730 mts. c/ postes de caldén, varillas aserradas y alambre liso; que el dueño de dicho alambre es un Sr. de apellido Uribe, desconociendo su nombre y domicilio, que el mismo fue realizado el posteado en el año 1990, el resto fue en el año 1996, hasta la fecha no se han introducido nuevas mejoras; también agrega que la persona que realizo estas tareas es el Sr. Almabazal José Reinerio” (tex).

Los informes de estado de dominio de la nomenclatura catastral 08-RR-15-6642, matrícula 3527 de Zapala dan cuenta que el inmueble se encuentra inscripto a nombre de la Provincia del Neuquén (conf. fs. 23, 31, 34, 79).

Luego, los herederos del actor, en el expediente administrativo reclaman la escrituración de las tierras y reiteran que su padre era titular de los derechos de ocupación y usufructo de parte de la superficie correspondiente al lote O, Sección XI – Sud (conf. fs. 69/72).

La petición fue rechazada mediante Disposición 71/13, en donde la Administración señala que el Sr. Mercedes del Tránsito Yañez

no cuenta con ningún derecho sobre las tierras objeto del reclamo, y la ocupación realizada es un hecho. Afirma también que el actor ha comenzado a ocupar la tierra sin autorización de la Autoridad de Aplicación y reconociendo la propiedad de la tierra en la Provincia del Neuquén. Rechaza la petición formulada por los herederos.

Estos últimos interponen recurso jerárquico y, ordenado un relevamiento de las tierras, a fs. 237 obra un informe de ocupación que dice: "se detecta el actual estado de estas tierras las que se ubican en parte del lote "O" de la Sección XI del Paraje Los Hornos (ex campo Ramauge), encontrando que en el sector destinado a chacra, vivienda familiar y horno ladrillero, hoy, se encuentra totalmente subdividido … cada uno corresponde a cada hijo y su última esposa, los que continuarán destinados con el mismo fin; ellos son: Parcela 1 Gustavo Nicolás Yañez, 2 Dorotea Yañez, 3 Álvaro de los Ángeles Yañez, 4 Eduvina Yañez, 5 Saul y Gladys Yañez, 6 Ismael Yañez, 7 Marisol Yañez, 8 Delia del Carmen Yañez, 9 Isaura Yañez, 10 María Andrea Yañez, 11 Blanca Rosa Almazabal Vda. De Yañez y sus hijos Darío y David … También se detectó que el sector destinado a pastoreo, es ocupado por la Sra. Eduvina Yañez y su grupo familiar …." (tex).

El informe se eleva, y no existen actuaciones posteriores.

Hasta aquí las actuaciones administrativas agregadas como prueba.

En el expediente tramitado por mora administrativa la demandada, al contestar demanda y referirse al convenio que menciona la actora, afirma que: "dicho instrumento, pese a las intensas y múltiples búsquedas efectuadas por personal administrativo de la Municipalidad de Mariano Moreno no fue habido en los archivos de la comuna. De reuniones mantenidas en forma extrajudicial con la hoy accionante, ésta última tampoco ha suministrado el ejemplar que debería estar en su poder, de todo lo cual se colige que el convenio en cuestión jamás ha sido celebrado entre las partes" (conf. fs. 24 vta. de los autos: "YAÑEZ MERCEDES DEL TRANSITO C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ACCION DE AMPARO POR MORA").

Por su parte, a fs. 4 del presente, obra en copia simple una Nota (N° 763/08) en donde se señala al actor como "simple ocupante" conforme expediente N° 2503-607/86.

El testigo que declara a fs. 150, al ser preguntado sobre la cesión y qué se pactó a cambio, dice que no sabe, y que tiene entendido que se iban a hacer unas mejoras de agua por parte del Municipio a favor de la familia Yañez.

Quien declara a fs. 151, ante las mismas preguntas afirma que lo que se hizo fue tratar de ubicar un espacio físico para el futuro basurero Municipal de Mariano Moreno. Preguntado sobre qué se pactó a cambio de la cesión, afirma que lo ignora.

Finalmente, la testigo que declara a fs. 153 sostiene que le dieron una parte de las tierras al Municipio para hacer un vivero, y el Municipio "quedó en hacerle una aguada o represa para que Yañez tenga agua. No lo cumplió." (tex.).

El informe pericial agregado a fs. 162/174 da cuenta de que Yañez contaba con una construcción artificial de reserva de agua que "quedó cercada por el alambrado que realizó la Municipalidad de Mariano Moreno por corresponder al sector de tierras que le fueron cedidos…" (conf. fs. 169).

De lo referido puede concluirse que, aún ante el silencio de la demandada, no existen elementos que permitan admitir la pretensión de la actora.

IX.- Repasando, el actor pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la demandada Municipalidad de Mariano Moreno por el incumplimiento del acuerdo al que -dice- habían arribado y por el cual, a cambio de la cesión del uso de parte de sus tierras, la Municipalidad construiría una aguada para que su ganado abrevara, y por la privación de uso durante trece años de las tierras cedidas a la Municipalidad.

Sin embargo, la prueba producida no resulta suficiente ni siquiera para acreditar la existencia de la cesión y convenio que la actora refiere.

Frente a tales circunstancias, incumbía al actor, acreditar la existencia del contrato, y en su caso, el incumplimiento y los daños derivados de tal incumplimiento. No obstante, como ya se sostuviera, la prueba rendida no resulta suficiente siquiera para acreditar la existencia del contrato en el que el actor basa toda su pretensión resarcitoria.

El contrato debió instrumentarse por escrito; la declaración de los testigos –que tampoco resulta del todo categórica- no resulta suficiente para acreditar los hechos invocados por el actor.

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

X.- Con relación a las costas, no encuentro motivo para apartarme de la regla, que es su imposición al actor vencido (artículo 68 del CPC y C, de aplicación supletoria). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Massei, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General y por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por MERCEDES DEL TRANSITO YAÑEZ contra la MUNICIPALIDAD DE MARIANO

MORENO. 2°) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 del CPC y C, de aplicación supletoria en la materia). 3º) Regular los honorarios al Dr. ..., apoderado del actor, en la suma de $3.300 y al Dr. ..., patrocinante, en la suma de $8.250 (arts. 6, 8, 9, 38 de la Ley 1594). Regular los honorarios de la perito ... en la suma de $3.500. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese. Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"ABARZÚA CARLOS HECTOR C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4552/2013) – Acuerdo: 53/17 – Fecha: 11/05/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

MUNICIPALIDAD. LOCACION DE SERVICIO. RIEGO DE CALLES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTRATACIONES PÚBLICAS. RELACION DE EMPLEO. PERSONAL DE PLANTA PERMANENTE. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Corresponde desestimar la demanda en donde el actor peticionó su incorporación a la planta permanente municipal, en tanto no se ha acreditado la existencia de presupuestos básicos para la existencia de una relación de empleo entre el actor y el municipio demandado, ni que dicha relación contemple la protección de la estabilidad del empleado público municipal, tal como fuera propuesta. Ello es así, ya que las partes se vincularon mediante locaciones de servicio de riego, y que no existió locación de vehículo automotor –sin perjuicio de la denominación utilizada por las partes-, ya que no se transmitió el uso o goce del bien al municipio a cambio de un precio. Por el contrario, durante el tiempo contratado, el locador se comprometió a realizar el servicio de riego de calles o transporte de agua hacia distintos puntos de la localidad, de manera personal. En tal sentido, no se advierte la configuración de dependencia laboral del actor, circunstancia expresamente prevista en los contratos suscriptos, al establecerse que la celebración no implica vinculación de empleo público entre las partes o los dependientes del actor.

2.- La naturaleza de la prestación del servicio, y la calidad de proveedor del mismo en cabeza del actor, queda evidenciada desde los primeros contratos, al preverse que el precio incluye el IVA. De igual manera, queda plasmada con la entrega de combustible para el funcionamiento del vehículo; a través de la disposición de la cláusula de descuento de $150 por cada día sin prestación del servicio contratado; y a través del Decreto 0107/07, mediante el cual el municipio adjudica en forma directa por vía de excepción, la contratación de un Camión con tanque cisterna.

Texto completo:

ACUERDO N° 53. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los once días del mes de mayo 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: "ABARZÚA CARLOS HECTOR C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. Nº 4552/13, en trámite por ante la mencionada Secretaría y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 45/46vta. se presenta el Sr. Carlos Héctor Abarzúa, por apoderado, y demanda a la Municipalidad de Plottier. En su escrito, solicita la incorporación a la planta permanente municipal, la correcta liquidación por antigüedad, computando a tal fin todo el tiempo de servicio efectivamente prestado, así como también la realización de los aportes pertinentes conforme al Estatuto y Escalafón del Personal Municipal de Plottier (EEPMP).

Relata que se desempeñó como empleado de la demandada, prestando servicios como transportista de agua a distintos barrios de esa ciudad, desde el año 2003.

Invoca que su vinculación con el Municipio, constituyó una relación de dependencia encubierta bajo la figura de sucesivos contratos de locación de un camión regador Dodge PP400, dominio R023874 modelo 1969, que suscribió con la demandada desde aquél año hasta el 2012.

Relata que ponía a disposición del municipio el vehículo, durante 300 horas mensuales, pero que también lo conducía.

Bajo esta última premisa, considera que la vinculación en verdad se enmarcaba en un contrato de prestación de servicios (trabajo o empleo).

Afirma que condujo ese rodado sin percibir contraprestación alguna por tal tarea. Aunque, posteriormente declara haber percibido un salario inicial mensual de $2.800, que finalizó en $7.500.

Destaca que al momento de producirse la resolución contractual, registraba más de 3 años continuos de labor.

En consecuencia, interpreta que le resultan de aplicación las disposiciones del Estatuto Municipal, que prevé que los contratados adquieren estabilidad en la administración pública al cumplir dos años de prestación continua de servicios.

Invoca jurisprudencia de este Tribunal Superior sobre la incorporación a planta de ese tipo de empleados.

Ofrece prueba y formula petitorio.

II.- Mediante R.I. Nº 453/14 (fs. 57/57vta.) se declara, de conformidad con el dictamen Fiscal, la admisión del proceso. La actora formula opción por el procedimiento ordinario a fs. 60, de lo que se corre traslado a fs. 61.

III.- A fs. 66/68vta. se presenta el Fiscal de Estado, interpone defensa de prescripción de la acción de pago de haberes y diferencias salariales y, subsidiariamente, contesta demanda solicitando su rechazo.

Refiere que las eventuales diferencias salariales devengadas con anterioridad al 03/08/07 se encuentran prescriptas, ya que resulta de aplicación el plazo quinquenal previsto en el art. 191 de la Ley 1284 (confr. el reenvío que realiza la Ordenanza Municipal de Plottier Nº 2270/09 en los arts. 196 y 197), y que su reclamo administrativo fue interpuesto el 03/08/12, en tanto la presente demanda lo fue el 31/10/13.

En tal sentido, entiende que en el presente supuesto, no opera la suspensión de la prescripción durante un año contado a partir del reclamo (según lo establece el art. 193 de la Ley 1284), por haberse deducido fuera de término. Cita jurisprudencia.

Subsidiariamente, contesta demanda. Así, niega por imperativo procesal, todos y cada uno de los hechos esgrimidos por el actor, así como la autenticidad de la documental que no fuera objeto de expreso reconocimiento.

A continuación, estima que según los convenios acompañados como prueba, entre el 02/01/03 y el 03/01/12, la Municipalidad de Plottier y el Sr. Abarzúa suscribieron contratos de locación, a través de los cuales el actor daba en locación un camión destinado al riego de las calles de la ciudad, que debía ser conducido por él o por quien éste designara, fijándose el precio por el alquiler y dejándose aclarado que lo acordado no constituiría relación laboral o dependencia entre las partes.

Destaca la existencia de documental que acredita la adjudicación directa de dicha contratación a partir de Enero de 2007.

Si bien no reconoce si se le abona o no el concepto antigüedad al actor, y en su caso desde cuándo; y si los contratos cesaron o continúan a la fecha, señala que los términos de los convenios firmados entre las partes marcan claramente que se trata de una locación de bien mueble, circunstancia que torna improcedente la incorporación pretendida a la planta permanente, al igual que ocurre con el pago de diferencias salariales por adicional antigüedad y otros rubros.

En relación con el pedido de pase a planta, destaca la necesidad de que exista un acto expreso de la administración a tal efecto.

Sostiene que los pagos efectuados al actor, lo fueron en concepto de alquiler de su camión.

Así, confluye que no existe contrato de empleo encubierto bajo la figura del contrato de locación de vehículo, ni omisión de pago de lo acordado oportunamente.

Finalmente, enfatiza en la falta de pedido de intereses sobre las sumas reclamadas. Ofrece prueba y formula petitorio.

IV.- A fs. 78/80 contesta demanda el Municipio de Plottier, mediante apoderado, y solicita su rechazo.

Niega, por imperativo procesal, todos y cada uno de los hechos y manifestaciones vertidas en el escrito inicial, y desconoce la documental incorporada, salvo en cuanto fuera objeto de expreso y particular reconocimiento.

Rechaza la acción intentada, en tanto considera que al momento de su interposición (31/10/13) se encontraba claramente prescripta, por haber transcurrido en exceso el plazo de cinco años previsto en el art. 191 de la Ley 1284, y el art. 4023 del Código Civil (derogado) contado desde la fecha de ingreso declarada por el propio accionante, esto es, el 27/01/03.

Destaca que la reclamación presentada en sede administrativa, fue denegada mediante Decreto Nº 107/07, el cual no fue recurrido oportunamente por el Sr. Abarzúa, conforme ordena el art. 190 de la Ley 1284.

Invoca jurisprudencia de la CSJN, relacionada al tiempo de prestación de tareas, carácter de las mismas, aceptación de contratos presididos por regímenes de inestabilidad y extinción del contrato por el mero vencimiento del plazo.

Sobre esa base, y en función de lo dispuesto en el Estatuto y Escalafón del Empleado Municipal, sostiene que el mero transcurso del tiempo de prestación en calidad de contratado, y el carácter permanente de las tareas asignadas, no borran la limitación temporal de ese nombramiento.

En todos los casos, resulta imprescindible el acto expreso de la administración pública para que el agente pase a revistar en calidad de permanente.

Sostiene que la aceptación de contratos antecedidos por regímenes de inestabilidad, al igual que sus prórrogas o renovaciones, impide reclamar derechos generados en la estabilidad en el empleo. Ello, por aplicación de la doctrina del sometimiento voluntario sin reservas expresas, a un régimen jurídico determinado.

En conclusión, estima que la pretensión debe analizarse de conformidad a la manifestación de voluntad plasmada en el contrato de locación, y la inexistencia de un acto administrativo expreso de incorporación a la planta.

A criterio de la demandada, en el contrato suscripto, el actor le dio en locación un camión regador, que condujo él mismo.

Realiza ofrecimiento de prueba, funda en derecho y formula petitorio.

V.- A fs. 84 se abre la causa a prueba y, producida la misma, se cierra dicha etapa poniéndose los autos a disposición de las partes para alegar (fs. 116).

VI.- A fs. 122/126 dictamina el Fiscal General, quien propicia rechazar la acción intentada.

VII.- A fs. 127 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- En base al planteo de la litis, el elemento central de análisis radica en determinar la naturaleza de los contratos que vincularon a las partes.

Es que, cabe definir si los contratos de locación de un camión regador celebrados entre el Sr. Abarzúa en calidad de locador, y el Municipio de Plottier como locatario, con la obligación del locador de conducir personalmente o a través de sus empleados el rodado, configuran una modalidad de empleo público a plazo determinado, o bajo la denominación contratado en los términos del EEPMP.

De ocurrir esto último, corresponde analizar si se dan los presupuestos necesarios para el ingreso del actor a la planta permanente del Municipio.

Así, a fs. 2/6vta., surgen tres contratos del año 2003, por medio de los cuales se pactó que el Sr. Abarzúa "(…) da en locación el uso de un camión regador(…)". Que (…)deberá poner a disposición del LOCATARIO el rodado descripto, por el término de 10 (diez) horas diarias aproximadamente, para realizar el riego en calles de la ciudad, según cronograma de trabajo de la Dirección General de Servicios Públicos".

"El precio del alquiler se pacta por la suma de pesos diecinueve ($19,00), la hora IVA incluido, lo que asciende a la suma de $5.700,00 (pesos cinco mil setecientos) el combustible necesario será provisto por el locatario, para ser descontado de la facturación final según los remitos de carga correspondientes a la estación de servicios. El pago será abonado a 10 (diez) días de la Certificación final de las tareas".

"Se deja expresamente establecido que el rodado será única y exclusivamente conducido por el LOCADOR y/o quien éste designe, lo que en ningún caso implicará relación laboral alguna con el Municipio. Los daños causados por el rodado a terceros y/o al personal serán de exclusiva responsabilidad del locador, deslindando a la Municipalidad, de cualquier reclamo en ese sentido".

A fs. 7/9, se agregan tres contratos de locación del año 2004, con redacción similar a los contratos suscriptos en el año 2003. Con

la salvedad del monto de alquiler, que “se pacta por la suma de pesos Dos mil quinientos ($2.500) mensuales, y se le proveerá diariamente de 40(cuarenta) litros de Gas-Oil. El pago será abonado a 10 (diez) días de la Certificación final”.

A fs. 10 luce contrato suscripto en Setiembre de 2003, con duración de tres meses, en el cual el monto del alquiler se pacta “por la suma de pesos Dos mil quinientos ($2.500) IVA incluido, y se lo proveerá diariamente de 20 (veinte) litros de Gas-Oil”.

A fs. 11, se suscribe contrato en diciembre de 2003, con vigencia entre el 15/12/03 y el 31/12/03. “El monto de alquiler se pacta por la suma de pesos un mil doscientos cincuenta ($1.250), y se lo proveerá diariamente de 30 (treinta) litros de Gas-Oil”.

A fs. 12/13, se suscriben dos contratos con vigencia de un mes cada uno, cuyos montos de alquiler se pactan “por la suma de pesos dos mil quinientos ($2.500,00) mensuales más 40 (cuarenta) litros de Gasoil diarios”.

A partir de estos contratos, cambia el vehículo a utilizarse.

A fs. 14/15, se agregan contrataciones de marzo y septiembre de 2005, con vigencia de 3 meses cada uno, fijándose que ”el monto del alquiler se pacta por la suma de pesos dos mil quinientos ($2.500) mensuales más cuarenta (40) litros de Gasoil diarios”.

A fs. 17/18 se agrega contrato suscripto en Junio de 2005, aunque con vigencia del 1/10/05 al 31/12/05. El mismo, fija como monto de alquiler en la suma de $2.800 mensuales “más cincuenta (50) litros de Gasoil diarios”.

A fs. 19 luce contrato suscripto en mayo de 2006, cuyo monto de alquiler “se pacta por la suma de pesos dos mil ochocientos ($2.800,00) mensuales, más Treinta (30) litros de Gas-Oil diarios por dedicación de tiempo completo”.

En el mismo acto, se establece la suma de $150 “a descontar por día sin prestar servicio y como resarcimiento”.

A fs. 20, consta el contrato de locación rubricado en enero de 2006, cuyo “monto de alquiler se pacta por la suma de pesos dos mil ochocientos ($2.800,00) mensuales por todo concepto y dedicación de tiempo completo”. Se prevé, asimismo, la cláusula de descuento de $150 por día sin prestación de servicio.

A fs. 21/23, constan contratos de enero y julio de 2007, con monto previsto en $2.800 mensuales, más 30 litros de gas-oil diarios, con cláusula de descuento de $150 por día sin prestación de servicio.

A fs. 25/28, constan cuatro contratos de locación de automotor, fechados en abril, junio y septiembre de 2008, y enero de 2009, respectivamente, con vigencia de 3 meses cada uno, y se prevé que “el Locatario abonará al Locador como precio de alquiler, la suma de pesos cinco mil ($5.000,00)…”.

A fs. 29, se agrega contrato suscripto en junio de 2009, en el cual se modifica la suma mensual a "pesos seis mil ($6.000,00)”.

A fs. 31/36, lucen cinco contratos de 2010 y 2011, por la suma mensual de “pesos siete mil ($7.000,00)”.

A fs. 37/38, constan dos contratos de 2011 y 2012, que llevaron el monto mensual a pesos siete mil quinientos ($7.500,00).

Finalmente, a fs. 39 consta Decreto Nº 0107/07 del Presidente del Concejo

Deliberante a cargo de la Intendencia de la Ciudad de Plottier, en el cual aprueba lo actuado en el Expte. Nº 049/A-07, y adjudica en forma directa por vía de excepción, la contratación de un Camión con tanque, propiedad del Sr. Abarzúa, “el que será conducido exclusivamente por el propietario, por la suma de pesos dos mil ochocientos ($2.800,00) mensuales por el término de seis meses, con vigencia a partir del 02 de enero de 2007”.

En todos los supuestos contractuales, se dejó constancia de que el vehículo sería únicamente conducido por el actor o su personal, y que ello no implicaría configuración de vinculación laboral alguna con el municipio.

De igual manera, se deslindó al locatario de toda responsabilidad por los daños causados con el vehículo a terceros, así como de las obligaciones inherentes a los contratos de trabajo entre el locador y su personal, en relación a cargas sociales, previsionales, ART.

Así, se estableció a cargo del locador los gastos de contratación de seguros de responsabilidad civil, y mantenimiento del rodado.

IX.- Bajo este vértice, la documental descripta permite inferir con meridiana claridad, que las partes se vincularon mediante locaciones de servicio de riego, y que no existió locación de vehículo automotor –sin perjuicio de la denominación utilizada por las partes-, ya que no se transmitió el uso o goce del bien al municipio a cambio de un precio.

Por el contrario, durante el tiempo contratado, el locador se comprometió a realizar el servicio de riego de calles o transporte de agua hacia distintos puntos de Plottier, de manera personal.

En tal sentido, no se advierte la configuración de dependencia laboral del actor, circunstancia expresamente prevista en los contratos suscriptos, al establecerse que la celebración no implica vinculación de empleo público entre las partes o los dependientes del actor.

La naturaleza de la prestación del servicio, y la calidad de proveedor del mismo en cabeza del actor, queda evidenciada desde los primeros contratos, al preverse que el precio incluye el IVA. De igual manera, queda plasmada con la entrega de combustible para el funcionamiento del vehículo; a través de la disposición de la cláusula de descuento de $150 por cada día sin prestación del servicio contratado; y a través del Decreto 0107/07, mediante el cual el municipio adjudica en forma directa por vía de excepción, la

contratación de un Camión con tanque cisterna.

Finalmente, sin perjuicio de la documental adjunta a fs. 2/38, a fs. 99/101 se produce la prueba testimonial, ofrecida por la parte actora. En sus declaraciones, las Sras. María Laura Arano y Mireya Argentina Peña Levil; y el Sr. Luis Alberto Quilahueque, coinciden en haber visto al Sr. Abarzúa regando calles o transportando agua hacia los diferentes barrios de Plottier.

X.- En base a lo expuesto, corresponde desestimar la demanda interpuesta, al no haberse acreditado la existencia de presupuestos básicos para la existencia de una relación de empleo entre el actor y el municipio demandado, ni que dicha relación contemple la protección de la estabilidad del empleado público municipal, tal como fuera propuesta.

Bajo este vértice, resulta improcedente el tratamiento de la defensa de prescripción interpuesta por la Fiscalía de Estado y la demandada, al rechazarse la pretensión principal.

En relación con las costas, en mi opinión, deben ser soportadas por la actora vencida, en función de la inexistencia de motivos que lleven a apartarse de la regla general de la derrota (art. 68 primera parte CPCyC). ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON, dijo: I.- En este contexto, he de adherir a la propuesta del Dr. Massei, en tanto comparto los razonamientos y ponderaciones que en su voto se efectúan, los que confluyen –en mi criterio- en una adecuada composición de los valores y principios en juego.

Por estas consideraciones, compartiendo en su totalidad los desarrollos y argumentaciones efectuadas, debo adherir a la solución brindada por el Sr. Vocal que abre el Acuerdo. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda incoada por el Sr. Carlos Hector Abarzúa contra la Municipalidad de Plottier; 2°) Imponer las costas a la vencida, de conformidad al art. 68 del C.P.C.y C., de aplicación supletoria; 3°) Regular los honorarios profesionales a la Dra. ..., patrocinante, la suma de $8.250,00; y al Dr. ... -Fiscal de Estado- la suma de $3.300,00; a la Dra...., por su actuación en el doble carácter de apoderada y patrocinante de la demandada, la suma de $11.550,00; y, a la Dra. ..., en el doble carácter por la actora, la suma de $8.085 (cfr. arts. 6, 7, 9, 10, 38 y ccs. de la Ley 1594); 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ – Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"DEL CAMPO MARIA BETINA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3461/2011) – Acuerdo: 54/17 – Fecha: 11/05/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ACTOS ADMINISTRATIVOS. ACTOS LICITOS. PERSONAL LEGISLATIVO. POTESTAD DISCIPLINARIA. SUMARIO ADMINISTRATIVO. DAÑOS Y PERJUICIOS. VALORACION DE LA PRUEBA. DERECHO DE DEFENSA. SOBRESEIMIENTO. ACTUACION REGULAR DE LA ADMINISTRACION.

1.- El hecho de que los distintos intervinientes en el sumario difieran en la valoración de la prueba no afecta de manera alguna la defensa del agente sumariado, por el contrario, garantiza un amplio debate sobre la cuestión, lo que en definitiva será resuelto por la máxima autoridad luego de analizadas todas las pruebas incorporadas y las distintas conclusiones de

los intervinientes en el proceso (instructor, director de sumarios, sumariados, Junta de Disciplina, Asesoría Letrada).

2.- Debe ser rechazada la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios que la dependiente de la legislatura provincial alega que le fueron provocados como consecuencia de la conducta desplegada por la empleadora en la instrucción de un sumario administrativo disciplinario que culminó con su sobreseimiento, esto es, sin aplicar sanción alguna, toda vez que del análisis de las actuaciones no sólo no se advierten irregularidades que configuren una afectación al derecho de defensa de la actora –máxime considerando que algunas decisiones que entendió irregulares fueron revisadas y resueltas conforme peticionó-, sino que se observa que la actora desplegó ampliamente su actividad defensista a lo largo de todo el expediente. Consiguientemente, no se encuentra configurado el elemento esencial para la procedencia de la acción, esto es, un actuar irregular por parte de la demandada.

Texto completo:

ACUERDO N° 54. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los once días del mes de mayo de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales, Dr. RICARDO TOMAS KOHON y Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “DEL CAMPO MARIA BETINA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. N° 3461/11, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- Que a fs. 7/13 se presenta María Betina Del Campo, por derecho propio y con patrocinio letrado, e inicia demanda contra la Provincia de Neuquén. Solicita se revoque la Resolución 271/11 de la Honorable Legislatura Provincial y se condene a la demandada al pago de los daños y perjuicios que le fueron provocados como consecuencia de la conducta desplegada por la empleadora. Estima la suma de demanda en $54.000, o lo que en más resulte de la prueba a producirse, con más intereses, costos y costas del juicio.

Indica que es dependiente del Poder Legislativo, y que como tal, fue sometida a un sumario administrativo disciplinario.

Señala que el sumario se inicia por Resolución 087/2008, dictada en el expediente 0002-0003679/08, con el objeto de “…precisar y reunir los elementos de prueba tendientes a esclarecer, fijar, y deslindar las responsabilidades que pudiera corresponder, en virtud de las mutuas acusaciones formuladas por las empleadas Maria Eva Arlettaz y Betina del Campo…”

Alega que, en su oportunidad, se le aplicó una sanción sin respetar el procedimiento, la que fue dejada sin efecto para llevar adelante el sumario del que finalmente fue sobreseída.

Sostiene que el sumario fue direccionado de manera de aplicarle a su persona una sanción, pues la investigación no recayó sobre la Sra. Arlettaz, si no sólo en los hechos que podrían generar responsabilidad de su parte.

Reprocha que durante el desarrollo del sumario se quiso impedir el ejercicio del derecho de defensa, pretendiendo negarse derechos reconocidos en el reglamento de sumarios.

Describe que luego de una ardua pelea con la administración, realizó un descargo, y que no obstante que la Junta de Disciplina de la Legislatura propusiera aplicar sanciones a ella y a la Sra. Arletazz, fue finalmente sobreseída por la Legislatura en la Resolución N° 200/10.

Dice que lo raro es que por segunda vez se ordena un nuevo procedimiento sumarial con el objeto de averiguar objetivamente la verdad material sobre lo sucedido, con amplia producción de pruebas.

Sostiene que los cargos imputados lejos de ser fundados, fueron todos armados para aplicar una sanción solo a la suscripta, pues tal como lo afirma la Resolución aludida “...surge que el procedimiento sumarial adolece de algunas irregularidades, ya que se ha afectado el derecho de defensa (…) de la agente Del Campo al haberse dirigido el sumario previo a aplicarle a ella exclusivamente una sanción...”, situación que resulta de extrema gravedad.

Dice que luego del dictado de la Resolución mencionada, ninguna actuación eficaz se inició para investigar el por qué de una conducta dirigida a aplicar exclusivamente a la suscripta una sanción, pues no resulta valedero que el Estado dirija su accionar con la sola intención de aplicarle una sanción a un dependiente, y además violando en forma clara el derecho de defensa tal como lo

afirma la Resolución.

Afirma que como consecuencia de esta circunstancia se le generaron perjuicios, toda vez que desde el momento mismo de iniciado el sumario se encuentra obligada a no prestar tareas por cuestiones psicológicas.

Alega que en ese estado, se vislumbra además, la persecución de la que es víctima, pues aún en el ejercicio del derecho de verificar el estado de salud del dependiente en pos de justificar o no las inasistencias, se continúa con la persecución presionándola sin saber con qué objeto.

Frente a estas circunstancias, promovió formal reclamación a efectos de obtener la reparación integral de los daños y perjuicios que había sufrido, a raíz de las actuaciones llevadas adelante en el expediente 002-000367/08, y especialmente la conducta de su empleadora.

Dice que luego de iniciadas las actuaciones caratuladas: "DEL CAMPO BETINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE AMPARO" -Expte. 415144/10- en trámite por el Juzgado Laboral 4, se dictó la Resolución 271/11 cuya revocación se solicita.

Indica que fue la propia Presidente de la Legislatura la que afirma que "surge que el procedimiento sumarial adolece de algunas irregularidades, ya que se ha afectado el derecho de defensa… de la agente Del Campo al haberse dirigido el sumario previo a aplicarle a ella exclusivamente una sanción", y que reconoce que el sumario finalizó con el sobreseimiento definitivo.

Pero dice que luego de ello, la resolución afirma que "dicha alegada intencionalidad persecutoria la que, por lo demás, no se intenta acreditar ni someramente en el escrito reclamatorio de la peticionaria", a pesar de que fue esa misma autoridad la que reconoció el direccionamiento del sumario con una finalidad diferente a la fijada de antemano por ella.

Cita que la resolución señala que "el sumario, con independencia de su ulterior desarrollo, estuvo justificado en circunstancias fácticas y jurídicas objetivas que lo ameritaron plenamente, sin haber estado orientado contra persona alguna", y sostiene que ello es contradictorio con lo manifestado anteriormente.

Se detiene a analizar la palabra "orientar" y argumenta que mal puede considerarse no acreditado un hecho previamente reconocido por la misma autoridad.

Sostiene que de tal forma, es claro que acreditado el hecho, el daño moral es consecuencia del mismo, máxime cuando es una conducta irregular que ha merecido el propio reproche de la autoridad.

Asegura que del legajo personal y médico surge el daño psicológico que la situación le ha generado.

Critica la resolución impugnada, en tanto que entiende que las afecciones sufridas no tienen relación causal directa e inmediata con el trámite sumarial iniciado.

Manifiesta que se vulneró su derecho de defensa y además, el derecho a la igualdad, y que como consecuencia de todos esos hechos, aun cuando no se aplicó una sanción, mellaron su salud de tal manera que a la fecha de interposición de demanda se encontraba de licencia laboral por problemas psicológicos.

Expone que toda la persecución generada por haberse dirigido un sumario solo a aplicarle una sanción, en lugar de buscar la verdad de los hechos, motiva la responsabilidad del Estado Provincial. Por ello, la Resolución 271/11, al igual que los sumarios administrativos, padecen de numerosos vicios que la invalidan como acto público.

Cita los arts. 51 y 67 de la Ley 1284. Señala que la resolución impugnada da una nueva interpretación que revoca la interpretación realizada en la Resolución 200/10, y que da un discurso esquivo pretendiendo decir cosas que no dice, y explicar que las manifestaciones de la anterior resolución no son tales, tornándose por momentos equívoca y en otros absolutamente falsa.

Destaca que antes de los hechos denunciados gozaba de una excelente salud, trabajaba tranquilamente, hacía los quehaceres de su hogar y asistía a su esposo en lo que le urgiera.

Describe que a la fecha se transformó en una persona dependiente, con muchas limitaciones, y que los daños se extienden a la esfera íntima, a punto tal que su proyecto de vida se ha modificado.

Afirma que un daño así es irreparable, porque genera frustraciones con proceso de honda depresión y pérdida del sentido de la vida. Indica que el daño al proyecto de vida es un daño radical, ya que es un daño a la libertad y se consuma mediante un daño psicosomático.

Sostiene que desde que se inició el sumario, ha sufrido detrimentos físicos, psíquicos y económicos, daños en su proyecto de vida, lo que provocó en su persona un profundo pesar y angustia, traducidos en un daño moral.

Describe que debió ser asistida por un psicólogo, lo que surge de los certificados del legajo personal.

Además, reclama daño psicológico. Sostiene que es un concepto distinto al daño moral, y que los hechos denunciados la han afectado gravemente.

Dice que el daño psicológico es de tal gravedad que le ha generado inconvenientes en las relaciones, impidiéndole desarrollar sus tareas normalmente, al punto de haber disminuido su capacidad laboral.

Funda en derecho, ofrece prueba y hace reserva de caso federal.

II.- Ejercida la opción por el proceso ordinario (fs. 117/118) y corrido traslado de la demanda, a fs. 137/144 contesta la Provincia de Neuquén, mediante apoderados, con el patrocinio letrado del Fiscal de Estado.

Luego de realizar las negativas de rigor, repasa los antecedentes administrativos. Transcribe la Resolución N° 271/11.

Afirma que la resolución atacada posee fundamentos que son suficientes y claros, siendo un rechazo motivado.

Sostiene que la suma reclamada de $54.000 no tiene sustento fáctico jurídico, y que además es una suma manifiestamente excesiva y desproporcionada.

Cita doctrina y jurisprudencia sobre daño moral.

Indica que la actora pide daño moral por supuesta responsabilidad del Estado como consecuencia de los supuestos daños que produjo el inicio del sumario que culminó con un sobreseimiento, sin aplicar sanción alguna.

Señala que el 21/01/2008, conforme la documental adjuntada por la actora, se le extendió un certificado médico otorgándole 12 días de licencia por su estado ANGUSTIOSO DEPRESIVO REACTIVO y en fecha 10/03/2008 se presenta otro certificado donde se informa que la actora presenta un estado de estrés severo y requiere de 10 días de licencia. Advierte que el sumario se inició en fecha 06/03/2008 por lo que no pudo ser la causa o motivo de los padecimientos de la actora.

Asegura que aún acreditado eventualmente que el Estado obró con culpa o negligencia, ello no conllevaría automáticamente a la existencia y deber de pago del daño moral pretendido.

Insiste en que no cualquier molestia o angustia por mínima que sea, autoriza la recepción del rubro daño moral; y sostiene que las molestias que pudo quizás haber sufrido la Sra. Del campo por haber sido sometida a un sumario, no pueden de ninguna manera ser generadoras del rubro.

Cita Acuerdos del Tribunal.

III.- A fs. 147 se abre la causa a prueba y a fs. 384 se clausura el período y se colocan los autos para alegar. A fs. 388/390 obra agregado alegato de la actora.

IV.- A fs. 393/396 se expide el Sr. Fiscal General el rechazo de la demanda.

Reseña las actuaciones y resume que la actora afirma haber sufrido daños psicológicos y morales a raíz del accionar de la administración en el desarrollo del sumario administrativo disciplinario que tramitó por Expte. Adm. N° 002-00003679/08.

No obstante, remarca que en autos no se acreditó daño psicológico alguno ni afección de la magnitud mencionada por la actora, sin siquiera haberse ofrecido pericial psicológica a tal fin.

Señala que tampoco logró probarse que las diversas ausencias justificadas y licencias por largo tratamiento por razones psiquiátricas y psicológicas tuvieran su origen en el sumario sustanciado en su contra, ni que hubiera un accionar persecutorio por parte de su empleadora.

Destaca que antes del inicio del sumario, la actora ya registraba días de licencias por razones psicológicas.

Por otra parte, afirma que no encuentra configurado el actuar ilegítimo de la Legislatura, necesario para la procedencia de la acción.

Advierte que la Resolución N° 200/10, no reconoce “armado” el sumario seguido en su contra, por el contrario, solo entendió que se había afectado su derecho de defensa.

Indica que, sin perjuicio de la resolución mencionada, entiende que la actora en ningún momento señaló impedimento u obstaculización alguna para ejercer tal derecho, y se advierte que intervino en todos los actos procedimentales, incluso con patrocinio letrado.

Refiere que el hecho de que la empleadora no cumpliera con su deber de investigar las faltas cometidas por otra agente, no implica violación alguna al derecho de defensa de la actora.

Concluye que la actividad desplegada por la Legislatura, en lo que a la actora refiere, no se revela como ilegal o arbitraria, y que el Estado no puede ser responsabilizado por el ejercicio de su potestad disciplinaria sobre sus empleados, en tanto el mismo sea legítimo y siempre que esos daños sean la consecuencia normal y necesaria de la actividad lícita desarrollada.

V.- A fs. 397 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VI.- La actora, como fundamento de su pretensión, alega que el sumario que tramitó por Expediente Administrativo N° 0020003679/08 sufrió de irregularidades que violentaron el ejercicio de su derecho a la defensa en juicio. Afirma que esa violación le generó un daño de carácter moral y psicológico que debe ser resarcido.

Solicita que se declare la nulidad de la Resolución que rechaza su pretensión indemnizatoria en sede administrativa, y cita los arts. 51 (motivación) y 67 (vicios graves) de la Ley 1284.

No obstante que la actora no identifica el/los inciso/s que entiende vulnerados, se desprende de los argumentos vertidos en su escrito de inicio, que lo que sostiene es una violación al derecho de defensa (inc. r del art. 67) en el trámite del sumario administrativo.

Adviértase que la actora no impugna la Resolución N° 200/2010 que pone fin al sumario administrativo y la sobresee, si no que solamente impugna la Resolución N° 271/2011 que rechaza su reclamo indemnizatorio. Sin embargo, el análisis debe realizarse no sobre la Resolución N° 271/2011 atacada individualmente, sino sobre el expediente disciplinario, que es a lo que remite la Resolución impugnada y lo que en definitiva la actora cuestiona.

La cuestión debatida se suscita entonces en el campo de la potestad disciplinaria del Estado Provincial. Sabido es que el procedimiento administrativo constituye una garantía jurídica, lo que adquiere vital importancia cuando se trata del trámite cuyo objeto es la imposición de una sanción disciplinaria (Acuerdo 1562/09).

Conforme remarcamos en numerosos acuerdos (1/2011, 71/2011, 1637/2009, entre otros), nuestra Corte Federal ha dicho que compete al organismo que ejerce facultades disciplinarias apreciar los hechos configurativos de las faltas, determinar la norma aplicable y graduar la sanción y que, la potestad del Poder Judicial de revisar dichos actos sólo comprende, como principio, el control de su legitimidad o razonabilidad, ya que se trata de una facultad discrecional de la Administración (cfr. doctrina de CSJN, Fallos 303:1029; 304:1335; 306:1792).

Por su parte, es importante recordar que en esta instancia contenciosa, compete a la parte actora la carga de individualizar de manera precisa y concreta las irregularidades que entiende cometidas por la Administración, al igual que la actividad probatoria en tal sentido.

Sin perjuicio de que los casos sobre potestad disciplinaria se vinculan casi con exclusividad a solicitar la revisión de una sanción impuesta, lo que difiere con la presente causa, resulta igualmente aplicable al caso el criterio que este Tribunal ha señalado sobre la afectación del debido proceso dentro del cual se ubica el derecho de defensa: quien pretende la revisión judicial, debe acreditar, en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo de las reglas del debido proceso (Acuerdo 71/2011).

VII.- Veamos las constancias del sumario administrativo.

El expediente N° 002-0003679/08 se inicia a los fines de “precisar y reunir los elementos de prueba tendientes a esclarecer, fijar o deslindar las responsabilidades que pudieran corresponder, en virtud de las mutuas acusaciones formuladas por las empleadas María Eva Arlettaz y Betina Del Campo” conforme lo dispone la Resolución N° 87/2008 (6/3/2008) y ante la presentación realizada por la actora, obrante a fs. 1/3, quien solicitaba se deje sin efecto la sanción de exhortación dispuesta en el expediente 002-0003671/07.

En esa presentación la actora, junto con su patrocinante letrado, realiza un relato de los hechos y ofrece prueba, a los fines no sólo de que se revoque la sanción impuesta, si no también “se tome debida intervención por la actitudes descriptas …(de) la Sra. Arlettaz…”.

A fs. 4, la Sra. Arlettaz toma vista de las actuaciones y solicita el esclarecimiento de lo ocurrido.

A fs. 22, el 17/04/08, se envía el expediente a la Dirección de Sumarios y a fs. 23/24, la Jefa del Departamento de Instrucción de Sumarios solicita aclaraciones respecto al modo de proseguir con las actuaciones, lo que es contestado por la Señora Secretaria de la Legislatura, conforme surge de fs. 25/26. Allí se aclara que corresponde la sustanciación de un sumario administrativo a los fines de investigar la veracidad de las gravísimas acusaciones mutuas formuladas por las partes.

Por otro lado, se eleva el expediente a la Junta de Disciplina a los fines de que se expida sobre el cuestionamiento de la Sra. Del Campo sobre la sanción ya impuesta. A fs. 51 la Junta de Disciplina informa que actuará de conformidad con el art. 124 de la Ley 1703, frente a lo que se le solicita que expida en los términos del art. 126 de la Ley 1703. A fs. 58 la Junta indica que ante la solicitud de dejar sin efecto la sanción aplicaba debe procederse de conformidad con lo resuelto a fs. 18 (Resolución 87/08 que ordena instruir un sumario a efectos de precisar y reunir los elementos de prueba tendientes a esclarecer los hechos).

A fs. 60 la Sra. Del Campo solicita vista de las actuaciones y a fs. 61 se le informa que el expediente se encuentra a su disposición.

A fs. 62 vta., obran constancias de las vistas tomadas por las Sra. Del Campo y Arlettaz.

A fs. 65, la Sra. Secretaria de la Legislatura, como autoridad superior, deja sin efecto la sanción aplicada en el expediente N° 002-0003671/07 y ordena dar curso al sumario administrativo de conformidad con la Resolución N° 87/08.

A fs. 69 se acumulan los expedientes, y a fs. 72 se designa instructor.

A fs. 76 el instructor designado da inicio a la investigación, caratulada: “Agentes María Eva Arlettaz y Betina Del Campo s/Denuncias mutuas de faltas de respeto”, y ordena el carácter de reservado del expediente.

A fs. 77 se cita a prestar declaración informativa a las dos agentes involucradas, y declaración testimonial a la Directora de la Mesa de Entradas donde se suscitó el hecho.

A fs. 82 obra declaración de la Directora.

A fs. 84 se cita a declarar a la Jefa de Departamento Administrativo de la Mesa General de Entradas y Salidas, cuya declaración obra a fs. 87/88.

A fs. 91/92 declaró la Sra. Arlettaz y a fs. 93/94 la actora.

A fs. 95 se citó a prestar declaración "a todo el personal de la Dirección General de Mesa de Entradas y Salidas": Araneda Silvana (declaró a fs. 103), Gomez Ayelen (declaró a fs. 116), Totolo Marcelo (declaró a fs. 104), Aguilera Cristina (declaró a fs. 117), Lizardo Viviana (declaró a fs. 118) y Ocampo Jorge (declaró a fs. 119). A fs. 108 se ordena la citación de la agente Ruth Estefo (declaró a fs. 120).

A fs. 121, se cita a ampliar la declaración a las Sras. Gomez y Lizardo, cuyas actas se encuentran agregadas a fs. 134 y 128.

Atento a las pruebas producidas hasta aquel momento cuyo fin consistía en dilucidar lo hechos acontecidos y averiguar la veracidad de las acusaciones mutuas de las agentes en cuestión, la instructora evalúa las declaraciones de todos sus compañeros de trabajo, considera que la agente Del Campo debía ser citada a declaración indagatoria por la presunta transgresión del art. 10 incs. f y g de la Ley 1703.

A fs. 139/145 se agrega documentación relacionada a las funciones y misiones del área de la Legislatura en la que desempañaban funciones las agentes respectivas.

A fs. 146, se agrega declaración indagatoria de la Sra. Del Campo.

Luego de ello, a fs. 147, se llama a declaración indagatoria a la Sra. Arlettaz, por presunta violación del art. 10, inc. f de la Ley 1703, cuya acta obra agregada a fs. 153/154.

A fs. 155 se dispone la citación de ambas agentes involucradas a los fines de realizar un acta de careo entre ellas, lo que se lleva a cabo a fs. 159.

A fs. 161 la instructora entiende que se han realizado todas las averiguaciones y tramitaciones conducentes al esclarecimiento del hecho, y da por terminadas las actuaciones de investigación. Cita el art. 102 del Reglamento, clausura la causa y levanta el secreto de sumario.

A fs. 165/172 la sumariante expone sus conclusiones y formula cargos a la agente Del Campo, individualizando la normativa que entiende transgredida por el accionar de la actora y proponiendo sanción aplicable. Ello fue notificado, luego de lo cual la Sra. Del Campo solicita vista del expediente (fs. 175), extracción de copias y suspensión de plazos, lo que es proveído favorablemente (fs. 176).

A fs. 180/185 obra agregado el escrito de descargo de la actora, relata nuevamente su versión de los hechos, afirma que no se le permitió controlar la prueba producida, ofrece más testimoniales, solicita se agregue documentación.

A fs. 186 la instructora dispone abrir la causa a prueba, de conformidad con lo establecido por los arts. 105 y 106 del Reglamento de Sumarios, "a los efectos de darle a la agente en cuestión, las más amplias garantías que hacen a su defensa".

A fs. 192 se provee la prueba ofrecida por la actora. A fs. 197/198 la Sra. Del Campo solicita se fije audiencia para la declaración de los testigos que ya habían comparecido a declarar, a los fines de que lo hagan en su presencia. A fs. 199 la instructora dispone que conforme el art. 106 del Reglamento, deberá aportar el nombre de 5 testigos y 2 supletorios.

Con la finalidad de notificar esto último a la actora, se llevaron a cabo distintas averiguaciones hasta que finalmente pudo ser ubicada y notificada conforme surge de fs. 207. A fs. 215, propone los testigos conforme las pautas brindadas y cuestionando lo dispuesto por la instructora sobre el carácter de oyente del letrado que la patrocina (fs. 199), solicita se autorice a su patrocinante a realizar preguntas en la audiencia al efecto.

A fs. 219 se agregan los pliegos de preguntas acompañados por la Sra. Del Campo y se dispone que su abogado patrocinante podrá ampliar las preguntas de considerarlo pertinente.

A fs. 222 se cita a los testigos, a fs. 225 la instructora solicita la ampliación del plazo para la culminación de la causa (art. 110 del Reglamento) lo que es concedido por el director de sumarios (fs. 233), y a fs. 230, 235, 237, 240, 245 se realizan las testimoniales.

Finalmente a fs. 248, producida la totalidad de la prueba ofrecida por la Sra. Del Campo, se clausura el sumario (art. 107 del Reglamento).

A fs. 251/253 la instructora formula nuevamente sus conclusiones y ratifica los cargos realizados con anterioridad contra la Sra. Del Campo.

Notificada de ello, a fs. 256/259 la actora refuta las conclusiones de la sumariante, y a fs. 261 se ordena la elevación de la causa a la Junta de Disciplina.

La Junta de Disciplina realiza el Dictamen N° 006/09, en el que no comparte algunas conclusiones de la sumariante, rechaza la aplicación de la sanción propuesta, y dispone una sanción distinta a la Sra. Del Campo como así también sanciona a la Sra.

Arlettaz.

A fs. 268/269 la Sra. Arlettaz realiza un descargo, a fs. 280 toma vista la Sra. Del Campo y retira copias.

A fs. 290/297 obra Dictamen 08/2010 en el que la Asesoría Letrada de la Legislatura, considera que el sumario padece de irregularidades y propone la realización de un nuevo sumario. Las irregularidades que entiende cometidas el Asesor se refieren a que la sumariante no se refirió en un primer informe a las imputaciones reprochadas a la Sra. Arlettaz –señalando que no obstante ello, en el segundo informe la instructora afirma no realizar cargos por considerar no acreditadas las faltas reprochadas contra esta agente-, a que la instructora resolvió el cuestionamiento sobre el carácter de oyente del letrado sin intervención del superior, a que la prueba producida giró sobre la conducta de la agente Del Campo exclusivamente, a que no se concedió intervención a la Sra. Arlettaz, y también por diferir en la valoración de la prueba.

Finalmente a fs. 305/308 se dicta la Resolución 200/10, en la que la más alta autoridad de la Legislatura hace suyas las conclusiones del dictamen precedente y resuelve el sobreseimiento definitivo de las agentes Del Campo y Arlettaz.

VIII.- Así las cosas, del recuento minucioso del expediente administrativo en cuestión, adelanto que no se advierte una violación al derecho de defensa de la actora que torne en ilícita la actividad desplegada por la Administración.

Teniendo en cuenta que la actora no individualiza puntualmente ninguna irregularidad y se remite al dictamen de la Asesoría Letrada, cabe referirse a las allí señaladas (ver fs. 290/297 del Expte. N° 002-0003679/08).

En primer lugar, debe decirse que esas irregularidades mencionadas por la propia Administración no obstan a la conclusión precedente, toda vez que incluso si se compartiera que los hechos descriptos configuran irregularidades procedimentales, no toda irregularidad significa una afectación al derecho de defensa del sumariado, y mucho menos, implica necesariamente la ilicitud de la actividad estatal.

En segundo lugar, no se observa que existieran graves irregularidades en el procedimiento.

El hecho de que los distintos intervinientes en el sumario difieran en la valoración de la prueba no afecta de manera alguna la defensa del agente sumariado, por el contrario, garantiza un amplio debate sobre la cuestión, lo que en definitiva será resuelto por la máxima autoridad luego de analizadas todas las pruebas incorporadas y las distintas conclusiones de los intervinientes en el proceso (instructor, director de sumarios, sumariados, Junta de Disciplina, Asesoría Letrada).

Tampoco se advierte una afectación al derecho de defensa de la actora como consecuencia de que la sumariante no se refiriera a las faltas cometidas por la Sra. Arlettaz en su primer informe –lo que posteriormente fundó en que a su entender no existían pruebas que pudieran sostenerlas-; máxime cuando luego la instancia superior –Junta de Disciplina-, sí se refirió proponiendo sancionar a las dos agentes.

Igual entendimiento merece que el sumariante luego de disponer que el patrocinante de la actora sólo podía asistir en carácter de oyente a las testimoniales, resolviera el cuestionamiento de la Sra. Del Campo sin intervención de su superior; puesto que ningún perjuicio se le habría ocasionado al resolverse de manera favorable a ella y de manera de garantizar de la manera más amplia su defensa.

En cuanto al “direccionamiento” del sumario a la Sra. Del Campo, estudiado cuidadosamente el expediente, no se infiere ninguna arbitrariedad que pudiera sostener una afirmación de tal magnitud.

En este punto, no puede pasarse por alto que la actora no profundiza sobre ello ni individualiza acto alguno que hubiera configurado un desvío de la Administración, simplemente sostiene la existencia de un direccionamiento del sumario a su persona citando fragmentos del dictamen de la Asesoría Letrada.

Sin perjuicio de que ello conllevaría sin más el rechazo de la alegación, la afirmación no tiene sustento en las constancias de la prueba producida en el sumario y mucho menos, en la resolución que pone fin al trámite, en la que no se le aplica sanción alguna.

A modo de ejemplo, adviértase que los testigos fueron preguntados por la sumariante de manera general sobre el asunto, y fueron los dichos de los propios testigos los que guiaron el camino de las declaraciones. Así, vemos que a fs. 82 se inicia el interrogatorio consultando sobre si las agentes en cuestión le comentaron sobre el conflicto suscitado y que fue lo que le informaron. De la misma manera se interroga a fs. 87, y posteriormente en los siguientes interrogatorios se preguntó sobre las alegaciones realizadas por los testigos que los precedían.

A más de esto, algunos de los mismos testigos fueron nuevamente llamados a declarar a petición de la Sra. Del Campo (fs. 230, 245) y fueron interrogados de conformidad con el pliego que la misma actora propuso, lo que al integrar la prueba que se tuvo en miras al resolver, subsanaría una omisión en los primeros interrogatorios.

Asimismo, se incorporó la prueba documental e informativa que la actora solicitó, y lo cierto es que no puede advertirse que otra prueba podía ordenarse a los fines de investigar el hecho. Evidentemente, a idéntica conclusión arribó la actora en el trámite sumario, pues no solicitó ningún otro medio probatorio.

A esta altura, debe decirse que no sólo no se advierten irregularidades que configuren una afectación al derecho de defensa de la actora –máxime considerando que algunas decisiones que entendió irregulares fueron revisadas y resueltas conforme peticionó-, sino que se observa que la actora desplegó ampliamente su actividad defensista a lo largo de todo el expediente.

Tomó vistas, sacó fotocopias, se presentó junto con un letrado patrocinante, expuso su versión de los hechos en diversas oportunidades, prestó declaración informativa e indagatoria, participó de un careo junto con la otra agente involucrada, ofreció prueba documental y testimonial, cuestionó disposiciones de la sumariante, participó de las audiencias testimoniales, obtuvo pronunciamientos fundados de los distintos intervinientes y finalmente fue sobreseída.

Por su parte, la instrucción se inició con la prueba de cargo de conformidad con lo establecido por el art. 34 del Reglamento de Sumarios, se presentó el informe del instructor en cumplimiento de las pautas establecidas en el art. 102 del Reglamento, se describió puntualmente los hechos que se le reprochaban a la actora, se calificó jurídicamente el hecho con la cita normativa al Estatuto del Empleado del Poder Legislativo (Ley 1703), se recepcionó el descargo de la actora y se produjo la prueba por ella requerida (art. 104/106 del Reglamento), se presentó un nuevo informe de conformidad con el art. 107 del Reglamento, y se elevó el expediente a la Junta de Disciplina que procedió de conformidad con lo establecido por los arts. 124 y 125 de la Ley 1703. En otras palabras, el sumario administrativo se mantuvo dentro del procedimiento establecido en el Reglamento de Sumarios y la Ley 1703.

Como puede repararse, no se encuentra configurado el elemento esencial para la procedencia de la acción, esto es, un actuar irregular por parte de la demandada.

En atención a ello, deviene inoficioso el análisis de los daños alegados y su relación causal con el hecho invocado.

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

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

La señora Vocal Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por MARIA BETINA DEL CAMPO contra la PROVINCIA DE NEUQUEN. 2°) Costas a la actora (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305). 3°) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"FLORES ELISA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4913/2014) – Acuerdo: 56/17 – Fecha: 11/05/2017

SEGURIDAD SOCIAL: Jubilación y pensiones.

JUBILACION. PODER JUDICIAL. DIFERENCIA DE HABERES JUBILATORIOS. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN. DETERMINACICN DEL HABER JUBILATORIO INICIAL. CATEGORIA DETENTADA AL MOMENTO DEL CESE. CONSTITUCION PROVINCIAL. PROPORCIONALIDAD. MOVILIDAD.

El Instituto de Seguridad Social del Neuquén (I.S.S.N.) deberá proceder a readecuar el haber jubilatorio inicial de la accionante, conforme la pauta del 80% prevista en el artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial, y por lo tanto deberá hacer el cálculo respecto a la última categoría –MF2- y demás adicionales percibidos -al momento del cese-, en lugar tomar en cuenta para determinarlo, la categoría desempeñada -MF3- durante los tres mejores años calendarios dentro de los últimos cinco calendarios anteriores al cese –conforme art. 56° de la Ley 611-). Ello es así, toda vez que el mandato constitucional es expreso y, por lo tanto, una reglamentación legislativa que diera como resultado un haber de pasividad inferior al 80% de lo que el trabajador percibiría de continuar en actividad, implicaría plasmar en los hechos una modificación del texto constitucional. Por ello, no podría nunca el órgano legislativo apartarse de aquél mandato mediante la implementación de mecanismos distorsivos que, indirectamente desvirtuaran el umbral protectorio de la Constitución Provincial.

Texto completo:

ACUERDO N° 56. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los once días del mes de mayo de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “FLORES ELISA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 4913/14, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: I.- A fs. 36/42 se presenta la Sra. Elisa Cristina Flores, con patrocinio letrado, y promueve demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. Solicita que se condene al Instituto a adecuar su haber previsional conforme el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial, con efectividad hacia el futuro como retroactivamente, desde que fue concedido el beneficio, más intereses a tasa activa y costas.

Sostiene que es jubilada del ISSN según régimen de la Ley 611, beneficio que fuera otorgado mediante Disposición N° 1692/13.

Indica que mediante Acuerdo N° 5024/13 el Tribunal Superior de Justicia aceptó su renuncia al cargo de Secretaria de Gestión Humana y Programas Especiales, que revistaba con la categoría MF2, con retroactividad al 1/07/2013.

Detalla la forma en que se liquidó su haber inicial y señala que el organismo demandado al efectuar el cálculo transgredió el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Plantea que su haber jubilatorio se liquidó utilizando un sistema de cálculo que arrojó un resultado inferior a su salario al cese, por haber tomado como base no la categoría que revistaba (MF2), sino la categoría inmediatamente anterior (MF3) que había dejado de revistar el 31/12/2012.

Se remite a los considerandos de la Resolución 2150/13, mediante la cual el organismo demandado rechaza el reajuste considerando que se encuentra adecuado a los parámetros de movilidad establecidos en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Expone que en todo sistema jubilatorio se distinguen en relación con el haber de retiro dos estadios: la determinación y la movilidad. Asimismo reitera que la Constitución Provincial establece que, más allá de la determinación del haber previsional, la jubilación es móvil y que en ambos momentos la misma ha de ascender al 80% como mínimo de lo que perciba el trabajador en actividad (art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial).

Sostiene que se antepone a la aplicación de la norma constitucional las disposiciones de los arts. 56° y 60° de la Ley 611 y que la Resolución N° 2050/13 del ISSN y el Decreto N° 1060/14 vulneran el art. 28° de la Constitución Nacional.

Indica que el procedimiento empleado por el ISSN para establecer su haber previsional transgrede de modo palmario la Constitución, determinándose un haber inicial menor al porcentaje fijado.

Cita jurisprudencia, hace reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en su caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, solicita que oportunamente se haga lugar a la demanda y se condene al organismo previsional a adecuar su haber jubilatorio al porcentaje mínimo establecido en el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial, hacia el futuro y retroactivamente a la

fecha en que se concedió el beneficio, más intereses tasa activa desde que cada diferencia es debida y hasta su efectivo pago, más costas.

II.- A fs. 52/52 vta. obra la R.I. Nº 679/14, que declara la admisibilidad de la acción.

III.- A fs. 53 (y fs. 55 –ratificación gestión procesal-) la parte actora ejerce la opción por el procedimiento sumario.

IV.- Se corre traslado de la demanda al Sr. Fiscal de Estado y al Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

V.- A fs. 57 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

VI.- A fs. 63/66 el Instituto de Seguridad Social del Neuquén contesta demanda.

En primer término desconoce la autenticidad de los recibos de sueldos de la actora.

Luego, niega por imperativo procesal los hechos no reconocidos.

Sostiene que se respetó la Constitución Provincial tanto en la determinación del haber como en la movilidad, por aplicación de la Resolución N° 172/07 los haberes se encuentran adecuados al 80% tal como lo ordena la garantía emergente del art. 38° inc. c) de la Ley fundamental.

Por otro lado, expresa que de la prueba a producirse surgirá que el instituto ha respetado los lineamientos establecidos por nuestra Constitución Provincial, como así también la garantía de movilidad del art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Opone la excepción de prescripción –art. 92° de la Ley 611-, para el caso que se haga lugar a la demanda, en cuanto al reclamo retroactivo de diferencia de haberes.

Finalmente, ofrece prueba, hace reserva de la cuestión federal y solicita el rechazo de la demanda, con expresa imposición de costas a la contraria.

VII.- A fs. 71/72 vta. la actora responde el traslado. Se opone a la producción de pruebas por considerarlas innecesarias a los fines de decidir el caso y pretende se declare la causa como de puro derecho.

Se corre traslado a la demandada. A fs. 76 expone que en la presente acción existen hechos controvertidos, por lo que solicita se rechace la pretensión de la actora y se ordene la producción de la prueba. No obstante desiste de la prueba documental en poder de terceros –punto 1.

A fs. 79/81, la R.I. N° 457/15 imprime al proceso trámite ordinario y ordena abrir la causa a prueba para producir la pericia contable ofrecida por la parte demandada. Por otro lado, hace lugar a la oposición de la actora a la producción de la prueba informativa al Sector Recursos Humanos del Poder judicial y al pedido de remisión de documental, y supedita la informativa ofrecida en el inc. c) punto 2 para el caso de que el perito estime insuficientes las constancias agregadas a fs. 92/94 del expediente administrativo 4449-123404/9.

VIII.- A fs. 126 se clausuró el periodo probatorio.

A fs. 138/140 se agregó el alegato de la actora y a fs. 141/142 vta. el correspondiente al ente previsional demandado.

IX.- A fs. 144/147 obra el dictamen fiscal, quien propicia el acogimiento de la demanda.

X.- A fs. 148 se dispone el llamado de autos, el que, encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

XI.- La situación aquí planteada es similar a la que fuera analizada en numerosos precedentes del Tribunal, entre ellos “Slim” (Ac. 84/12), “Reniero” (Ac. 15/14) y Véspoli (Ac. 42/15) en los que voté en primer lugar, por lo que seguiré esa línea argumental.

En efecto, conforme las posturas manifestadas en la demanda y su contestación, la litis ha quedado circunscripta a una cuestión jurídica y otra fáctica o de prueba.

Aquí las divergencias giran en torno a establecer si la determinación del haber inicial de la actora respetó el 80% del último cargo que desempeñó antes del cese, o bien si es correcta la aplicación del artículo 56 de la Ley 611 —postura del organismo demandado-.

Por otro lado, hay desacuerdo acerca de la aplicación de la movilidad; es decir, si el ISSN ha cumplido con el pago de haberes que respeten el mínimo del 80% de lo que perciben los trabajadores en actividad. Ambas partes reconocen la aplicación de dicha garantía constitucional, pero la actora niega que las liquidaciones de la demandada respeten el piso constitucional, mientras que el organismo demandado afirma haber cumplido dicha garantía con la aplicación del pago denominada: “complemento Resolución 172/07”.

XII.- Ahora bien, ha sido reiteradamente expuesto en la jurisprudencia de este Tribunal que, en el caso neuquino, la complejidad de la cuestión encuentra su raíz en las particularidades del texto constitucional, el cual, proyectado a la solución que en cada caso concreto corresponde acordar, exige inaplicar dispositivos legales.

Como se verá, entonces, no son pocos los casos en los que, pese a que el accionar del Instituto de Seguridad Social del Neuquén se ajusta a las disposiciones legales, la solución concreta se presenta incompatible con la disposición prevista en el artículo 38,

inciso c), de la Constitución Provincial, la cual, por su jerarquía normativa, debe prevalecer.

Las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria son dos momentos de una misma problemática: los sistemas previsionales (tanto el nacional como el local) están diseñados sobre la naturaleza sustitutiva de la prestación jubilatoria y, por lo tanto, se apoyan en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad.

En este esquema, debe asegurarse un nivel conveniente, el cual, se dice, se habrá alcanzado cuando el/la jubilado/a conserve una situación patrimonial equilibrada a la que le hubiera correspondido de haber seguido en actividad.

La lógica de tal razonamiento se asienta en que la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía; su monto originario (haber inicial) responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que sustituya a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad (proporcionalidad inicial).

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

Así, la movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibiría el/la jubilado/a si siguiera en servicio activo.

Ahora bien, de acuerdo a la letra del artículo 56 de la Ley 611, para la determinación del haber jubilatorio inicial, se toma en cuenta el promedio de las remuneraciones actualizadas (conforme las pautas que el mismo artículo establece) y, no necesariamente, el haber asignado al cargo que desempeñaba en actividad al momento del cese.

Se presenta entonces ineludible desentrañar, si la determinación del haber y posterior movilidad aplicada por el organismo demandado respeta los parámetros constitucionales contemplados en el artículo 38, inciso c), de la Constitución Provincial.

El margen de actuación legislativa es sensiblemente menor en el caso local que en el nacional, en orden a la distinta amplitud de fórmulas constitucionales contenidas en uno y otro sistema.

La proporcionalidad está cuantificada en el ámbito local por el dispositivo constitucional del art. 38, inciso c), presentándose como un imperativo que la Provincia mediante la sanción de leyes especiales asegurará a todo trabajador, en forma permanente y definitiva, jubilaciones y pensiones móviles, que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad.

El mandato constitucional es expreso y, por lo tanto, una reglamentación legislativa que diera como resultado un haber de pasividad inferior al 80% de lo que el trabajador percibiría de continuar en actividad, implicaría plasmar en los hechos una modificación del texto constitucional.

Por ello, no podría nunca el órgano legislativo apartarse de aquél mandato mediante la implementación de mecanismos distorsivos que, indirectamente desvirtuaran el umbral protectorio de la Constitución Provincial.

De darse ese supuesto, sería aplicable la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual señala que, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llega inclusive a ponerse en colisión con los enunciados de jerarquía constitucional o su aplicación torna ilusorios derechos por éstos consagrados, le es lícito al juzgador apartarse de tal precepto y dejarlo de aplicar a fin de asegurar la primacía de la Ley Fundamental.

Así, el artículo 16 de la Carta Magna local dirige a los jueces el mandato de defender la supremacía de la Constitución, negando valor y declarando inconstitucional cualquier norma inferior que sea contraria a ella.

Cabe aclarar que lo expuesto no implica desentenderse de los resultados efectivos del pronunciamiento o de la realidad propia del funcionamiento técnico de los sistemas previsionales.

XIII.- Establecida la cuestión jurídica resta analizar la cuestión fáctica o de prueba, es decir, si en el caso concreto de la actora ha sido respetada la garantía constitucional contenida en el artículo 38 inc. c), tanto al momento de la determinación del haber inicial como en la movilidad posterior de su haber jubilatorio.

Determinación del haber inicial:

En este punto, no existe dificultad para acreditar el agravio constitucional invocado.

Obsérvese que no se encuentra controvertido que al momento del cese la actora se desempeñaba como Secretaria de Gestión Humana y Programas Especiales del Tribunal Superior de Justicia (cargo ejercido desde el 03/08/2005 conforme Testimonio Acuerdo TSJ N° 3908 de fecha 13/07/2005 –fs. 11 del expte. administrativo previsional N° 4469-123404/9-) con categoría MF2 del Escalafón de Funcionarios y Magistrados del Poder Judicial, a partir del 1/1/2013 (cfr. fs. 12/13 –Testimonio Acuerdo N° 4960 del 05/12/2012- y recibos de haberes de fs. 89/91 del expediente administrativo previsional N° 4469-123404/9).

Ambas partes coinciden que al momento de acceder la actora al beneficio jubilatorio ostentaba la categoría MF2. Sin embargo, al efectuar la determinación del haber inicial (como también para la adecuación de haberes conforme Resolución N° 172/07) el organismo demandado consideró la categoría MF3 (en virtud de ser la categoría desempeñada durante los tres mejores años

calendarios dentro de los últimos cinco calendarios anteriores al cese –conforme art. 56° de la Ley 611-) (véase fs. 93, 99/100 del expediente previsional mencionado e informe de fs. 102).

Ahora bien, surge de los informes periciales (cálculo de fs. 93/94 rectificado a fs. 111/112 y ampliado a fs. 114) que asiste razón a la actora.

En consecuencia, la pericia contable acredita que la determinación del haber jubilatorio inicial (conforme lo prescripto en el art. 56 de la Ley 611), no respetó el valladar constitucional del ochenta por ciento (80%) respecto a la última categoría –MF2- y demás adicionales percibidos -al momento del cese-.

Movilidad del haber jubilatorio: A continuación corresponde determinar si la proporcionalidad establecida por la Carta Magna provincial se respetó en la movilidad del haber previsional.

La parte actora sostiene que no se ha respetado la proporcionalidad establecida por la Constitución Provincial.

Por su parte el organismo demandado considera que cumplió con la manda constitucional al aplicar la Resolución 172/2007 (cfr. contestación de demanda –a fs. 36/42- y alegato –punto V, a fs.142-).

No obstante, del informe pericial (véase fs. 93/94, 111/112 y 114) se desprende que la actora cobró un haber jubilatorio menor al 80% en orden al cargo que tenía al momento del cese más allá de la aplicación de la Resolución N° 172/07 del ISSN.

En consecuencia, al igual que en la determinación del haber inicial, se encuentra probado el menoscabo respecto de la proporcionalidad establecida por la Constitución Provincial, con relación a la movilidad de la remuneración de la categoría y demás adicionales con que accedió al beneficio previsional, no incidiendo en absoluto la impugnación de la pericia contable efectuada por el organismo demandado (véase fs. 102 –informe- y fs. 107/107 vta. –allí el organismo demandado insiste en la aplicación del art. 56° de la Ley 611 por sobre la doctrina de éste Tribunal -cfr. criterio sentado en autos “De la Colina", Ac. 920/3-).

XIV.- A la Luz de lo expuesto, corresponde hacer lugar a la pretensión de la actora, ordenando al organismo previsional que proceda a la readecuación del haber respetándose la pauta de proporcionalidad del 80% prevista en la Constitución Provincial y que abone las diferencias respecto de la movilidad del haber jubilatorio, no encontrándose periodos prescriptos (accedió al beneficio a partir del mes de julio de 2013 –Disposición 1692/13- e interpuso reclamo administrativo en fecha 9/10/2013). A tal efecto se deberá considerar la categoría MF2.

Las sumas resultantes se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia y devengarán intereses desde que cada suma es debida.

Con relación a las costas, no hay motivos para apartarse de la regla de su imposición a la parte vencida (cfr. art. 68 del C.P.C.y C. de aplicación supletoria en la materia y art. 78 de la Ley 1.305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: Adhiero en un todo a los fundamentos expuestos por el Dr. Oscar E. 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 Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar a la demanda incoada por la señora ELISA CRISTINA FLORES contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia: a) ordenar que dicho Organismo determine el haber inicial de la actora de manera que represente el 80% de lo que percibía al momento del cese; b) condenar al ISSN a pagar las diferencias de haberes desde la fecha en que accedió al beneficio, las que serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia, con más los intereses –tasa activa-, teniendo en cuenta las pautas establecidas en el considerando XIV; 2°) Imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 68 del C.P.C.y C. y 78 de la Ley 1305); 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"CACACE AIDA PETRONA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/

ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1648/2006) – Acuerdo: 61/17 – Fecha: 12/05/2017

SEGURIDAD SOCIAL: Jubilación y pensiones.

JUBILACION. EMPLEO PÚBLICO. HABER JUBILATORIO. DOCENTES. DIFERENCIA DE HABERES JUBILATORIOS. INCENTIVO DOCENTE. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTO ADMINISTRATIVO. DETERMINACION DEL HABER JUBILATORIO. MOVILIDAD DEL HABER JUBILATORIO.

Nota: la sentencia sigue los precedentes del Tribunal Superior de Justicia en el tema de incentivo docente (Ac. 1510/08 y 1549/08) y más acá en el tiempo, in re: "Rodríguez Alicia" Ac. 22/11 y Alustiza, Stella Maris" Ac. 1/15.

Texto completo:

ACUERDO N° 61. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce días del mes de mayo 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: "CACACE AIDA PETRONA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. N° 1648/06, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 22/23 vta. se presentan las Sras. Aida Petrona Cacace, Nohemit Visenta Cacace, Sonia Beatriz Rodriguez, Mirta Sabina Moratal y Blanca Haydee Zabala mediante apoderada, e interponen acción procesal administrativa contra el I.S.S.N.

Solicitan la reliquidación de los haberes jubilatorios, incorporando al mismo el monto que corresponde al 80% del rubro incentivo docente que perciben los activos y se abonen las sumas percibidas en menos hasta el límite prescripto, con más sus intereses legales y costas.

Reproducen los argumentos expuestos en los reclamos administrativos presentados ante el Instituto de Seguridad Social de Neuquén y ante el Gobernador de la Provincia.

Mencionan que el art. 13 de la Ley 25.053, estableció el pago de una asignación especial de carácter remunerativo por cargo que se liquidará en forma mensual a los agentes que cumplan, efectivamente, función docente.

Afirman que corresponde incorporar a sus haberes la asignación porque cumplían la función docente.

Citan jurisprudencia de este Cuerpo en punto a la prevalencia de la garantía constitucional y la obligación de incorporar al haber jubilatorio, toda asignación que perciban los agentes en actividad.

Fundan el derecho, ofrecen prueba instrumental y formulan su petitorio.

II.- A fs. 53/53 vta., mediante la R.I. 5.261/06 se declaró la admisión del proceso y, a fs. 58, la parte actora optó por el procedimiento ordinario.

III.- Ordenado el traslado de la demanda y cumplidas las notificaciones pertinentes, a fs. 60 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

IV.- A fs. 96/108, se presenta el organismo demandado.

Reconoce expresamente la condición de jubilados de los actores, en el marco de la Ley 611.

Sin embargo, niega que no perciban un haber jubilatorio conforme lo normado en el art. 54 inc. c) de la Constitución Provincial (actual 38 inc. c)); agrega que éste es inclusive superior al 80% de lo que perciben quienes se desempeñan en el cargo que dejaron vacantes los accionantes (cita informe suscripto por el Jefe de Departamento Contraloría de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones).

Niega, asimismo, que tengan derecho a percibir el porcentaje correspondiente a la asignación que perciben, desde el año 1999, los docentes en actividad (Ley 25053) atento a que la misma no reviste el carácter de habitual y regular (art. 15 de la Ley 611).

Expone que la determinación del haber jubilatorio y la posterior movilidad del mismo, se realizó conforme los artículos 56 y 60 de la

Ley 611 y se garantizó la manda constitucional, por ello no son aplicables los precedentes citados por la parte actora.

Con respecto a los reajustes señala que en numerosas oportunidades aumentos de sueldo de los activos que se desempeñaban en el Poder Legislativo y/o Judicial produjeron aumento de los haberes previsionales (incluidos los accionantes) como también cuando el Poder Ejecutivo incorporó el 20% de zona desfavorable sus haberes se incrementaron un 20,21% (Resolución N° 067/03).

Asimismo, reitera que el organismo demandado aplicó correctamente la legislación especial en la materia (ley 611) y la Constitución Provincial (art. 38 inc. c).

En punto al incentivo docente, menciona el marco legal e invoca que conforme la normativa los recursos del Fondo Nacional de Incentivo Docente serán destinados a abonar una asignación especial por cargo que se liquidará sólo a los agentes que cumplan efectivamente la función docente. Considera excluidos los docentes con licencia sin goce de haberes, en comisión de servicios, afectaciones, adscripciones o cambio de funciones fuera del sistema educativo, en disponibilidad sin goce de haberes y pasivos.

Por ello, sostiene que resulta incuestionable que el incentivo docente compone el haber del docente activo como suma no remunerativa, y por consiguiente no integra el haber jubilatorio.

El organismo previsional demandado explica como determinó el haber inicial y aplicó la movilidad en el caso de las actoras

Luego, especifica que el art. 7 del Anexo de la Resolución 102/99, del Consejo Federal de Cultura y Educación de la Nación, dispone que el incentivo docente no sufrirá retenciones por aportes jubilatorios ni obras sociales; agrega que el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1125/99 sustituyó la reglamentación del art. 13 de la Ley 25053, estableciendo que esa asignación especial, por tratarse de un incentivo no incorporado definitivamente al salario y a percibir sólo durante los 5 años de vigencia de la Ley, será no bonificable por ningún concepto, estando sujeto únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social y cuota sindical.

Concluye que el incentivo docente no reúne los requisitos legales para ser incorporado al haber jubilatorio de la actora (art. 15 de la Ley 611) y que, aunque así fuera, sus haberes jubilatorios superan ampliamente los parámetros constitucionales.

Por último, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y formula su petitorio, solicitando el rechazo de la demanda, con costas.

V.- A fs. 119/119vta. la parte actora contesta el traslado.

VI.- Abierta la causa a prueba (fs. 120), se clausura dicho período (fs. 644), la parte actora alega a fs. 665/668 y la demandada a fs. 670/671 vta.

VII.- A fs. 673/679, dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo y propicia que la demanda proceda parcialmente.

VIII.- A fs. 680 se dispone el llamado de autos el que, encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Cabe señalar que la cuestión que debe ser decidida, guarda similitud –en lo sustancial- con lo fallado por esta Sala en la causa “Rodríguez Alicia” (Acuerdo 22/11) y posteriormente en “Alustiza, Stella Maris” (Acuerdo 1/15) que a su vez se remontan a los antecedentes “Garaygorta, Silvia Noemí” (Acuerdo 1510/08) y “Vega Ignacia” (Acuerdo 1549/08).

Siguiendo la línea argumental de los precedentes supra referenciados, resulta determinante para la decisión el examen de la cuestión constitucional involucrada, esto es, el respeto de la garantía del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial.

Y, dado que el tópico ha sido suficientemente tratado, reproduciré en este voto los fundamentos expresados en el precedente “Alustiza” (Acuerdo 1/15,del registro de ésta Secretaría).

X.- Allí sostuve (conforme la doctrina de los Acuerdos 1510/08, 1549/08) que existía una confusión en la concepción del derecho constitucional a obtener una jubilación móvil, no menor del “80% de lo que percibe el trabajador en actividad” pues, “la cuestión converge en un núcleo central, cual es, la interpretación, que a partir de la directiva contenida en el artículo 38 inc. c) de la Cimera Legislación local, corresponde efectuar de la legislación previsional vigente, encontrando su eje en la debida proporcionalidad y movilidad jubilatoria.

En este sentido, corresponde recordar, que el sistema previsional neuquino, al igual que el nacional, se apoya en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza sustitutiva que debe reconocérsele a la prestación…

Es indiscutible que en el ámbito provincial, rige un imperativo constitucional, cual es, que mediante la sanción de leyes especiales se asignará a todo trabajador en forma permanente y definitiva...“ art. 38… inc. c) jubilaciones y pensiones móviles que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad. El precepto es claro, y fija un piso insoslayable para el legislador, en tanto determina la proporción infranqueable del 80% en relación al sueldo que percibe el trabajador al momento de cesar su actividad para acogerse al beneficio jubilatorio, proporción que en orden a la movilidad que el mismo precepto establece, debe mantenerse a lo largo de su vida en pasividad, constituyendo una precisa instrucción al legislador, de instrumentar un sistema

normativo acorde a dichas directivas.

Dentro de estos límites, podría adoptar distintas soluciones legislativas, siempre que se presentaran como derivaciones racionales de sus directivas.

Si como dijera, la movilidad como aspecto dinámico de la proporcionalidad, importa asegurar -conforme al texto constitucional- que, tanto jurídica como técnicamente, el haber tiene que guardar cierta necesaria proporcionalidad con lo que percibiría de haber seguido en actividad, la pretensión del accionante carece de sustento en tanto no se ha acreditado que en la determinación del haber inicial no se respetó el 80% de lo que percibe el docente en actividad, siendo improcedente la pretensión de que éste porcentaje se refiera a un rubro en particular.

Desde estas consideraciones, el planteo sólo podría tener andamiaje favorable si se encontrara violentado el umbral protectorio previsto en el art. 38, inc. c) de la Constitución Provincial…".

XI.- De tal forma, se deduce que no se trata de percibir el 80% de una asignación en especial (aun cuando la perciban los docentes en actividad) sino del 80% entre el monto del beneficio previsional que percibe el agente pasivo y el que corresponde a la asignación del cargo de que era titular al extinguirse o cesar la relación de empleo.

Entonces, el reclamo de autos sólo tendría andamiaje si se acreditara que el umbral protectorio que otorga la Constitución Provincial se encuentra vulnerado durante el periodo reclamado, claramente delimitado en la demanda –punto II, Objeto de fs. 22 y punto VI – c), petitorio a fs. 23 vta.-, circunscripto al periodo no prescripto (conforme el art. 92° de la Ley 611).

XII.- Por ello, en función de la doctrina reseñada corresponde analizar la prueba producida en autos.

Obsérvese que en autos surgen varios informes periciales que han sido el resultado de datos contradictorios -aportados para la confección de la pericia-, impugnaciones, intimaciones y distintos pedidos de aclaración de las partes.

Ahora bien, la perito contadora realizó el primer informe contable adjuntando planillas a fs. 227/232. La pericia fue impugnada por la parte actora a fs. 234/234 vta., mientras la demandada solicitó explicaciones a fs. 237/237vta.

A fs. 250/258 vta. se glosa nuevo informe pericial y planillas. Asimismo advierte la perito la necesidad de solicitar nuevos informes al CPE y al ISSN.

La parte actora considera necesario el requerimiento de la perito y solicita se libren nuevos oficios (a fs. 261). El organismo demandado observa la planilla de liquidación correspondiente a la actora Aida Petrona Cacace y adjunta recibo de haberes.

A fs. 278/279 se dicta la Resolución Interlocutoria N° 434/12 que ordena librar oficios al ISSN y al CPE –sugeridos por la perito contadora-. Informes que se adjunta a fs. 288/299 (ISSN) y a fs. 304/368 (CPE).

Luego, a pesar de seguir observando la perito discrepancias en la información brindada por el organismo previsional y el Consejo Provincial de Educación, realiza nuevo informe pericial y acompaña nuevas planillas a fs. 391/402.

La parte demandada impugna el nuevo informe pericial y acompaña recibos de haberes jubilatorios correspondientes a las actoras (ver fs. 410/439 vta.).

Así, la perito modifica el informe pericial (véase fs. 453/464).

Por último, la parte actora desconoce los recibos de haberes acompañados por el ente demandado (a fs. 474/475).

Obsérvese que la perito contadora ha realizado un máximo esfuerzo por cumplir acabadamente su labor en función de los informes requeridos y demás documental e instrumental analizada, y se deduce -más allá de incorporar o no los últimos recibos acompañados por el ISSN- que surgen periodos en los que se registran diferencias de haberes a favor de las actoras.

Sin embargo, a pesar de vislumbrar un menoscabo, la falta de certeza en cuanto al monto que pudiere corresponder a cada una de las accionantes y en función de la postura de éste Tribunal (cfr. criterio sentado en autos: "De la Colina Ac. 920/3), obliga a diferir la determinación de las diferencias para la etapa de ejecución de sentencia.

XIII.- En consecuencia, al momento de la ejecución de sentencia se deberá determinar la existencia de diferencias de haberes (de acuerdo al umbral protectorio que marca la Constitución Provincial), durante el periodo no prescripto, considerando los haberes jubilatorios de las actoras, respecto del último cargo (o cargos) con que accedieron al beneficio previsional cada una de ellas (véase informes del CPE –a fs. 304, 499/503- y legajos personales de las actoras) (cfr. Criterio sentado en autos "De la Colina Ac. 920/3).

Las sumas adeudadas devengarán intereses que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta el 1/1/2008 a la tasa promedio entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén; desde dicha fecha y hasta el efectivo pago se calcularán a la tasa activa mensual de dicha entidad bancaria, determinándose en la etapa de ejecución de sentencia.

Las costas, no existiendo motivos que justifiquen apartarse del principio general contenido en el art. 68 del CPC y C, deben ser soportadas por la demandada perdidosa. ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el

Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal del Cuerpo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR a la demanda deducida por las Sras. Aida Petrona Cacace, Nohemit Visenta Cacace, Sonia Beatriz Rodriguez, Mirta Sabina Moratal y Blanca Haydee Zabala contra el I.S.S.N.

Diferir para la etapa de ejecución de sentencia la determinación de las diferencias salariales existentes para cada una de las accionantes, por el periodo no prescripto y conforme el considerando XIII. A la suma que resulte de tal cálculo se adicionarán intereses que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta el 1/1/2008, a la tasa promedio entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén; desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual de dicha entidad bancaria; 2º) Imponer a la demandada las costas causadas (art. 68 del CPC y C); 3º) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"FERNANDEZ CECILIA MABEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4165/2013) – Acuerdo: 62/17 – Fecha: 12/05/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

PERSONAL CONTRATADO. CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION. DIFERENCIAS SALARIALES. CARGO DE MAYOR RESPONSABILIDAD. LEY DE REMUNERACIONES. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. VALORACIÓN.

La demanda interpuesta en reclamo de diferencias salariales –subrogancia- derivadas del ejercicio de un cargo de mayor responsabilidad -a cargo de la División de Rendiciones y Pago entre enero y Diciembre de 2010- por quien había suscripto un contrato de locación de servicio con el organismo demandado, debe ser rechazada, por cuanto resulta inaplicable el art. 44 de la Ley 2265 invocado por la accionante atento su calidad de contratada -la norma en cuestión, tutela la situación de “agentes” que cumplan reemplazos transitorios en cargos superiores. Es decir que se trata de un instituto aplicable en el ámbito de las relaciones de empleo público, y por tanto no alcanza a aquellos que se encuentran vinculados a la Administración bajo la figura de un contrato de locación de servicios, como es el caso de la accionante- y asimismo por resultar improcedente la teoría del enriquecimiento indebido por las deficiencias probatorias que impactan en el reclamo, ya que la actora no ha aportado prueba que acredite la efectiva realización de las mayores funciones que dice haber realizado.

Texto completo:

ACUERDO N° 62. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce días del mes de mayo 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: "FERNANDEZ CECILIA MABEL C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. Nº 4165/2013, 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. 9/13 la Sra. Cecilia Mabel Fernández, por apoderados, interpone demanda contra el Consejo Provincial de Educación. Solicita se ordene al organismo demandado que proceda a abonarle las sumas que dice le adeuda en concepto de subrogancia en el cargo desde enero de 2010 a diciembre del mismo año. Subsidiariamente, solicita que esas sumas sean abonadas por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa o a fuerza de equidad.

Indica que trabaja en el Consejo Provincial de Educación desde el mes de julio de 2008, y que si bien su ingreso en dicho organismo se hizo con el objeto de desempeñar tareas administrativas en el Distrito VIII, tuvo que firmar un contrato de "locación de servicios" y para cobrar su haberes debió facturar como monotributista.

Relata que desde el mes de julio de 2008 a diciembre de 2009, realizó tareas administrativas en la Dirección de Tesorería del Distrito VIII, atendiendo al público, preparando bolsines de documentación para enviar a algunas escuelas, llevando legajos de personal, notificando a los docentes con relación a pagos erróneos y reintegros.

Sostiene que en el año 2010, a raíz de renuncias, traslados y jubilaciones de agentes que realizaban tareas de mayor jerarquía en el Distrito se la designó a cargo de la División de Rendiciones y Pago, el que asumió en los primeros días del mes de enero de 2010.

Explica que a fines del año 2009 renunciaron a sus cargos al departamento de Tesorería la Sra. Alicia Colalongo y a la División de Rendiciones y Pagos la Sra. Analia Castro.

Dice que generadas las vacantes, el Director General de Distrito VII dispuso "destacar a cargo", lo que entiende como poner a cargo de estas tareas "a personal idóneo y capaz que conforman equipo conjuntamente con los agentes salientes", invoca el Acta Nº 1 del año 2010 del Libro de Actas de Distrito VIII de fecha 4 de enero de 2010.

Expresa que a partir de enero de 2010 estuvo a cargo del mencionado sector, con personal a cargo– entre tres y seis personas–, agregando que realizaba conciliaciones bancarias, llevaba el libro de rendiciones ante el Tribunal de Cuentas, llevaba expedientes de liquidaciones mensuales, realizaba otros emergentes como depósitos en caso de embargos judiciales, preparaba cheques, etc.

Asevera que cumplió funciones de mayor responsabilidad y jerarquía, pero se le siguió abonando como empleada en tareas administrativas básicas.

Afirma que en el año 2011 solicitó se le abone la subrogancia, sin obtener respuesta, por lo que tuvo que interponer amparo por mora en la administración en virtud de lo cual se le denegó su reclamo con fundamento en que el cargo se abona "solo a partir de la norma legal".

Relata los reclamos y recursos que debió presentar hasta agotar la vía administrativa a través del Decreto Nº 342/13, mediante el cual se le deniega el pago de la subrogancia.

Expone que en el acto administrativo mencionado reconoce los actos fundantes de su pretensión como así también que realizó las tareas competentes al cargo por el que reclama.

Rechaza el argumento de la demandada en cuanto al sometimiento voluntario al régimen de la locación de servicios por parte de la actora.

Explica que es la accionada quien incumple las normas que dicta al tomar personal bajo la figura de la locación de servicios aunque le asigne tareas idénticas al de los empleados de planta permanente.

Argumenta que no tuvo opción de someterse o no al régimen de locación de servicios, le fue requerido para acceder al cargo, y que sin contrato no hubiera cobrado absolutamente nada.

Invoca en forma subsidiaria la doctrina del enriquecimiento sin causa, con fundamento en los artículos 15 y 16 del Código Civil, solicitando se ordene el reembolso de las sumas por la cuales se vio empobrecida con el correlativo enriquecimiento de la administración.

Funda en derecho, adjunta prueba documental, efectúa liquidación provisional, y formula el petitorio.

II.- A fs. 26, mediante la R.I. 352/13 se declaró la admisión de la acción.

Luego, a fs. 28 la accionante formuló opción procesal por el trámite ordinario y ofreció prueba.

III.- A fs. 77/88 el Consejo Provincial de Educación contesta la demanda. Por imperio legal niega todos y cada uno de los hechos expuestos por la actora.

Indica que la Sra. Fernández se vinculó con el organismo en un primer lugar, bajo la modalidad de la contratación de locación de

servicios y luego fue designada como jefa de Departamento, ambos para prestaciones en el Distrito Regional VIII.

Continúa informando que se formó el expediente administrativo 5225-00460/2010, en fecha 20 de enero de 2010, denominado "aceptar renuncias a los cargos de Departamento Sra. Colalongo Alicia y a la División Rendiciones y Pago Castro Analia – Designar en reemplazo a los Agtes. Dr. Gómez Mario Esteban y Sra. Fernández Cecilia Mabel ambos pertenecientes al Distrito Regional VIII".

Que las mencionadas actuaciones fueron generadas ante la renuncia a cargos varios en el Distrito Regional VIII y fue suscripta por el Director General del área y elevada a la Coordinación de Distritos Regionales.

Menciona que allí se informó la renuncia de dos agentes e indicó que las personas a ocupar las vacantes serían: a) Departamento de Tesorería Gómez Mario Esteban, DNI ... – contratado – categoría FUA a partir del 1 de enero de 2010; b) División de Rendiciones y Pago, Fernández Cecilia Mabel, DNI ... – contratada categoría FUB a partir del 1 de enero de 2010. Luego las actuaciones fueron giradas a la Dirección General de Recursos Humanos del CPE con el visto bueno.

Explica que a fin de dar continuidad al trámite la Dirección de Asistencia Legal, de la Dirección General de Recursos Humanos, elaboró el proyecto de norma legal que en su artículo 1) excepciona el Decreto 2004/2008 en el artículo 2) acepta las renuncias y en el artículo 3) designa a partir de la fecha a los agentes División Rendiciones y Pago Cecilia Mabel Fernández.

Describe todo el giro del expediente hasta el dictado del Decreto Nº 2580/10 por el que se designa en la planta política a la aquí actora en el cargo de División, Rendición y Pago a partir del 29 de diciembre de 2010. Transcribe actos administrativos por los cuales se rechazó el reclamo de la demandante – Resolución Nº 1081/12 del Consejo y Decreto Nº 342/13.

En el apartado V del escrito de contestación de la demanda describe el procedimiento de nombramiento del personal dependiente del Consejo, enfatizando que el Acta Nº 01/2010 se trata de un acto afectado de un vicio grave.

Luego ofrece prueba, reserva el caso federal y formula el petitorio.

IV.- A fs. 99 se abre la causa a prueba la que producida se pone a disposición de las partes para alegar a fs. 275. A fs. 278 se agrega el alegato de la actora mientras que a fs. 280/288 obra agregado el alegato de la demandada.

V.- A fs. 289, se corrió vista al Sr. Fiscal General quien propició hacer lugar a la demanda (fs. 290/295).

VI.- A fs. 373 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones de resolver.

VII.- Detalladas las posiciones asumidas por las partes y, de acuerdo a como han sido estructurados los planteos, la cuestión a resolver queda circunscripta al abordaje del siguiente punto: el derecho al cobro por parte de la actora de diferencias salariales en concepto de subrogancia desde el mes de enero de 2010 hasta diciembre de ese año, por las mayores funciones que dice haber ejercido.

VII.1.- La actora invoca como fundamento de su pretensión el art. 44 de la Ley de Remuneraciones Nº 2265 y en subsidio los principios que rigen la teoría del enriquecimiento sin causa y la equidad.

La demandada, afirma que no se cumple con lo establecido en el art. 44 de la Ley de Remuneraciones Nº 2265, y que, tal circunstancia, sumada a que en el periodo que reclama aún no había sido designada, determinan la improcedencia de la acción.

VII.2.- En el caso, se encuentra acreditado que la actora suscribió con la demandada cinco contratos que se extendieron, el primero desde el 15 de julio al 31 de diciembre de 2008 (fs. 241); el segundo desde el 01 de abril al 30 de junio de 2009 (fs. 240), el tercero del 01 de agosto al 30 de septiembre de 2009 (239); el cuarto desde el 01 de octubre al 31 de diciembre de 2009 (fs. 238) y el último desde el 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010 (fs. 237).

Así, la Sra. Fernández, durante el período reclamado – enero a diciembre de 2010 - se encontraba vinculada con la accionada a través de un contrato de locación de servicio (ver fs. 237), suscripto conforme surge del propio texto en fecha 26 de febrero de 2010.

Al igual que se dispusiera en el resto de los contratos detallados, la Sra. Fernández fue contratada por la demandada para desempeñar tareas administrativas en la Dirección de Tesorería dependiente del Distrito Regional Educativo VIII Neuquén (CLAUSULA PRIMERA), con una carga horaria de 35 horas semanales (CLAUSULA SEGUNDA) y por la suma de $1.300 (pesos un mil trescientos) por mes (CLAUSULA QUINTA).

En consecuencia, dado los términos en que ha quedado trabada la litis y atento las constancias probatorias reseñadas, descarto que la cuestión pueda ser analizada bajo la figura de la subrogancia prevista en el art. 44 de la Ley de Remuneraciones, atento el carácter de contratada que revestía la actora, durante el periodo reclamado -01/2010 al 12/2010-.

La norma en cuestión, tutela la situación de "agentes" que cumplan reemplazos transitorios en cargos superiores. Es decir que se trata de un instituto aplicable en el ámbito de las relaciones de empleo público, y por tanto no alcanza a aquellos que se encuentran vinculados a la Administración bajo la figura de un contrato de locación de servicios, como es el caso de la accionante. No

obstante, vale continuar con el análisis.

La actora dice en su demanda que desde el mes de enero de 2010 hasta el mes de diciembre del mismo año, estuvo a cargo de la División de Rendiciones y Pago, de acuerdo a lo dispuesto por el Sr. Director General de Distrito Regional VIII, Lisandro Maggio quien mediante Acta Nº 1 del Libro de Actas del Distrito VIII, de fecha 04 de enero de 2010 dispuso "destacar a cargo" a la accionante en dicho sector (fs. 181).

Refiere que, a partir de allí, se incrementaron sus tareas, las que detalla en su demanda agregando incluso que tenía personal a cargo.

Ahora bien, de la prueba rendida surge que, a fs. 5 del expediente administrativo 5225-00460/10 el Director General de Distrito Regional VIII del CPE, por nota de fecha 06 de enero de 2010 solicitó a la Coordinación de Distritos Regionales la designación de la actora en el cargo de Jefe de División Rendiciones y Pago, atento la urgente necesidad de cubrir la vacante del cargo acaecida por la renuncia de la Sra. Analia Castro.

Si bien de dichas actuaciones se desprende que todo el trámite estuvo encaminado a la designación de la Sra. Fernández en el cargo de Jefe de División de Rendiciones y Pago, dicha circunstancia no acaeció hasta el dictado del Decreto Nº 2580/10 de fecha 29 de diciembre de 2010 (fs. 84/85).

Dicho decreto rescinde a partir de su dictado el contrato de locación de servicio suscripto entre las partes y procede a "DESIGNAR en planta política, a partir de la fecha del presente decreto…" a la actora en la División Rendiciones y Pago con categoría FUB.

Sentado ello, resulta relevante destacar que del análisis de los antecedente reseñados, surge que el cargo en cuestión –Jefe de División– formaba parte de la estructura orgánico funcional del Consejo Provincial de Educación aprobada por Decretos 1984/09, 1985/09. Ello se desprende del Decreto Nº 2325/09 por el cual designan a los funcionarios en los distintos cargos (ver fs. 07/09 del expediente administrativo).

En este contexto y tal como se viene perfilando las características del cargo que la actora dice haber ejercido por el periodo enero-diciembre 2010 y al que finalmente accediera a través del Decreto Nº 2580/10: 1) se trata de una Jefatura; 2) perteneciente a la estructura orgánico funcional del Consejo; 3) reviste carácter político.

En esta instancia cabe aclarar que la Ley 242 de creación del Consejo Provincial de Educación establece que es atribución de dicho cuerpo colegiado, disponer los nombramientos y las suplencias del personal administrativo del organismo (art. 9 inc. f).

En consecuencia, en base a esta premisa competencial, se advierte que la Dirección de Distrito, carecía de facultades para "destacar a cargo" a la actora en la Jefatura de División de Rendiciones y Pago.

Ello así en tanto, siendo la competencia en principio improrrogable, y no habiéndose acreditado en autos que la Dirección de Distrito se encontraba formalmente facultada para disponer éste tipo de medidas, el acto se presenta como inválido y por tanto ineficaz a los fines que se pretende.

Y es que el procedimiento de nombramiento de los agentes de la Administración, sea ésta centralizada o descentralizada, se presenta como reglado, lo que importa la necesidad de llevar adelante una serie de etapas previas –administrativas, presupuestarias e incluso legales- que los dotan de validez y eficacia.

VII.3.- Descartado entonces el reconocimiento de orden salarial con fundamento en el art. 44 de la Ley 2265, y dado que la actora acude al instituto del enriquecimiento sin causa, corresponde analizar si se encuentran reunidos los recaudos de procedencia para un reconocimiento de esa naturaleza.

Los requisitos para su procedencia, quedarán conformados a partir de la existencia del enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la contraria, una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, entrelazado todo ello, por la inexistencia de una causa que justifique el enriquecimiento de uno y el correlativo empobrecimiento del otro.

La CSJN tiene dicho que, los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa, deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también, que la carga de su prueba corresponde a la actora (Fallos, 292:97).

En este caso, a la luz de la actividad probatoria desplegada se advierte que la actora no ha aportado prueba que acredite la efectiva realización de las mayores funciones que dice haber realizado.

Así, con el objeto de acreditar su pretensión la actora optó por el procedimiento ordinario, ofreciendo prueba testimonial, documental e informativa.

De la prueba testimonial ofrecida surge aquella brindada a fs. 202/203, por el Director del Distrito Regional Educativo VIII, Lisandro Maggio. En su testimonio el funcionario expresa que la Sra. Fernández realizaba "tareas administrativas en rendición contable en el sector de tesorería en el Distrito Regional Nº 8…" y agrega que la misma "…ingresó con un contrato administrativo y con posterioridad… se la propuso en una división, la propuesta fue en enero de 2010 se propuso en la jefatura de división del sector y la norma legal salió en diciembre de ese año, sin cubrir el periodo entre enero y diciembre, es decir de diciembre en adelante,

estuvo cumpliendo la tarea desde enero…".

A fs. 206 obra la testimonial de Mario Gómez, también ofrecida por la actora, que durante el periodo reclamado, dijo desempeñarse como Jefe de Tesorería y que la Sra. Fernández, "se desempeñaba en tesorería en general y llevaba todo lo que era cuentas de haber reclamable, ese era su trabajo, rendición de expedientes también…".

A fs. 200 se agrega acta de declaración testimonial de la Sra. Analía Cecilia Castro, quien relató las tareas que la Sra. Fernández en calidad contratada mientras la testigo ocupaba el cargo de Jefe de División y Pagos y hasta su renuncia entre las que mencionó "atención al público, conciliaciones bancarias, armado de rendiciones de todo lo que es sueldos…", aclarando que "después no se en que sectores estuvo trabajando".

De los testimonios detallados, no surge en que consistían las mayores funciones en base a las cuales se reclama las diferencias salariales que se pretende.

Pero además, las tareas descriptas no aparecen como extrañas al objeto del contrato que regía a ese momento, el cual establecía "desempeñar tareas administrativas en la Dirección de Tesorería dependiente del Distrito Regional Educativo VIII Neuquén…" (CLAUSULA PRIMERA).

Igualmente, no se advierte un cambio sustancial entre las tareas que la actora desempeñaba cuando laboraba bajo las órdenes de la Sra. Castro – testigo ex responsable del sector– y aquellas que dice haber realizado a partir de que se la deja a cargo del mismo.

Con respecto a la certificación obrante a fs. 175, entiendo que la misma debe ser ponderada con mayor rigurosidad respecto de la restante prueba, en tanto se presenta expedida por el funcionario que tiene relación directa con el acto cuya validez cuestionada por la contraria y ponderada anteriormente, se presenta como invalido a los fines de acreditar las mayores funciones con el rigor que se exige, ante la ausencia de nombramiento emanado de autoridad competente.

El resto de la prueba documental e informativa producida en autos da cuenta del régimen contractual –contrato de locación de servicios- que regía la vinculación existente entre las partes entre el 15 de julio de 2008 hasta el 29 de diciembre de 2010 (fs. 237/241 y fs. 221/230) y la designación en el cargo de la actora dispuesta mediante Decreto Nº 2580/10, a partir del 29 de diciembre de 2010 (fs. 68/76, fs. 108 a 167).

En su demanda la actora señala que a raíz de las mayores funciones asignadas tenia personas a su cargo "…(entre tres y seis personas), realizaba conciliaciones bancarias, llevaba el libro banco de una de las cuentas (haber reclamable) realizaba rendiciones ante el Tribunal de Cuentas, armaba expediente de la cuenta sueldo, llevaba expedientes de liquidaciones mensuales, realizaba otros emergentes como depósitos en caso de embargos judiciales, preparaba cheques, etc…" (ver fs. 10). Ninguno de los testigos ofrecidos por la actora dio cuenta del personal que se encontraría a cargo de la misma. Tampoco se acreditó con debida constancia ninguno de los varios trámites mencionados rubricados por la Sra. Fernández en calidad de responsable "a cargo del sector".

En conclusión. En el sub lite la aducida prestación de pago servicios por mayores funciones de responsabilidad, no fue abonada por la prueba rendida en la causa.

No existe constancia en la causa que acredite que la accionante ejerció funciones diversas a las que de forma implícita se derivan del objeto del contrato, es decir funciones administrativas en la Dirección de Tesorería, órgano de quien depende jerárquicamente la División de Rendiciones y Pago.

Tal accionar omisivo, indefectiblemente deberá incidir en forma negativa sobre el reclamo incoado, adelantando en orden a ello, mi opinión, en el sentido de que la demanda no ha de prosperar.

Según resulta de lo hasta aquí expuesto, el fundamento preponderante de la acción, se limitó a la simple alegación de que se cumplieron mayores funciones, y como quedó visto, las limitadas pruebas corroborantes de tal situación, no alcanzan para acreditar la efectiva prestación que hoy reclama.

Habiéndose restringido el ofrecimiento probatorio al deficiente plexo probatorio antes reseñado, no cabe más que concluir que la actora no asumió la carga probatoria, que imponía su propio interés, aportando las pruebas conducentes para acreditar sus afirmaciones, toda vez que la prueba de los hechos invocados, debe darla quien tiene interés en afirmar su existencia, en cuanto le es favorable su efecto jurídico.

Esta imposibilidad se proyecta sobre los referidos recaudos formales del enriquecimiento indebido y determina la improcedencia de un reconocimiento en esos términos.

Es sabido, que las partes tienen la carga de aportar las prueba de sus afirmaciones o en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés.

En consecuencia, esta ausencia probatoria sobre la efectiva realización de las mayores tareas de responsabilidad por parte de la actora impone el rechazo de la pretensión de reconocimiento de suma alguna en virtud de la teoría del enriquecimiento sin causa.

VIII.- Por estos motivos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda impetrada. En cuanto a las costas, entiendo que deberán ser soportadas por el actor vencido (art. 68 del C.P.C. y C. de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: Comparto los argumentos desarrollados por el Dr. Ricardo Tomás Kohon, por lo que voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR en todas sus partes la acción interpuesta por la Sra. Cecilia Mabel Fernández; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C. de aplicación supletoria en la materia); 3°) Diferir la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas para ello; 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ – Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"GARRIDO LUIS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superiro de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2755/2009) – Acuerdo: 72/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad del Estado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALTA DE SERVICIO. INGRESO A ESTADIO. PERSONAL POLICIAL. TUMULTO. DISPERSION. POLICIA MONTADA. VALORACION DE LA PRUEBA. ACCIONAR POLICIAL.

No resulta procedente reparar los daños y perjuicios que el actor dice haber sufrido como consecuencia de la omisión "falta de servicio" que le imputa al estado provincial en oportunidad de ser atacado por efectivos de la policía montada cuando concurrió al Estadio Ruca Che a los fines de realizar los trámites para obtener la tarjeta magnética necesaria para el cobro del Seguro de Desempleo que le otorgaba el Gobierno Provincial, y fue allí que se produjo una sorpresiva huida y corrida generalizada de los beneficiarios del plan debido a un súbito tumulto, lo cual provocó la intervención policial que lo afectó. Ello es así, por cuanto el elemento esencial para la configuración de la responsabilidad aludida, es el carácter irregular o deficiente de la prestación del servicio. Este elemento debe ser corroborado mediantes pruebas claras y concretas, que permitan concluir firmemente que en el caso existe responsabilidad estatal. En definitiva, no se logra visualizar con la nitidez necesaria la configuración del elemento central de la responsabilidad estatal, es decir, la alegada irregularidad del actuar policial.

Texto completo:

ACUERDO N° 72. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintitrés días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los

Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "GARRIDO LUIS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. n° 2755/2009, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 10/16 se presenta el actor LUIS GARRIDO, mediante apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Solicita que se haga lugar a una indemnización por los daños y perjuicios que dice haber sufrido, cuyo monto será fijado en virtud de la prueba a producirse, con más los intereses gastos y costas del juicio.

Relata que el día 25 de noviembre del año 2003, concurrió al Estadio Ruca Che debido a la convocatoria pública que se había efectuado desde el Poder Ejecutivo Provincial, a los fines de realizar los trámites para obtener la tarjeta magnética necesaria para el cobro del Seguro de Desempleo que le otorgaba el Gobierno Provincial.

Explica que asistió con su hermano Pablo Roberto Garrido, al igual que lo hicieron cientos de beneficiarios de los planes para desocupados enmarcados en la Ley 2182.

Indica que cuando se encontraba haciendo la cola correspondiente para inscribirse en el padrón, sorpresivamente empieza una corrida y huida generalizada de los beneficiarios del plan, dado que integrantes de la Policía Provincial comienzan a dispersar a quienes se encontraban en la zona. Señala que para ello utilizaron, en principio, armas no letales como gases lacrimógenos, armas de fuego con perdigones de posta de goma y carros hidrantes, derivando en una represión generalizada e indiscriminada.

Relata que la situación para los ciudadanos que se encontraban allí era desesperante, pues no había escapatoria para la violencia, gases y balas que tiraban sin miramientos los efectivos policiales.

Describe que él y su hermano intentaron irse de la zona a un lugar seguro, cuando fue encerrado por efectivos policiales que se transportaban en caballos.

Afirma que fue atacado por estos efectivos, que cayó al suelo, y que una vez allí un efectivo policial utilizó el caballo para pasar por encima suyo. Dice que cuando intenta pararse, es nuevamente golpeado por un caballo en el pecho, y pisado por dos caballos más, conducidos por miembros de la Policía Provincial. Indica que su hermano, Pablo Roberto Garrido se encontraba a una distancia de aproximadamente 10 metros.

Relata que luego del ataque los efectivos se alejan del lugar, y él queda malherido tirado en el piso casi inconsciente. La situación fue observada por su hermano, quien busca ayuda y logra que un ciudadano lo transporte en vehículo hasta el Hospital Heller.

Describe que una vez en el hospital, es atendido de urgencia y diagnosticado con quebradura de humero y desplazamiento del hombro izquierdo. Señala que fue derivado al Hospital Castro Rendón donde es enyesado y que así permaneció 90 días. Dice que al serle quitado el yeso a los 90 días, los médicos vuelven a enyesarlo por 60 días más.

Indica que durante todo ese tiempo, se vio imposibilitado de hacer fuerza y movilizar su brazo, lo que le implicó la imposibilidad de hacer muchas cosas.

Afirma que al momento de suceder el hecho, se encontraba realizando trabajos de albañilería, al modo de las llamadas "changas", y estaba terminando de construir con sus propias manos su hogar. Remarca que al momento del suceso convivía con su esposa y su hijo N. Á. G. de tan solo dos años de edad.

Alega que a raíz de la lesión sufrida y de la imposibilidad de movilizar su miembro superior izquierdo, debió abandonar los trabajos de albañilería que estaba realizando y suspender la construcción de su vivienda. Señala que la imposibilidad de trabajar se extendió por más de 12 meses, primero por estar enyesado, y luego por la imposibilidad de hacer trabajos forzosos pues el dolor se lo impedía.

Dice que debió sobrevivir con solo $150, que tuvo la necesidad de pedir ayuda a sus familiares, y que todo ello significó una enorme angustia. Señala además que la imposibilidad de terminar la casa, implicó que debiera vivir con su familia en condiciones nefastas, en una casilla dentro del terreno y que recién un año después pudo terminar su casa.

Manifiesta que en la actualidad, si bien recuperó la movilidad del brazo, tiene profundos dolores cuando hay humedad, cuando hace frio y también cuando hace fuerza. Dice que al ser albañil, ello implica que realice su trabajo con constante dolor y molestia del brazo lesionado.

Denuncia que se constituyó en parte querellante en la causa que investiga los hechos delictivos de los que fue víctima con otras nueve personas que fueron heridas por parte del personal policial en la represión del 25 de noviembre de 2003, IPF 19531/3 IPF 19665/3 "Pedrero Mariano s/ denuncia –Hechos Ruca Che".

Luego, critica el Decreto del Gobernador que rechaza su pretensión en sede administrativa.

Indica que la responsabilidad del Estado Provincial surge claramente por haber sido quien convocó a los beneficiarios del subsidio a concentrarse en dicho lugar. Sostiene que la provincia intervino activamente para generar la situación: la concentración de gente

y la posterior represión.

Dice que fue un evento organizado por la Provincia, al que se le puede efectuar un paralelismo con un evento deportivo o espectáculo artístico, que se ve agravado por la casi obligatoriedad de asistir, dado que si dejaba de ir perdía la posibilidad de acceder al beneficio por su situación de desempleo.

Indica que la responsabilidad de la Provincia, a su vez, deriva de la correspondiente al principal por el hecho del dependiente y cita el art. 1113 del código Civil actualmente derogado. Señala que a ello debe agregarse que el Estado, al ejercer el monopolio de la fuerza pública, y al delegar el ejercicio concreto en los efectivos policiales, los provee de armas y elementos, en este caso caballos, que fueron utilizados para atropellar y pisar a una persona.

Sostiene, con citas, que se causó un daño en virtud de un delito del derecho criminal y que el Estado debe responder aunque la actitud del dependiente implique una desobediencia a las instrucciones dadas, y hasta en el caso de abuso de la incumbencia.

Alega que la incumbencia, función o tarea encomendada por la Provincia de Neuquén a los funcionarios policiales que utilizaban los caballos con los cuales atacaron, pisaron y lesionaron de gravedad a la víctima, se encuentra íntimamente vinculada con el daño causado, pues esa tarea, por lo menos, facilitó la comisión del evento ilícito, siendo una condición sine qua non del mismo.

Dice que la conexidad entre el daño y la función de los agentes policiales es evidente, dado que si los policías –en ejercicio de sus funciones- no hubieran utilizado los caballos que les otorgó el Estado, no hubieran podido cometer el accionar ilícito, por el cual Garrido es lesionado, es decir, el daño no hubiera ocurrido.

Concluye que se trata de un hecho que tuvo lugar con ocasión de la función pública desempeñada por sus autores, facilitado por el suministro de los caballos que fueron el medio por el cual los autores del ilícito dañan a Garrido, por lo que resulta evidente que sea el Estado quien debe responder.

Ingresa en el tratamiento de los daños. Alega que el daño físico generado, más allá de las secuelas y la incapacidad resultante, le produjo un lucro cesante durante el año que tardó en recuperar la movilidad del brazo. Señala que se vio imposibilitado de trabajar, más aún, siquiera estaba en condiciones de buscarlo, máxime cuando su oficio es de albañil.

Estima el daño por lucro cesante en la suma de $7.800, lo que es el resultado de multiplicar el salario mínimo vital y móvil por los 12 meses que insumió su recuperación.

Se refiere al daño físico sufrido. Dice que atento a los hechos narrados y la prueba aportada, surge con claridad el daño físico sufrido, que en la actualidad se manifiesta por dolores en el brazo cuando hay humedad y sobre todo, cuando hace fuerza. No estima el rubro.

Finalmente, indica que sufrió daño moral y realiza citas doctrinarias sobre el concepto.

Ofrece prueba, funda en derecho y peticiona que se haga lugar a la demanda.

II.- A foja 25 y vta., por medio de la RI N° 170/2010 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario a fs. 30, se corre traslado de la demanda.

IV.- A fojas 36/38 la Provincia del Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de las negativas de rigor, desconoce la documental acompañada y expone su versión de los hechos.

Afirma que lo acontecido dista enormemente de lo relatado por el actor, en tanto que lo sucedido ha sido en el complicado marco creado por un grupo de manifestantes entre los que se encontraba Garrido, quienes a más de la cuestión que los hubiera congregado ab initio, degeneraron su protesta en violencia y agresión.

Señala que mediante la alteración por los manifestantes del orden público y la paz social, exaltados y violentos, se impuso modificar la actitud preventiva del personal policial que se encontraba allí, con el fin de procurar el cumplimiento de su deber, esto es, recomponer y garantizar la tranquilidad y seguridad alterada por ese grupo, entre los que como reconoce el mismo actor, se encontraba participando activamente Garrido.

Relata que en oportunidad de intentar el personal policial cumplir con la manda legal en debida forma, intentando evitar el confrontamiento, pero firme en cuanto a la procura del cese de la violencia que recibiera por parte de estos grupos, es que se produce la disgregación de los atacantes y con ello diferentes focos móviles de la violencia, en los que los manifestantes luego de agredir al personal policial, comienzan a intentar escapar, corriendo en autos y bicicletas. Relata que en este marco, la policía debe movilizarse para proceder a los arrestos de los delincuentes, siendo este el caso de Garrido, que no se detuvo frente a la reiterada vos de alto.

Alega que se deberá merituar la función y el deber, para el caso, de la policía provincial, de prevenir el delito, detener a los delincuentes, y de garantizar, mantener y restablecer el orden y la paz social. Argumenta que no se advierte falta alguna de la fuerza, en tanto que su actuación, en las circunstancias de público conocimiento, surgen evidentemente avaladas y justificadas por

la ley, máxime cuando de pensarse que si nada hubiere hecho la policía ante los disturbios de los manifestantes, ello hubiera generado una omisión del deber del funcionario público.

Dice que por el contrario, el actuar oportuno y legítimo de la autoridad policial puso fin al desorden, y que ninguna reparación civil puede contemplarse en el caso de autos, en tanto el accionar apegado a la ley no hace más que eliminar toda pretendida ilicitud en el obrar de los dependientes de esta parte, como así toda culpabilidad en sus consecuencias.

Afirma que la intervención policial no solo fue obligada por los propios manifestantes violentos, sino que además al momento de procurarse su detención, intentaron escapar dándose a la fuga.

Alega que reprochar a la fuerza policial responsabilidad en el caso, representa un absurdo, eliminando toda autoridad de la única fuerza –legal y legítima-, de seguridad, dando no solo vía libre a la delincuencia, sino también, legitimando un peligroso mecanismo cual es el de la resistencia a la autoridad.

Afirma que sin perjuicio del lamentable saldo de las heridas del actor, lo cierto es que ello no puede encontrar favorable acogida en esta instancia jurisdiccional, desde que fue el mismo Garrido quien atacara a las fuerzas policiales, siendo su propia y libre voluntad la que lo llevara a desoir la voz de alto y darse a la fuga, persistiendo en su intento por escapar, y con ello obligando al uso por la fuerza policial de los medios legales con que cuenta para la aprehensión de delincuentes. Argumenta que el caso debe decidirse conforme lo manda la ley para los casos donde la culpa de la víctima es causa eficiente y excluyente en la producción del resultado dañoso.

Sostiene que si bien las consecuencias físicas tenidas por Garrido han sido no queridas por nadie, si debieron necesariamente haber sido pensadas y psíquicamente representadas en el hoy actor, al momento de disponerse a manifestarse violentamente, desoir y escapar de la autoridad policial.

Concluye que si alguna lesión o daño fue padecida en esas circunstancias por el actor, eso reconoce único y exclusivo origen en el actuar de la propia víctima, y con ello único responsable.

Ofrece prueba, expresa desinterés en la pericial médica y psicológica, y solicita el rechazo de la demanda.

V.- A fs. 48 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 136.

A fs. 145/149 obran los alegatos producidos por la parte actora.

VI.- A fs. 151/158 dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia el rechazo de la demanda.

Indica que más allá de que la actora esgrime diferentes factores de atribución específicos, el marco general es el propio de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por eso, debe dilucidarse si la actuación de la Policía en el contexto, puede reputarse como ilícita.

Señala además, que la solución del caso demanda de un sustento probatorio que permita establecer cómo sucedieron los hechos, sobre los que existen relatos contrapuestos.

Luego del análisis de la prueba aportada, no encuentra acreditada la desproporcionalidad o desmedida de dicho accionar policial frente a la agresión y resistencia a la autoridad por parte de los manifestantes, entre los que se encontraba el actor, interpretando que no fue más allá de la medida de necesidad.

VII.- A fs. 165 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

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

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

Se trata de una responsabilidad directa, porque la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; 330:2748; 331:1690).

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

Como se afirmara en el Acuerdo 100/16 debe remarcarse que el elemento esencial para la configuración de la responsabilidad bajo análisis, es el carácter irregular o deficiente de la prestación del servicio, lo que debe ser corroborado mediantes pruebas claras y concretas, que permitan concluir firmemente que la imputación del daño es consecuencia de un actuar estatal que compromete su responsabilidad.

Bajo estos lineamientos, corresponde determinar si la accionada ha incurrido en un cumplimiento defectuoso o irregular de sus funciones, sin perjuicio de la presencia de los restantes extremos que deben reunirse para que proceda la pretensión (Fallos: 320:266; 325:1277; 328:4175; 334:376 y sus citas).

IX.- No se encuentra controvertido en autos, que el 25 de noviembre del 2003, en inmediaciones del estadio Ruca Che, acontecieron hechos de conmoción social que involucraron a manifestantes y agentes policiales.

En este contexto, y sin perjuicio de los relatos dispares de las partes en cuanto a las circunstancias que rodearon el hecho, el actor resultó herido con una fractura del antebrazo izquierdo. De ello da cuenta el Expediente IPF 19531/03 a fs. 14, 20, 411 y 469 vuelta, lo que resulta concordante con la pericial médica obrante a fs. 119.

El actor alega que la quebradura de su brazo fue consecuencia del obrar abusivo de los agentes policiales, en tanto que en ocasión de intentar irse de la zona en la que se produjeron los disturbios, fue atacado por efectivos a caballo, que lo tiraron al suelo y pasaron por encima de él (ver. Fs. 11).

La demandada, respecto al hecho concreto, se limita a negarlo y luego refiere a las circunstancias que rodearon los acontecimientos generales, que entiende que justificaron el uso de la fuerza por parte de la Policía Provincial para restablecer el orden y la paz social.

Como es sabido, quien alega algo debe probarlo, y el aquí actor para acreditar su versión de los hechos, ofrece el expediente penal, prueba testimonial e informativa.

Del expediente penal, se observa que a fs. 28 obra un informe policial que da cuenta de los disturbios de aquel día, en ocasión de darse inicio a las actividades llevadas a cabo por el B.P.N en el Estadio Ruca Che, para el reempadronamiento de los beneficiarios de los planes asistenciales sociales.

Allí se describe, que aproximadamente a las 8 horas, arriba un grupo de aproximadamente 25 o 30 personas, que portaban gorras con las siglas M.T.D, y que comienzan a manifestar su oposición al reempadronamiento. Luego se indica que “el grupo de personas, influenciados por los que lideraban comienzan a impacientarse e impedir que se continúe trabajando con la gente que se encontraba dentro de las globas, algunos integrantes de esta grupo ingresan a las globas, desarman las mesas que hacían de escritorios, arrojándolas hacia el piso y desparramando papeles y demás elementos que habían sobre las mismas, interviene el personal policial para hacer cesar esa acción y evitar daños, logrando que el grupo se retire hacia la parte externa de las globas. Minutos después se agregan otras personas a este grupo quienes colocan cuatro cubiertas de automóviles en el sector de ingreso e intentan encenderlas”. Más adelante, se describe que “otros integrantes del grupo M.T.D comienzan a arrojar piedras hacia el interior del recinto de globas…”, y que “comienzan a recibir piedras, que le arrojaban los manifestantes al personal policial convencional alcanzando también a las personas civiles allí presentes y operarios del BPN; es allí que el grupo de disuasión inicia actividad de dispersión de esos manifestantes a la vez que se inician duros enfrentamientos del personal policial con los manifestantes generalizándose los disturbios en cercanías del Estadio Ruca Che (…) con la finalidad de dispersar a los manifestantes, posteriormente y ante la gran magnitud de los disturbios que se continúan suscitando y que continúan arribando refuerzos policiales para repeler las mismas, se generalizan los enfrentamientos en diversos focos en cuanto a su ubicación geográfica, pero siempre en cercanías del Estadio Ruca Che…”. Se describen numerosos disturbios, que incluyen daños materiales a distintos comercios, robo de mercadería, daños materiales de vehículos y robos a domicilios particulares (ver también fs. 26, 69, 493, 497, 500).

En las fojas siguientes se detalla el resultado de manifestantes heridos (también a fs. 14 y 20), al igual que de agentes policiales (ver asimismo fs. 102/106), describiéndose varios enfrentamientos entre estos dos grupos que involucraron móviles policiales, unidades hidrantes, policía motorizada y montada.

A fs. 456, concordante con el informe policial de fs. 28, el coordinador del reempadronamiento del BPN, explica que al inicio de la actividad ocurren una serie de reacciones verbales dentro de la globa, en la que un grupo de personas manifestó su disconformidad con la modalidad de reempradronamiento. Que si bien hasta ahí los incidentes eran solo verbales, luego se acercó “un grupo numeroso de personas con bombos, gomas, se ubicaron en la entrada de la globa, que ahí la policía comenzó a tratar de sacarlos, que la policía actuaba por orden de un superior que había en el lugar, tuvieron que desalojar la globa por el riesgo de combustión. Que quienes habían realizado el piquete se resistían por lo que la policía los tuvo que sacar por la fuerza. Que ahí hubo una corrida generalizada, por el fuego, piedras que tiraban hacia las globas…”

A lo largo de las actuaciones, se agregan numerosas testimoniales que refieren a los incidentes, prestadas por manifestantes, vecinos y agentes policiales. En su mayoría refieren a la actitud de los manifestantes y al uso de armas antitumultos por parte de la policía, siendo coincidentes en la situación de caos general que se produjo, y la corrida de personas consecuente (ver fs. 123, 136, 137 vta, 265, etc).

Asimismo, a fs. 39/45 y 140/142 se agregan fotos de los hechos, que evidencian corridas de personas y enfrentamientos violentos entre los manifestantes y la policía.

Recordemos que como se reseñara en el Acuerdo 100/2016, la Ley Provincial 715, en su art. 28 inc. b), dispone que el personal policial tiene la obligación de "Adoptar, en cualquier lugar y momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su comisión".

En igual sentido, la Ley 2801 en su art. 1 establece que la Policía de la Provincia de Neuquén es la institución que tiene a su cargo el mantenimiento del orden público y la paz social; y su art. 7 dispone que la policía de seguridad tiene como función, esencialmente, el mantenimiento del orden público, la preservación de la seguridad pública, y la prevención del delito.

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

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

Como puede repararse, las circunstancias de grave perturbación de la paz social, justificaron el uso de la fuerza por parte de los agentes policiales que tienen a su cargo el restablecimiento del orden en situaciones como la ocurrida.

En este sentido, la prueba informativa incorporada al presente expediente (fs. 75/81), da cuenta de la situación vivida en las inmediaciones del estadio Ruca Che aquel día, e informa sobre los civiles y policías heridos, saqueos, robos, piquetes, marchas, el temor de los vecinos, la afectación del transporte público, etc. Hasta aquí, debe afirmarse que el uso de la fuerza por parte de la Policía Provincial se advierte como justificado, y más aún, como el cumplimiento de un deber esencial de la Institución.

Ahora bien, más allá de que en el contexto en el que se desarrollan los hechos, de manera general y con la prueba aportada a la causa, no se advierte en principio una irregularidad en la actividad policial; el actor describe un hecho individual para con su persona que configuraría un actuar irregular por parte de las fuerzas estatales.

El Sr. Garrido sostiene que en la situación de "huida" en la que se encontraba como consecuencia de la violencia suscitada, fue atacado y atropellado por la policía montada.

Veamos qué prueba se aporta sobre la actividad de la Policía montada en las presentes actuaciones.

A fs. 48 y 355 del expediente penal obran informes sobre la policía montada que participó en los acontecimientos, enumerándose los agentes y los caballos, de dónde surge que un jinete sufrió lesiones con un elemento contundente en el ojo izquierdo, sin que se especifiquen otros hechos.

Por otro lado, se agregan testimoniales que se limitan a mencionar la presencia de la policía montada en el lugar, sin brindar datos específicos (ver fs. 127 vuelta, 281 vuelta, 284 vuelta)

A fs. 361 de las actuaciones penales se agrega declaración de un agente de la policía montada que describe la presencia de ese grupo de la fuerza en el hecho y manifiesta que concurrieron al lugar a las 9:30 horas aproximadamente, y que se ubicaron detrás del personal de a pie, y que alrededor de las 15 horas fue lesionado uno de los caballos "Raihuen" por lo que se ordenó retirar a la totalidad del personal del grupo, replegándose al predio. Luego explicó que "el personal montado es llevado con una doble función, que produzca un impacto psicológico en la gente, y permanecer al margen con los caballos (…) más que nada para intimidar y persuadir a la gente que desista de su actitud violenta".

Como puede repararse, de las actuaciones penales referidas no surgen pruebas contundentes en relación al hecho concreto descripto en la demanda.

Por otra parte, tampoco surge algo relacionado al hecho individual en las notas periodísticas a las que se hiciera referencia más arriba.

Finalmente, queda por analizar la prueba testimonial incorporada. El actor ofrece como testigos a su hermano y a su pareja.

Esta última, Nancy Elisabet López (fs. 91), manifestó tener interés en que el Sr. Garrido gane el juicio y señala que no fue testigo presencial del hecho.

Por su parte, el testimonio del Sr. Pablo Roberto Garrido, obrante a fs. 89/90, refiere que él y su hermano salieron "corriendo por Godoy para la calle Avda. del Trabajador y aparece la policía a caballo y nos encararon a nosotros. Yo alcancé a disparar para un lado, mi hermano para el otro. En la calle República de Italia y Godoy había un descampado que tenía entrada por República de Italia pero no tenía salida. Mi hermano corre hasta que lo alcanzan. Eran dos policías a caballo que lo seguían a él. A mí no me

siguieron. Uno con algo le pegó o lo choca, ahí mi hermano cae y lo pisaron hasta que se casaron. Cuando yo veo que lo tiran vuelvo corriendo para donde estaba él."

No obstante estas declaraciones, teniendo en cuenta todas las pruebas arrimadas a la causa, lo cierto es que la declaración de un único testigo relacionado consanguíneamente con el actor, no basta para tener por acreditado el hecho invocado.

Repárese que las afirmaciones del testigo único, además de provenir de su hermano, no son acompañadas por ningún otro medio probatorio, lo que impone que deba ser analizado con estrictez y en el marco de la especial responsabilidad que se le imputa a la demandada.

La escasez de prueba respecto al hecho concreto, conjugado con la extensa prueba en torno a la justificación del uso de la fuerza por parte de la Policía Provincial en los acontecimientos que rodearon el hecho y la presunción de legitimidad de la actividad estatal que caracteriza el ámbito contencioso administrativo, llevan al rechazo de la demanda.

En definitiva, no se logra visualizar con la nitidez necesaria la configuración del elemento central de la responsabilidad estatal, es decir, la alegada irregularidad del actuar policial.

X.- Las costas del pleito se imponen a la actora perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). TAL MI VOTO.

La señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: comparto la solución a la que arriba el Dr. Kohon, como así también su línea argumental, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por el Sr. LUIS GARRIDO contra la PROVINCIA DEL NEUQUÉN; 2º) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 C.P.C. y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

DR. RICARDO TOMÁS KOHON - DRA. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"FIGUEROA ILDA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2829/2009) – Acuerdo: 75/17 – Fecha: 23/05/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Donación.

REVOCACION DE LA DONACION. DONACION CON CARGO. INMUEBLE DESTINADO A ESPACIO VERDE. ORDENANZA. DESAFECTACION. INCUMPLIMIENTO DEL CARGO. PRESCRIPCION DE LA ACCION. PLANO QUINQUENAL. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Se encuentra prescripta la acción instaurada a fin de obtener la revocación de la donación de un inmueble cedido al municipio por haber incumplido el cargo impuesto (destinarlo a espacios verdes), pues han transcurrido 29 años desde que se desafectara –mediante la Ordenanza 4696/90- como espacio verde y además el incumplimiento se patentizó por hechos públicos y notorios –construcción de un gimnasio comunitario y un estadio- ocurridos 12 años antes de que la actora patentizara su reclamo – el administrativo en el año 2008 y la interposición de la

demanda en el año2009-, por lo tanto no resulta razonable que se le habilite el ejercicio de la acción, cuando fue su propia indolencia en reclamar la que contribuyó grandemente a profundizar el daño que reclama. Consiguientemente, y establecido que resulta de aplicación el plazo de cinco años previsto en la Ordenanza Municipal 1728 (art. 191), considerando que el término para reclamar la devolución de las tierras comenzó a correr a partir de la promulgación de la Ordenanza 4696/90 o adoptando una postura más favorable a la actora, a partir de las construcciones mencionadas por la actora – construcción del gimnasio comunitario y la del estadio iniciada en el año 1997-, lo que patentizó el incumplimiento del fin público de la donación efectuada, corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción opuesta por la comuna demandada y por los terceros citados y, en consecuencia, desestimar la demanda.

Texto completo:

ACUERDO N° 75. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintitrés días del mes de mayo 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 MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "FIGUEROA ILDA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N°2829/09, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 136/144 se presenta la Dra. ... en su carácter de apoderada de CYCOPP S.R.L. en liquidación y promueve acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén. Intenta que se declare la inexistencia, por razones de ilegitimidad, de las Ordenanzas Nro. 10.338 y 10.765 y de todos los actos administrativos dictados, celebrados o aprobados en su consecuencia y que -previa revocación de la donación efectuada por su parte- se condene a la demandada a restituirle los inmuebles (individualizados como lote 5 de la chacra 164 –lotes 5 A, 5 B y 5 C de la Chacra 164, NC 09-21-68-0072; 09-21-68-0184 y 09-21-68-0194 respectivamente) por incumplimiento del cargo impuesto (espacios verdes).

En subsidio y para el caso de que la revocación de la donación y restitución de inmuebles resulte de imposible cumplimiento, solicita se le otorgue una indemnización equivalente al valor real actual de las tierras.

Relata que su representada, actuando como entidad intermedia, dio origen a un plan de ahorro previo para la compra de viviendas que se denominó "Plan Viviendas Neuquén 1979" y para ello, se subdividieron y lotearon las chacras 149 y 164 de propiedad de CYCOPP S.R.L.

Agrega que el loteo contó con la debida cesión de reserva fiscal y espacios verdes prescripta por Ordenanza 1361.

Expresa que para dar cumplimiento a la ordenanza 1361, CYCOPP S.R.L. dispuso parte de la chacra 164, la que fue dividida en 7 lotes, dos de los cuales fueron cedidos al Municipio; así el Lote 4 fue cedido como reserva fiscal y el lote 5 para espacios verdes.

La donación del lote 5 de la chacra 164 (ubicado sobre calles Antártida Argentina, Moritán, Casilda y Concordia) se llevó a cabo en el Expte. 2318-0550/81.

Menciona que, dadas las características áridas de la zona, su parte consideró oportuno ceder una fracción superior al porcentaje establecido en la Ordenanza Municipal para ser utilizada como espacio verde.

Dice que, con posterioridad a la donación, la Municipalidad mediante Ordenanza 4083/89 otorga permiso de uso y ocupación del lote 5 de la Chacra 164 a A.M.E.N. -para ser utilizado exclusivamente con fines deportivos- y luego por Ordenanza 4261/89 añade la opción de compra.

Relata que, en el año 1994, cambia el titular del permiso de uso y se autoriza a la Fundación Cristiana del Deporte a la ocupación y uso con fines deportivos.

Esta última solicita al Municipio la venta del inmueble (conforme a opción de compra establecida en Ordenanza 4083/89) y, por Escritura Nro. 95, se formalizó la venta del lote 5 de la Chacra 164 a favor de la fundación Cristiana del Deporte por la suma de $117.327.

Continúa su relato y expone que, mediante Expte. 2756-1108/97 la Fundación Cristiana del Deporte subdivide el lote 5 de la chacra 164 en tres nuevos lotes (5 A, 5 B y 5 C); detalla que los lotes 5A y 5C continúan siendo propiedad de la Fundación Cristiana del Deporte aunque el último fue comprometido en venta a Emprendimientos Culturales y Deportivos Neuquinos Sociedad del Estado.

El lote 5B, según afirma, fue vendido por la Fundación Cristiana a la Provincia del Neuquén, para la construcción del Polideportivo Ruca Che, aclarando que si bien la construcción se inició en el año 1997 la venta se formalizó en el año 1999.

Por último relata que, con posterioridad a la venta, la Fundación Cristiana peticiona al Concejo Deliberante el levantamiento del cargo de "espacios verdes" y en el año 2005 mediante Ordenanza 10338 se levanta el cargo de espacios verdes que gravaba los lotes 5A y 5B. Luego, como el Lote 5C fue comprometido en venta con fines de espectáculos públicos solicitaron al Concejo Deliberante el levantamiento del cargo "espacios verdes" y, mediante ordenanza 10765, se levanta el cargo que gravaba el lote 5C.

Indica que el 4 de marzo de 2009, presentó reclamo administrativo impugnando las Ordenanzas 10338 y 10765, solicitando el cumplimiento del cargo impuesto y en su defecto indemnización (que tramitó bajo Expte. CD-003-I-09); luego presentó pedido de pronto despacho y, ante el silencio guardado, consideró denegado tácitamente su reclamo y dio inicio a la presente causa.

Concluye que las ordenanzas impugnadas son ilegítimas porque al reformar el destino que la Ordenanza 1361 tenía para los espacios verdes, muta el fin de la cesión y deviene en confiscatorio el accionar de la Municipalidad violando lo dispuesto por los arts. 12 y 13 de la Constitución Provincial y art. 14 de la Carta Magna Nacional. Señala además que, el levantamiento del cargo impuesto no le fue notificado.

Sostiene que dado que el cargo "espacios verdes" no solo no se ha cumplido, sino que por haberse realizado obras de envergadura –estadio Ruca Che y una Escuela- con otra finalidad, se ha tornado de imposible cumplimiento.

En base a ello, entiende que corresponde revocar la donación del inmueble identificado como Lote 5 de la chacra 164 –lotes 5A, 5B y 5C- por incumplimiento del cargo de espacios verdes.

Solicita que se cite como terceros a la Fundación Cristiana Neuquén Oeste y a la Provincia de Neuquén. Funda en derecho y expone su petitorio, solicitando se haga lugar a la demanda incoada en todas sus partes, con costas a la contraria.

II.- A fs. 153, mediante R.I. Nro. 2/10, previo dictamen fiscal (fs. 151), se declara la admisión del proceso.

A fs. 162/163 la actora ofrece prueba y opta por el proceso ordinario. A fs. 164 se ordena correr traslado de la demanda a la Municipalidad de Neuquén y al Sr. Fiscal de Estado por el término legal.

III.- A fs. 171, se presenta la Sra. Ilda Figueroa por apoderada y denuncia que CYCOPP S.R.L. ha cedido a su favor los derechos litigiosos de la presente causa mediante escritura pública –que en copia acompaña -y solicita se la tenga por parte.

A fs. 172 se tiene presente la cesión efectuada y se ordena notificar la misma junto con el traslado de demanda ordenado.

IV.- A fs. 188, toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos del art. 1 de la ley 1.575.

A fs. 190/196 obra contestación del Municipio, quien solicita el rechazo de la acción con costas a la parte actora.

Luego de una negativa general de los hechos expuestos por la actora, indica que la demanda es improponible dado que el objeto de la pretensión de la actora es que se declare la inexistencia de las Ordenanzas Municipales nros. 10.338 y 10.765, sin denunciar un solo vicio en los términos del art. 45 de la Ordenanza 1.728 y sin considerar que la declaración de inexistencia es para actos administrativos y no para Ordenanzas; en tal sentido sostiene que la vía adecuada hubiera sido la establecida por la ley 2130.

Luego, en cuanto a la revocación de la cesión del porcentaje cedido, opone excepción de prescripción.

A tal fin, argumenta que la actora dice que la cesión tramitó bajo expediente administrativo 2318-0550 del año 1981 y que luego de 8 años, considerando que el desarrollo urbano es dinámico, se sancionaron las Ordenanzas nro. 4083/89 y 4261/89 que modificaron los espacios cedidos conservándose la superficie o lugares para recreación y esparcimiento de los ciudadanos de ese sector de la ciudad.

Resalta que tales ordenanzas no pueden ser desconocidas por la actora desde que fueron debidamente publicadas.

Concluye que atento a que han transcurrido 30 años desde la cesión, los plazos de prescripción establecidos en el art. 191 de la Ordenanza 1.728 se encuentran cumplidos.

Por último se opone a que se tenga por parte a la Sra. Ilda Figueroa y solicita que en todo caso se le de intervención en el carácter de tercero interesado.

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

V.- A fs. 197, en los términos del art. 50 de la Ley 1305, se corre traslado de la contestación, de la excepción de prescripción y de la oposición a la intervención en carácter de parte de la Sra. Figueroa.

Es contestado a fs. 188/200.

A fs. 205/207, mediante R.I. Nro. 363/2010 y previo dictamen fiscal, se resuelve diferir el tratamiento de la excepción interpuesta para el momento de dictarse sentencia definitiva.

Asimismo se rechaza el pedido de declaración de improponibilidad objetiva y la oposición formulada por la demandada a la cesión de derechos litigiosos.

A fs. 211 la actora solicita se haga lugar al pedido de citación de terceros efectuado en el escrito de demanda y, mediante R.I. Nro.

540/11, se dispone citar como terceros a la Fundación Cristiana Neuquén Oeste y a la Provincia de Neuquén.

VI.- A fs. 256/261 se presenta la Provincia del Neuquén y responde el traslado conferido en los términos de la R.I. 540/11.

Opone defensa de prescripción. A tal fin destaca que la actora se limita a pedir la declaración de inexistencia de las Ordenanzas 10338 y 10.765 y de los actos emitidos como consecuencia de las mismas, pero nada dice sobre los actos anteriores y Ordenanzas que dieron origen a las que impugna en su demanda.

Puntualmente señala que la parte actora no ataca las ordenanzas 4083 y 4261 –ambas del año 1989, que otorgarían permiso de uso con opción a compra- ni la venta del lote realizada en el año 1995 y tampoco la subdivisión efectuada según dichos de propia actora. Concluye que, para hacer lugar a la acción intentada, son tales ordenanzas, hechos y actos los que debieron ser atacados –y en todo caso deberían anularse- pero contra ellos ya ha operado la prescripción.

A fs. 262, se dispone correr traslado a la parte actora y ésta responde a fs. 264/266.

VII.- A fs. 282/284 se presenta la Fundación Cristiana Neuquén Oeste, con patrocinio letrado y responde el traslado conferido en autos.

Niega cada uno de los hechos invocados en la demanda y luego de afirmar que se ha errado en la vía elegida (puesto que debería haberlo hecho por la Ley 2130) opone, como defensa de fondo, la prescripción de la acción.

A tal fin, indica que la accionante debió plantear la nulidad o inexistencia de los actos anteriores a las ordenanzas atacadas y que fueron ejecutados durante los años 1989 (Ordenanzas 4083 y 4261) y 1995, 1997, 1999 (lo referido a las ventas y subdivisión de los lotes).

Agrega que el Municipio no tiene prohibido modificar el destino del espacio cedido. Aclara que la actora conoció en todo momento los actos que se ejecutaron en relación a los lotes en cuestión, sin que merecieran reproche alguno de su parte.

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

Corrido el pertinente traslado en los términos del art. 50, la actora lo contesta a fs. 288 y solicita el rechazo de la defensa de prescripción.

VIII.- A fs 292/293, se decreta la apertura de la causa a prueba; dicho período se clausura a fs. 510, poniéndose los autos para alegar por Secretaría, derecho que ejerció la actora cfr. fs. 514.

IX.- A fs. 518/526 obra dictamen del Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda por deficiencia probatoria de la actora.

Señala, en su dictamen, que la parte actora no ha logrado acreditar el alcance de la donación que alega haber realizado y agrega que, de haber demostrado la donación con cargo de espacio verde, el plazo de prescripción comenzaría a correr a partir del incumplimiento del supuesto cargo.

Señala que la Ordenanza 4696/90 procedió a desafectar del dominio público el lote 5 de la chacra 164, que era parte del Lote oficial nro.4 y se individualizaba como espacio verde y autorizó, al Departamento Ejecutivo Municipal, a inscribir en el dominio privado Municipal el lote que se desafectó. Concluye que el inicio del cómputo de la prescripción parte desde entonces o, con una postura más favorable a la actora, a partir de la construcción del Gimnasio o Estadio Ruca Che, que según se menciona en la demanda, comenzó en el año 1997.

En consecuencia aplicando lo dispuesto por el art. 191 inc. a) de la Ordenanza 1728, dice que la acción tampoco hubiera prosperado, aún cuando se hubiera acreditado la donación con cargo, por encontrarse prescripta.

X.- A fs. 666 se dicta la providencia de autos la que, firme, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

XI.- Corresponde en primer lugar abordar la defensa de prescripción interpuesta.

A tal fin, vale señalar que resultan de aplicación los plazos de prescripción, el comienzo de cómputo y las causales de suspensión e interrupción legisladas en la Ordenanza 1728 de Procedimiento Administrativo de la Municipalidad de Neuquén, Capítulo IV, art. 191 y concordantes.

En dicho régimen procedimental, se establece que el plazo de prescripción de la acción procesal administrativa, salvo los casos contemplados por ordenanzas especiales, es de: a) Cinco (5) años para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas; b) Dos (2) años para impugnar actos anulables. Es imprescriptible la acción para impugnar actos inexistentes.

Ahora bien, ante todo, debe identificarse cuál es el acto, hecho u omisión que da nacimiento a la acción y que, consecuentemente, constituye el punto de partida para el cómputo de la prescripción.

La actora intenta exigir el cumplimiento del cargo de espacio verde impuesto en la cesión del lote 5 de la chacra 164 o, que en su defecto, se revoque la cesión oportunamente efectuada.

A tal fin, solicita la declaración de inexistencia de las Ordenanzas 10.338 y Nro. 10.765 emitidas por el Concejo Deliberante el 8/9/2005 y 3/5/2007 respectivamente.

Manifiesta que las citadas ordenanzas dispusieron el levantamiento del cargo impuesto en la cesión y aduce que la falta de notificación constituye un vicio muy grave en los términos del art. 66 inc.i) que acarrea su inexistencia y, por ende, la imprescriptibilidad de la acción procesal administrativa para impugnarla.

XII.- Ahora bien, atento a la finalidad de la acción intentada que, en definitiva, consiste en la restitución del lote 5 o en la obtención de una indemnización sustitutiva de su valor para el caso de imposibilidad, es claro que la cuestión no se remonta a las Ordenanzas Nros. 10.338 y 10.765.

Es que, conforme surge de las constancias agregadas a la causa, la Ordenanza 10.338 dispone autorizar al Poder Ejecutivo Municipal a levantar parcialmente ante el Registro de Propiedad Inmueble el cargo impuesto sobre los inmuebles que surgen del plano de mensura particular con fraccionamiento del lote 5 (parte de la chacra 164, registrado bajo Expte. N° E- 2576-1108/97, designados como lote 5a y 5b, inscripto ante el R.P.I mediante Escritura nro. 24 del 19 de febrero de 2004) y ordena mantener sobre el lote 5c el cargo que surge de la Ordenanza 4696 y su modificatoria Ordenanza nro. 6587 (conf. fs. 421/422 del Expte. Administrativo SEO 10015 LETRA F).

Por su parte la Ordenanza Nro. 10765 autoriza a levantar el cargo impuesto en el artículo 2 de la Ordenanza 10338 sobre el lote 5 C (conf. fs. 456/458 del citado expediente administrativo).

Los cargos que, mediante ambas Ordenanzas, se levantan, se relacionan con: que se destine el bien adquirido a la “Construcción de un Gimnasio Polideportivo Comunitario” y, con la cancelación de hipoteca en segundo grado impuesta en la escritura de venta.

Adviértase que la Ordenanza 10338 remite a las Ordenanzas Nro.4696 y su modificatoria Ordenanza nro. 6587 al referirse al cargo impuesto sobre el inmueble en cuestión.

Concretamente la Ordenanza Nro. 4696/90, además de dejar sin efecto los arts. 2 a 12 de la Ordenanza 4083/89 y derogar la Nro. 4261/89, dispone: Artículo 3) DESAFECTAR del Dominio Público el Lote 5 de la Chacra 164 que es parte del Lote oficial 4 y se individualiza como espacio verde, conforme surge del plano de mensura aprobado por la Dirección General de Catastro de la Provincia de fecha 8 de abril de 1988, bajo Expte. 2318-3190/87 Nomenclatura Catastral N° 09-21-68-0080, con una superficie de 46.297,25 m2. Artículo 4°) AUTORIZASE al Departamento Ejecutivo Municipal a inscribir en el Dominio privado Municipal el lote que se desafecta en el Artículo 3°).

Luego en el artículo siguiente, se autoriza al Departamento Ejecutivo Municipal a otorgar en uso y ocupación con opción a compra a A.M.E.N. sobre el lote descripto en el Artículo 3 con destino a la construcción de un gimnasio polideportivo en uso abierto a toda la comunidad de Neuquén.

Por su parte, la ordenanza 6587/94 autoriza la venta, a la Fundación Cristiana del Deporte, del Lote 5 de la chacra 164 con destino a la construcción de un Gimnasio Polideportivo Comunitario y a otorgar la correspondiente escritura traslativa de dominio con hipoteca en segundo grado y aclara que no se modifica el destino para el cual fuera otorgado en la Ordenanza 4696/90.

De modo que, a poco que se analicen las Ordenanzas impugnadas por la parte actora, se advierte con meridiana claridad que las mismas no levantan el cargo impuesto en la donación cuya revocación intenta, sino el constituido en el año 1990 en oportunidad de disponer la desafectación del dominio público y consiguiente inscripción en el dominio privado municipal del lote 5 de la Chacra 164 espacio verde.

Consecuentemente, si la actora intenta la restitución del inmueble por incumplimiento del cargo bajo el cual fue donado, el punto de inicio del ejercicio de la acción necesariamente debe computarse desde el incumplimiento de la finalidad pública que motivo la donación y que en el caso se patentiza con la promulgación de la Ordenanza 4696/90

Al respecto, cabe acotar, que es la Ordenanza 4696/90 la que dispone desafectar del dominio público el inmueble objeto de ésta acción y no la Ordenanza 4083 y 4261 que indican las demandadas; éstas últimas se referían al lote que primigeniamente le habían otorgado en uso a A.M.E.N. para la construcción de un gimnasio polideportivo de uso abierto a toda la comunidad (conf. surge de fs. 96 y 116 del Expte. Administrativo 1193 Letra A).

Dado que el inmueble indicado en las ordenanzas mencionadas no era apto para el proyecto, se dictó la Ordenanza 4696/90 que derogó las Ordenanzas 4083 y 4261.

XII. 1.- Ahora bien, zanjado de esa manera el aspecto atinente al inicio del cómputo de prescripción, vale señalar desde ya que no se advierte que se esté frente a un vicio que pueda calificarse como “muy grave” y por ende, que la sanción sea de inexistencia de tales actos.

Antes bien, tomando incluso lo que ha sido materia de impugnación en la demanda –esto es que no se haya cumplido con la finalidad debida- el vicio recibiría encuadre en el art. 67 inc. m) de la Ordenanza 1728 y por ende, la sanción es de “nulidad”.

Desde dicho vértice, el plazo de prescripción a computarse es el quinquenal, conforme lo dispuesto por el art. 191 de la Ordenanza 1728.

XII. 2.- En este punto vale formular una aclaración.

La actora ofreció como prueba la causa “CISNEROS ANA CAROLINA c/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN s/A.P.A.” Expte. 138/97, y entiende que lo allí resuelto resulta de aplicación al caso de autos.

No obstante, en aquella causa, la parte actora cuestionó la Ordenanza 3692/88 que desafectó del dominio público el inmueble que fuera cedido para espacio verde, ordenó su inscripción en el dominio privado municipal y la posterior mensura, subdivisión para la venta y escrituración. Dicha Ordenanza fue dictada ante la necesidad de regularizar un asentamiento consolidado en el lugar. Dado que la ordenanza databa del año 1988 y la acción se inició en el año 1997, la demandada opuso la prescripción de la acción alegando que el reclamo administrativo presentado por la actora en el año 1993 se atacaba la ordenanza en cuestión por nulidad y que la suspensión de la prescripción es de un año.

Dicho reclamo fue resuelto por Decreto N° 1458/96.

Finalmente en la sentencia, se establece que el plazo de prescripción a computar es el quinquenal, no obstante luego de considerar las especiales características de esa causa –entre ellas la diligencia del titular del derecho en hacerlo valer mediante su reclamo administrativo- reconoce amplitud al efecto suspensivo del reclamo interpuesto en sede administrativa (resuelto recién mediante Decreto 1458/96) y por ello rechaza la defensa de prescripción y hace lugar parcialmente a la demanda.

De lo expuesto, más allá que dicho antecedente –dictado en distinta composición del Tribunal- respondió a las particularidades de aquel caso –y que en modo alguno resulta traspolable al que hoy ocupa el examen- permite advertir que la prescripción también se rigió por el plazo quinquenal.

Además, las diferencias notorias con la presente causa no permiten seguir aquel temperamento.

No hay elementos que acrediten la cesión denunciada por la actora –aunque ésta no fue desconocida por la demandada- y tampoco actuaciones de su parte, anteriores al reclamo administrativo del año 2008, tendientes a obtener el cumplimiento de la finalidad a la cual estaba destinado el lote 5 de la chacra 164.

La prueba agregada a la causa, acredita el estado actual del lote 5 de la chacra 164, así las testimoniales obrantes a fs. 384, 393; la pericial de fs. 398/402; los informes de dominio de fs. 358, 372 y 373, dan cuenta de lo actuado sobre el inmueble a partir de su desafectación del dominio público y todos las modificaciones posteriores (venta, subdivisión, levantamiento del cargo de construcción gimnasio polideportivo) pero nada prueban en relación a la originaria restricción que se impusiera al dominio del inmueble y tampoco hay elementos que acrediten actuaciones tendientes a intentar que se cumpla el supuesto cargo con anterioridad al acaecimiento del plazo de prescripción.

En función de lo anterior, el momento a partir del cual nace en cabeza de la actora el derecho a reclamar la devolución de las tierras, o en su caso, la indemnización, es a partir de la omisión de la Administración Municipal de cumplir con la finalidad pública destinada, el punto de inicio del plazo de prescripción se ubica en la promulgación de la Ordenanza 4696/90 o en la mejor de las hipótesis, adoptando un criterio más flexible, a partir del momento en que se hizo público y notorio el cambio del destino que originalmente tenía el lote 5 (a partir de la construcción del gimnasio comunitario -conf. escritura agregada a fs. 330/333 de los antecedentes administrativos- o la construcción del Estadio Ruca Che que la propia actora denuncia como iniciada en el año 1997), no cabe más que concluír que la acción se encuentra prescripta, considerando la fecha del reclamo administrativo (2008, obrante a fs. 466/69 del Expte. SEO Nro.10.015 letra F) y la de promoción de la demanda (05/10/2009).

XIII.- No obsta a esta conclusión, la alegada proyección que el artículo 24 de la Constitución Provincial pueda tener sobre la subsistencia de la acción en el caso particular de autos.

El caso de autos se enmarca en la última parte de la previsión constitucional, que faculta a reclamar la devolución de la propiedad cedida y las compensaciones a que hubiere lugar, en caso de no llevarse a cabo el destino de fin público acordado, siempre que hubiere transcurrido un “término prudente”.

Sin embargo, sabido es que la tarea del intérprete constitucional consiste en procurar la armonización de su texto, reducir al mínimo el conflicto de normas y fuentes, buscar coherencia en el ordenamiento normativo, ponderar los principios jurídicos aplicables y considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (cfr. Fallos 330:3098).

En este sentido, no puede afirmarse que los derechos reconocidos constitucionalmente sean ilimitados, sino que se encuentran sujetos a la reglamentación legal, en tanto la misma responda a estándares de razonabilidad (art. 28 de la C.N.)

Cabe partir para interpretar el “término prudente” al que alude la Constitución Provincial, como aquél necesario para que la Administración lleve a cabo la finalidad pública prevista originalmente.

Esta interpretación se corresponde con el plazo de prescripción previsto para el ejercicio de la acción retrocesoria en la Ley Provincial de Expropiación Nro. 804, la que guarda estrecha similitud con la que aquí intentada y que prescribe a los 10 años, a contarse desde la toma de posesión por el expropiante –sin excepción- para solicitar la retrocesión de la expropiación por falta de

cumplimiento o cambio del destino público que la motivó (art. 62 ley citada).

Luego, si frente a la mayor agresión patrimonial que puede sufrir un administrado –esto es, la expropiación- el legislador ha considerado prudente fijar un plazo para que el expropiado pueda demandar a la Administración la devolución de su propiedad –en el caso, 10 años, cfr. art. 62 ley 804-; con mayor razón será aplicable un plazo de prescripción a la acción que nace en cabeza del administrado que voluntariamente cedió tierras al Estado en procura de una ventaja patrimonial, cuando advierte que el destino público pactado no se cumplió (cfr. Acuerdo 77 del 16/10/2016 Expte. 2118/07).

Entonces, dado que han transcurrido 29 años desde que se desafectara como espacio verde el LOTE 5 de la Chacra 164 y además el incumplimiento se patentizó por hechos públicos y notorios ocurridos 12 años antes de que la actora patentizara su reclamo, no resulta razonable que se le habilite el ejercicio de la acción, cuando fue su propia indolencia en reclamar la que contribuyó grandemente a profundizar el daño que reclama.

Por ello, y establecido que resulta de aplicación el plazo de cinco años previsto en la Ordenanza Municipal 1728 (art. 191), considerando que el término para reclamar la devolución de las tierras comenzó a correr a partir de la promulgación de la Ordenanza 4696/90 o adoptando una postura más favorable a la actora, a partir de las construcciones mencionadas por la actora, lo que patentizó el incumplimiento del fin público de la donación efectuada, corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción opuesta por la comuna demandada y por los terceros citados y, en consecuencia, desestimar la demanda.

En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo que se haga lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la demandada y terceros citados, se rechace la demanda y se le impongan las costas a la actora en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC aplicable por reenvío del artículo 78 de la ley 1305). ASI VOTO.

La señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Vocal que abre el Acuerdo, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal del Cuerpo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Ilda Figueroa contra la Municipalidad de Neuquén. 2º) Imponer las costas a la actora en su carácter de vencida (art. 68 del C.P.C. y C aplicable por reenvío del artículo 78 del C.P.A.). Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. 3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese. Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"ALVAREZ LUIS GILBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3971/2012) – Acuerdo: 77/17 – Fecha: 12/06/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad del Estado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALTA DE SERVICIO. CICLISTA .CAIDA EN UN POZO. ARTERIA DENTRO DEL EJIDO URBANO. PRUEBA TESTIMONIAL. TESTIGO UNICO. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

No resulta posible responsabilizar al municipio con sustento en la causal “falta de servicio” por los daños que alega haber sufrido un ciclista al precipitarse con su rodado en un pozo mientras circulaba en horas de la noche por una arteria urbana, ya que tal como ha quedado configurado el plano probatorio en el caso, no se advierte como suficiente para, tener por acreditado un

hecho mediante la declaración de un testigo único, cuando sus dichos resultan poco claros, cuando ello no va acompañado de otras pruebas y cuando la causa se enmarca en el especial ámbito del derecho administrativo.

Texto completo:

ACUERDO N° 77. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce días del mes de junio 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 MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ALVAREZ LUIS GILBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. n° 3971/2012, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 21/29 se presenta el Sr. Luis Gilberto Alvarez, mediante apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén. Solicita se haga lugar a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos conforme a los hechos que expondrá, por el monto de $312.000, con más los intereses, costos y costas del juicio.

Relata que el día 30 de octubre de 2007, siendo las 22:30 horas aproximadamente, circulaba en forma atenta y reglamentaria a bordo de su bicicleta por la calle Cayastá de esta ciudad, en sentido de circulación Sur-Norte.

Dice que en las referidas circunstancias, habiendo atravesado la encrucijada que la mencionada arteria forma con la calle Quimey, el Sr. Alvarez se vio sorprendido por un profundo pozo que se encontraba obstruyendo por completo el carril de circulación, causando inevitablemente que cayera dentro del mismo.

Manifiesta que el mencionado pozo –aparentemente abierto en virtud de la ampliación de una boca de tormenta- estaba compuesto por tierra, y dentro del mismo existía una estructura de hormigón de altísima peligrosidad dada sus características y ubicación, no existiendo ningún tipo de señalización o cartel que advirtiese a los conductores la presencia del mismo.

Alega que se trataba de una cosa sumamente peligrosa, carente de todo tipo de recaudos o advertencias y ubicada en pleno centro de una arteria que al momento se encontraba abierta a la circulación vehicular.

Asimismo, sostiene que la zona tampoco contaba con iluminación artificial con lo cual los riesgos de un accidente se incrementaban exponencialmente por la noche.

Dice que de esa forma, pese a la diligencia y baja velocidad con la que conducía su biciclo, no pudo hacer nada para evitar la caída en el pozo, toda vez que para cualquier conductor es de presumir que el mismo no existiría, o de existir, cuente con la correspondiente señalización. Máxime si se tiene en cuenta que a la hora del accidente el lugar carecía de luminosidad artificial.

Indica que como consecuencia de la caída, sufrió lesiones de suma gravedad, por lo que debió ser trasladado de urgencia en ambulancia al Hospital Heller, donde se le brindaron primeros auxilios médicos y posteriormente continuó su tratamiento de rehabilitación.

Señala que en virtud de las lesiones padecidas, ha quedado imposibilitado de desarrollar una vida con total normalidad, viéndose afectado no sólo en su integridad corporal, sino también psíquica y en la relación con su familia.

Se refiere a la responsabilidad que le endilga a la Municipalidad de Neuquén.

Sostiene que incumplió su deber de velar por la seguridad de los habitantes, omitiendo adoptar las medidas mínimas e indispensables.

Argumenta que se configura una omisión antijurídica en el marco del art. 1074 del código civil vigente al momento de los hechos, puesto que la Municipalidad es la propietaria de las calles y aceras, que pertenecen a su dominio público y conserva para sí el ejercicio del poder de policía al respecto. Ello le impone el deber de asegurar que las calles públicas tengan una mínima y razonable conformación para evitar que una deficiente conservación de las mismas se transforme en una fuente de daños a terceros.

Señala que el Municipio incumplió el deber de vigilancia y seguridad de las calles, y cita jurisprudencia.

Afirma que las constancias que se acompañan y lo narrado hacen indudablemente responsable al municipio, el cual deberá soportar los daños causados por su accionar negligente, ello por cuanto un pozo existente sin señalización en la vía pública, representa un accesorio del dominio público, y es aquella quien debe tomar las precauciones necesarias para salvaguardar la integridad de las personas y cosas que podrían resultar dañadas por bienes u obras que pertenecen al dominio público.

Sostiene que la responsabilidad de la Municipalidad por su omisión, tanto la falta de señalización como la responsabilidad de la vigilancia de su existencia, configuran la responsabilidad del municipio y su obligación de resarcimiento al actor. Ha incumplido con

el deber de vigilancia y seguridad en las calles de su jurisdicción, con que los transeúntes no pueden desplazarse normalmente y sin peligro por los bienes del dominio público destinados a la circulación vehicular y peatonal en Neuquén. Alega la aplicación del art. 1113 C.C.

Se refiere a los daños que dice haber sufrido.

Reclama por gastos de farmacia, radiografías y asistencia médica la suma de $3.000. Dice que son una consecuencia lógica y necesaria de un accidente, solicitando que se lo exima de la prueba.

Por gastos de traslado reclama la suma de $2.000, y por gastos de vestimenta $500, entendiendo que también son una consecuencia lógica del accidente y deben ser reconocidas.

En cuanto al daño físico, sostiene que sufrió traumatismo de cráneo seguido de un cuadro obnulatorio, cervicalgia traumática, severo traumatismo de hombro izquierdo con afectación de partes blandas; traumatismo costal y de cadera derecha, fractura del tercer hueso metacarpiano de su mano izquierda, escoriaciones varias. Solicita por este ítem la suma de $161.000.

Asimismo, reclama por daño moral la suma de $80.500, y por daño psíquico la suma de $30.000.

Por último solicita se lo indemnice por los gastos futuros y reclama $20.000 para tratamiento psíquico y $15.000 para tratamientos médicos.

Ofrece prueba, funda en derecho y peticiona se haga lugar a la demanda con costas.

II.- A fs. 49/50, por medio de la RI N° 734/2013 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario a fs. 53, se corre traslado de la demanda.

IV.- A fojas 66/75 la Municipalidad de Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado, contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de la negativa de rigor, desconoce la documental aportada por la actora y señala que ignora si los hechos relatados en la demanda, son verdaderos, dado que no se presenció el siniestro.

Sostiene que la carga probatoria pesa sobre la actora en este sentido, y que la prueba que adjunta y solicita no acredita los hechos relatados.

Afirma que, aun cuando se pudieran demostrar las lesiones, lo cierto es que las mismas pudieron ser producto de otro evento dañoso.

Indica que las fotografías acompañadas por la actora, son copias que no están certificadas por escribano y por ello las desconoce. Dice que pueden estar modificadas, o superpuestas, o ser de otro lugar al denunciado o de una fecha distinta a la denunciada.

Afirma que debe considerarse que recién cinco años después de la fecha del accidente que señala el actor, se presenta a promover un reclamo administrativo y luego una demanda, sin pruebas que lo acrediten.

Señala que para el eventual caso que la parte actora pudiera demostrar que sufrió un daño, ello no sería suficiente para endilgarle responsabilidad al Municipio, ya que en la presente demanda no se acredita el lugar ni que haya existido una boca de tormenta o pozo abierto.

Indica que, en el presente, nada sugiere que el deber genérico del municipio se transformara en una obligación concreta de actuar en las circunstancias del caso, y más siendo que no hubo denuncias previas que alertaran al Municipio del supuesto mal estado de la vereda que generó los daños aquí reclamados.

Niega que la Municipalidad se encontrara ejecutando obra alguna en el lugar, y menos aún que en ella no hubiera señalización suficiente, y que, por ende, se haya omitido el deber de policía.

Explica que si bien el actor manifiesta que la obligación del municipio se genera por ser el dueño de la cosa riesgosa, la responsabilidad que le pretende atribuir es porque, supuestamente, el demandado no cumplió con el deber de cuidado y seguridad que pesa sobre el Estado Municipal, respecto de todos los habitantes, y en su calidad de propietaria de las calles y aceras que pertenecen al dominio público, y que conserva para sí el ejercicio del poder de policía al respecto.

Sostiene que la Municipalidad no tuvo conocimiento alguno de la existencia de una rotura en el supuesto lugar del hecho y, consecuentemente, tampoco pudo controlar o supervisar la ejecución en cuanto a los recaudos legales y técnicos que correspondieran.

Indica que no hay relación causal que permita endilgar responsabilidad al accionado.

Afirma, además, que de comprobarse que el actor sufrió un accidente en la calle mencionada, el mismo no pudo ser por otro motivo que por la culpa de aquél.

Dice que si el pozo fuera de la envergadura que surge de las copias de fotos que acompaña, resultaba imposible no verlo. Alega que el accionante iba a exceso de velocidad, o venía con sus facultades alteradas por alguna sustancia.

Agrega que el daño se ha producido por exclusiva culpa de la víctima y por tanto no existe responsabilidad imputable a la

Municipalidad.

Solicita la citación de un tercero, EPAS, toda vez que de acuerdo a las fotografías acompañadas -sin reconocer la autenticidad- podría surgir que se estaba realizando una obra cloacal. Requiere su intervención a los efectos de una eventual acción de regreso.

Se detiene sobre los rubros reclamados y los rechaza. Ofrece prueba, reserva caso federal, funda en derecho y solicita el rechazo de la demanda.

V.- A fs. 82/83, mediante R.I 437/2014, se cita como tercero al EPAS.

VI.- A fs. 89/95 se presenta el EPAS, plantea excepción de falta de acción por incumplimiento del agotamiento de la vía y excepción de prescripción.

Niega los hechos y afirma que el ente no efectuó obra de cloaca alguna en el sector que enuncia el municipio.

VII.- A fs. 93 se corre traslado de los planteos y a fs. 95/97 contesta la actora.

VIII.- A fs. 106/107, mediante la R.I 123/15 se rechaza la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa y se difiere el tratamiento de la excepción de prescripción.

IX.- A fs. 109/110 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 253.

A fs. 260/263 obra el alegato producido por la parte actora.

X.- A fs. 265/271 dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia se haga lugar parcialmente a la demanda.

XI.- A fs. 273 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

XII.- Preliminarmente, se advierte que sin perjuicio de lo dispuesto en la R.I 123/15 de fs. 106/107, no corresponde el tratamiento de la excepción de prescripción opuesta por el EPAS, en virtud del alcance de su participación en autos de conformidad con la R.I 437/14.

XIII.- Tal como surge del relato efectuado, la pretensión indemnizatoria deducida encuentra su origen en la responsabilidad extracontractual del Estado por “falta de servicio”, constituida por el supuesto accionar defectuoso o incorrecto del Municipio demandado. La irregularidad del servicio que señala el actor, consiste en la omisión de prestar debidamente el poder de policía sobre las calles del ejido urbano, ante la falta de señalización e iluminación en una calle en dónde dice que existía un pozo.

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

Como se expusiera en el Acuerdo 1452/07, y dándose el encuadre del caso en la imputación de responsabilidad por omisión, es necesario distinguir entre los supuestos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una norma jurídica, de aquéllos otros, fijados de modo general e indeterminado.

Como lo ha indicado recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “…en este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas.

Respecto del último supuesto 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.

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…” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/03/2007, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, LA LEY 12/03/2007).

El reproche realizado por la parte actora a la Municipalidad refiere a un mandato indeterminado que debe ser analizado bajo las previsiones normativas que regulan el tópico. Al respecto, la Constitución Provincial, en el art. 273 inc. a), dentro de las atribuciones de los municipios, menciona el mantenimiento de las calles, uso de calles, tránsito y vialidad. Asimismo, los arts. 16 inc. 5, 85 inc. 13 COM, se refieren al poder de policía municipal, y en especial, el art. 142 COM, menciona la potestad indelegable del ejercicio por parte del Municipio del poder de policía en el ejido para garantizar la seguridad, la convivencia, la moralidad, la salud, un ambiente sano y equilibrado, el interés económico colectivo y el bienestar general de sus habitantes, sin perjuicio de las atribuciones y la amplitud de facultades conferidas por la Constitución Provincial.

Es en este marco, con parámetros de razonabilidad y previsibilidad, donde debe analizarse la responsabilidad del Estado por “falta

de servicio". Si se perdiera de vista lo anterior, el ámbito de la responsabilidad del Municipio se extendería hacia límites insostenibles.

XIV.- Establecido el marco de análisis de la responsabilidad y examinadas detenidamente las actuaciones, se adelanta que la demanda debe ser rechazada.

No obstante que, como se desprende del punto anterior, la configuración de la falta de servicio necesaria para responsabilizar al Estado requiere de una actividad probatoria rigurosa -especialmente en responsabilidad del estado por omisión en el poder de policía-, en las presentes actuaciones la actividad probatoria resulta insuficiente.

A fs. 178/179 declara un testigo, quien preguntado si en fecha 30 de octubre del 2007 presenció un accidente, contestó que "sí, fue en la esquina de Cayastá, casi Avenida del Trabajador, era de noche pero no sabría decir la hora. Estaba sentado en la vereda de mi casa, estaba todo oscuro, se escuchó el grito de la caída y salí a ver, estaba todo oscuro y estaba el muchacho tirado en el pozo, lo vi cuando venía en bici para arriba. Con otro muchacho lo ayudamos a salir del pozo con la bicicleta".

Por un lado, debe valorarse que no resulta claro el testigo cuando indica que "estaba todo oscuro", que "escuchó el grito de caída" y que por ello salió a ver; y luego afirma que "ví que venía en bici para arriba". Tal como declara, no se advierte con claridad si lo vio circular en bici previamente a la caída, o si escuchó la caída y recién allí salió a auxiliarlo y lo vio. Luego describió que "no vi bien el accidente porque estaba todo oscuro, cuando miré para otro lado escuché el grito y estaba dentro del pozo metido", frente a lo cual, debe hacerse notar, la actora no realizó preguntas que permitieran aclarar los dichos y aportar credibilidad a su versión.

Por otro lado, la presencia del testigo en el lugar de los hechos no puede corroborarse por otro medio probatorio más allá de la exposición policial N° 114 (fs. 101/102) que lo señala como testigo, la que en definitiva sólo resulta ser una declaración unilateral del actor que no aporta un indicio probatorio objetivo. Adviértase que la Policía informa a fs. 102 que no se llevaron a cabo actuaciones por el accidente denunciado, toda vez que "la persona se hizo presente en esta Unidad el día posterior a la fecha del accidente, dejando asentado solamente en el escrito una constancia para ser presentado ante las autoridades que lo pudieran requerir y a los fines que estime corresponder".

Tampoco aporta a su versión el hecho de que tanto en la exposición policial como en la declaración testimonial, se informa como domicilio del testigo "Toma 26 de agosto, manzana D, casa 3", y luego el testigo refiere que vio el accidente desde su casa, en calle Cayastá casi esquina Av. del Trabajador.

La declaración de este testigo es la única prueba traída en torno a la mecánica del supuesto accidente.

Sobre la existencia de un pozo, se aportan fotografías que han sido negadas y cuya autenticidad no fue probada. Además, el perito accidentológico a fs. 154 indicó que "no existe relevamiento del lugar realizado por personal idóneo, que permita identificar el lugar en el que ocurrió el hecho, por otro lado las fotografías adjuntadas a la causa, muestran una topografía distinta de la calle, probablemente debido al cambio en la ciudad", y que "no hay datos relevados por personal idóneo, de las fotografías no puede informarse a V.S que se trate de un agujero para recolección de agua de la boca de tormenta, dado que la misma se realiza una vez que se ha hecho el cordón cuneta, lo que a la fecha no se encuentra hecho. Podría ser que el cilindro de hormigón armado fuera para una boca de inspección de cloacas".

Si bien existen constancias que darían cuenta que el actor sufrió una fractura del III metacarpiano de la mano izquierda el día señalado, y que por ello fue atendido médicamente (Fs. 141/144), lo cierto es que ello nada aporta respecto a la causa productora del daño, y menos aún la relación de causalidad con un actuar del Municipio. Nótese que las constancias refieren a la atención recibida en el Hospital Heller, sin referencia a si el actor llegó allí en ambulancia, y menos desde dónde.

Tal como ha quedado configurado el plano probatorio en el caso, no se advierte como suficiente para, tener por acreditado un hecho mediante la declaración de un testigo único, cuando sus dichos resultan poco claros, cuando ello no va acompañado de otras pruebas y cuando la causa se enmarca en el especial ámbito del derecho administrativo.

En este sentido, la Corte Suprema de la Nación a la hora de analizar una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, indicó que "si bien no empece en forma absoluta la calidad de testigo único para la ponderación de sus dichos, pues el sistema de la sana crítica que preside nuestro ordenamiento procesal ritual excluye la aplicación de la máxima latina testis unus, testis nullus, el sentido común indica que este principio conserva cierta lógica de verdad. De ahí, que era obligación del órgano juzgador interviniente analizar el peculiar testimonio obrante en autos con suma prudencia y severidad, teniendo en cuenta los demás elementos en su conjunto. (Fallos: 321:1832, disidencia Dr. Vazquez)".

Como se observa, si bien en el derecho privado la valoración de un testigo único merece especial atención y es interpretado de manera restrictiva, su valoración se torna aún más compleja cuando entran en juego principios de derecho público, cuando la responsabilidad alegada recae sobre una conducta omisiva del Estado en el ejercicio del poder de policía.

Adviértase que como se desprende de la redacción normativa referida más arriba (art. 273 inc. a, arts. 16 inc. 5, 85 inc. 13, art. 142

COM), las atribuciones, deberes y competencias del Municipio que engloban el poder de policía, se rigen por estándares de máxima, que buscan el avance progresivo hacia su objetivo último, que no es menos que el Bien Común de los ciudadanos que habitan el ejido Municipal. Ello impone un análisis de responsabilidad que no pierda de vista la razonabilidad y previsibilidad del reproche en el caso concreto, lo que lógicamente se traduce en una carga argumentativa y probatoria de quien pretende responsabilizar al Estado.

A ello se le suma, en este caso, que el reproche realizado es sobre una conducta omisiva del Municipio, cuyo análisis restrictivo fue puesto de manifiesto más arriba.

Sin perjuicio de que lo anterior sella la suerte de la acción, resulta conducente advertir que si se tuviera por probado el hecho –existencia del pozo, caída del actor-, ello no implicaría tener por acreditado una relación causal con una omisión de la demandada. Repárese en que la Municipalidad niega haber realizado obras en el lugar, y la actora no ha producido prueba en torno a ello; y tampoco se produjo prueba con relación a la existencia de alguna notificación que diera aviso a la Municipalidad de la presencia de un pozo, en el caso de que fuera otro organismo el que estuviera a cargo de la obra. De todas formas, el EPAS también niega haber realizado obras en el lugar en la fecha mencionada, y el actor tampoco aportó prueba al respecto.

En definitiva, las deficiencias probatorias remarcadas impiden tener por acreditado el hecho y conducen al rechazo de la demanda incoada, con costas a la actora vencida (art. 68 del CPCC de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO.

La Señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda incoada por LUIS GILBERTO ALVAREZ contra la MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN; 2°) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

DR. RICARDO TOMÁS KOHON - DRA. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"MILLAIN CELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y ENTE PROVINCIAL DE TERMAS DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3772/2012) – Acuerdo: 80/17 – Fecha: 26/06/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

LEGITIMACION PASIVA. FALTA DE LEGITIMACION PARA OBRAR. ESTADO PROVINCIAL. DECRETO. AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA. ENTE AUTARQUICO. ENTE PROVINCIAL DE TERMAS DEL NEUQUEN. LEGITIMADO PASIVO. COMPENSACION POR SUBROGANCIA. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Es procedente la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia del Neuquén debido a que como está planteada la demanda, ésta se origina por el rechazo a la subrogancia de categoría que originariamente la actora le reclamara a las autoridades del Ente Provincial de Termas del Neuquén (EPROTEN) quien le denegó el planteo mediante la Resolución Nº 114/11 y luego se dicta del Decreto Nº 899/12. Entonces, más allá de que el

Decreto es emanado por el Poder Ejecutivo Provincial, en razón de ser la última instancia administrativa para el agotamiento de la instancia, la actividad se concentra en torno a un ente descentralizado. Desde esta perspectiva, se advierte que la actividad administrativa que se impugna, es propia del ente autárquico, de conformidad con la norma de su creación -Ley 1762-. En este aspecto, debe tenerse presente que el artículo 155 de la Constitución Provincial establece que las entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa; la circunstancia de que el Poder Ejecutivo intervenga a través del control que realiza conforme las atribuciones conferidas en la Constitución de la Provincia (art. 214 incs. 1º y 17º) no es obstáculo para ello, en tanto tal actividad no desplaza la legitimación del ente autárquico y sólo se limita a un contralor jerárquico institucional (cfr. arts. 28, 29 y 190 de la Ley 1284; R.I. Nros. 5938/07, 7082/09 y 553/11, entre otras).

2.- Debe ser rechazada la demanda interpuesta contra el Ente Provincial de Termas del Neuquén (EPROTEN) en donde se pretende el cobro de compensación por subrogancia, en categoría similar a la que perciben los agentes a cargo de sectores, en virtud de las tareas de responsable o jefa del Departamento Mayordomía, por cuanto no ha quedado acreditada la prestación de tareas a cargo del sector de mayordomía, conforme fuera invocado por la actora. En conclusión, el eje de la pretensión se centra en una base fáctica que no se encuentra acreditada en autos, impidiendo abordar su tratamiento de manera apropiada.

Texto completo:

ACUERDO N° 80. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los días veintiséis del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “MILLAIN CELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y ENTE PROVINCIAL DE TERMAS DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. Nº 3772/2012, en trámite ante la mencionada Secretaría y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 31/46 se presenta la Sra. Celia Millain, por apoderado, y promueve demanda contra la Provincia del Neuquén y el Ente Provincial de Termas del Neuquén (E.Pro.Te.N.). Solicita se revoque el Decreto Nº 899/12, por contener los vicios previstos en los arts. 67 inc. a) y r), y 68 inc. a) de la Ley 1284; y la Resolución Nº 114/11 del Presidente del EPROTEN, de fecha 09/08/11.

En consecuencia, requiere que se ordene al ente demandado que proceda a abonarle compensación por subrogancia de categoría idéntica a la de los demás agentes que se encuentran a cargo de sectores (FUA), con retroactividad al 12/05/06; todo en virtud de haber sido designada responsable o jefe de mayordomía, y haber realizado dichas tareas.

Invoca que el 12/05/11 solicitó ser recategorizada a FUA, y que se le abonara la subrogancia.

Continúa sosteniendo que, a través de la Res. Nº 114/11 del EPROTEN, se rechazó “in totum” su reclamo, por lo que interpuso un recurso contra ella, sobre la parte que desestimó su pretensión de pago de subrogancia, y consintió la denegatoria del pedido de recategorización.

Argumenta que, por Decreto PEP Nº 899/12, se trató dicho remedio impugnativo, y se expidió nuevamente de manera errónea sobre esa última cuestión. Alega que su rechazo había sido consentido, pero que no lo hizo sobre la subrogancia que, en esencia, constituía el único objeto del recurso administrativo.

Reprocha que el Poder Ejecutivo no hubiera advertido el error del Presidente del EPROTEN quien, al desestimar su reclamo, confundió la necesidad de existencia de un decreto o acto de nombramiento en una función de mayor jerarquía, con el hecho de la prestación de un servicio efectivo a favor de la administración.

Así, señala que la exigencia de un acto de designación hace a la procedencia o improcedencia de la recategorización, pero que la compensación por subrogancia depende únicamente de que los servicios o tareas se hubieran realizado.

Del mismo modo, critica que se omitiera analizar la vulneración del principio de igual remuneración por igual tarea y la no aplicación del principio constitucional “pro justitia socialis”.

En tal sentido, considera que el Decreto PEP Nº 899/12 se encuentra en discordancia con la cuestión de hecho reglada por las normas (exige recaudo de designación cuando no se reclama categoría sino subrogancia), contiene fundamentación aparente (porque rechaza el reclamo por compensación por subrogancia invocando ausencia de reclamo de categorización), vulnera el derecho de defensa (al omitir pronunciarse sobre la prueba ofrecida) y no decide sobre todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento, incurriendo en los vicios arriba denunciados.

Detalla los requisitos de admisibilidad, los que considera cumplimentados.

Cita jurisprudencia. Ofrece prueba, funda en derecho, hace reserva del caso federal y formula el petitorio de su pretensión.

II.- A fs. 60, mediante RI Nº 592/13, se declara la admisión del proceso. La actora opta por el procedimiento ordinario (fs. 65) y se corre traslado de la demanda.

III.- A fs. 76/80vta. contesta la Provincia del Neuquén, oponiendo, en primer término, defensa de falta de legitimación pasiva.

Entiende que la acción debió ser entablada únicamente contra el EPROTEN por ser un ente autárquico y descentralizado de la administración pública provincial, conforme el art. 1º de la Ley 1762, con personería jurídica para estar en juicio como actor o demandado, y facultado para administrar o disponer su patrimonio, es decir, una persona jurídica nítidamente diferenciable de la Provincia del Neuquén.

Asimismo, destaca que la actora tenía una relación jurídica con el EPROTEN, derivada de un contrato de empleo público y, eventualmente, el único obligado a abonar las diferencias salariales por la subrogancia reclamada, sería éste último, en su condición de empleador. A tal efecto, cita jurisprudencia.

Seguidamente, y de manera subsidiaria, contesta demanda. Niega y rechaza, por imperativo legal, todos y cada uno de los hechos esgrimidos, la aplicación del derecho invocada y la documental acompañada en la demanda, que no fueran objeto de expreso reconocimiento.

Describe la actividad reclamatoria e impugnatoria en instancia administrativa.

Argumenta que la jurisprudencia citada en la demanda, no puede aplicarse porque refiere a supuestos diferentes. En este punto, aduna que en los casos citados, el cargo ejercido por subrogancia, existía más allá de que el desempeño hubiera sido hecho, por nombramiento expreso. Pero que, en autos, además de no reconocerse el efectivo desempeño de funciones diferentes a las correspondientes al cargo y categoría de la actora, el cargo de jefe de mayordomía no estaba contemplado en la estructura del Ente.

Evidencia, que el Presidente del EPROTEN carece de facultades para crear cargos.

En cuanto a los antecedentes administrativos, destaca que la Res. EPROTEN Nº 114/11 y el Decreto PEP Nº 899/12, desestimaron la pretensión de la agente Celia Millain por las siguientes razones: la estructura orgánica funcional del ente demandado no contemplaba el cargo (con su respectiva partida presupuestaria) que la actora declara haber desempeñado, lo que impide reconocerle una compensación dineraria por subrogancia; que el memorándum de Presidencia del EPROTEN de fecha 12/09/01 (señalado en el recurso administrativo de la actora) mediante el cual se le habría comunicado al personal de mayordomía que la nombrada se encontraba a cargo de ese sector, fue una mera comunicación de organización interna del organismo, que no reúne los requisitos para ser considerado un acto de designación; y, que no era atribución del Presidente de ese cuerpo, designar personal (art. 12 de la Ley 1762).

Indica que esos argumentos justifican el rechazo de la demanda impetrada.

Finalmente, ofrece prueba y formula petitorio.

IV.- Mediante providencia del 22/05/14 se corre traslado a la actora de la defensa opuesta y de la contestación de demanda de la Provincia del Neuquén. No obstante, aquella no contesta.

A fs. 152/3vta. contesta demanda el EPROTEN. Por imperativo procesal, niega todos y cada uno de los hechos afirmados en el escrito inicial, que no fueran objeto de reconocimiento expreso.

A continuación, informa que la Sra. Millain integra la planta permanente del EPROTEN, prestando tareas en la localidad de Loncopué, en el ámbito de cafetería, y con categoría de revista FUD.

Argumenta que nunca ejerció funciones políticas en el organismo, ni de tipo jerárquicas (tales como Director, Jefe de Departamento, o Asesor), sino que siempre prestó servicios acordes a su categoría de revista.

Sostiene que no se dieron ni se dan los extremos fácticos y legales necesarios para acordarle el pago de la subrogancia reclamada.

Así, resalta que jamás existió el cargo de responsable o jefe de mayordomía debidamente creado con una partida presupuestaria

asignada, que estuviera contemplado formalmente en un organigrama vigente y, por ello, resulta imposible que la actora hubiera ejercido funciones correspondientes a un cargo inexistente.

A fin de acreditar tales extremos, adjunta copia de las normas que aprobaron las estructuras orgánicas del sector.

Enfatiza que no existe acto de nombramiento en cargo de responsable o jefe de mayordomía, como tampoco en cargo o función jerárquica superior.

Niega la aplicación de la jurisprudencia citada por la actora, en base a los mismos argumentos esgrimidos por la Provincia del Neuquén.

En consecuencia, entiende que debe rechazarse la acción procesal administrativa interpuesta.

Ofrece prueba y formula petitorio.

V.- A fs. 160 se abre la causa a prueba. Una vez producida, se ordena la clausura de la etapa y se ponen los autos a disposición de las partes para formular alegatos.

VI.- A fs. 241/247 dictamina el Fiscal General, quien propicia hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia y rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Millain.

VII.- En función de las pretensiones de las partes, corresponde analizar, en primer lugar, la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia del Neuquén.

En ese orden, corresponde señalar que mediante la excepción de falta de legitimación para obrar, lo que se controvierte es la existencia de legitimatio ad causam. Esto es, que quien demanda o aquél contra quien se demanda, no reviste la condición de persona idónea o habilitada por la ley para discutir el objeto sobre el que versa el litigio.

La legitimación se presenta, entonces, como un presupuesto procesal: el proceso debe desarrollarse respecto de sujetos, los cuales, con relación a la pretensión, deben ser útilmente los destinatarios de la tutela jurisdiccional.

Por lo tanto, para que el pronunciamiento sea válido debe surgir latente la calidad de obligado del demandado.

Ahora bien, de los términos de la demanda se desprende que se pretende la nulidad de la Resolución Nº 114/11 del EPROTEN y del Decreto Nº 899/12.

Más allá de que el Decreto es emanado por el Poder Ejecutivo Provincial, en razón de ser la última instancia administrativa para el agotamiento de la instancia, la actividad se concentra en torno a un ente descentralizado.

En tal sentido, el pedido de compensación por subrogancia de categoría es reclamado originariamente a las autoridades del EPROTEN, quienes deniegan el planteo mediante la Resolución Nº 114/11, objeto de demanda.

Desde esta perspectiva, se advierte que la actividad administrativa que se impugna, es propia del ente autárquico, de conformidad con la norma de su creación.

En efecto, la Ley 1762 dispone en su artículo 1º “Créase el Ente Provincial de Termas del Neuquén (E.Pro.Te.N), organismo descentralizado del área del Ministerio de Economía, por cuyo intermedio actuará en sus relaciones jerárquicas con el Poder Ejecutivo. En su calidad de ente autárquico de la Administración Pública Provincial, tendrá competencia y capacidad para realizar todos los actos administrativos y negocios jurídicos que sean necesarios para el desarrollo de sus fines y el ejercicio de sus facultades como personas jurídicas de derecho público, con encuadre en las normas legales de la Nación y de la Provincia”.

Luego, en su Artículo 12, fija como atribuciones del Presidente del Directorio: e) Entender en todos los actos de administración general; g) Disponer investigaciones administrativas e instrucción de sumarios administrativos; y, h) Nombrar, remover y aplicar sanciones disciplinarias al personal del Ente, de acuerdo a la legislación vigente en la materia.

Seguidamente, fija como atribuciones del Directorio, en el Artículo 13: a) Reglamentar la organización y funcionamiento interno del Ente; y e) Disponer y administrar los fondos propios y los que asigne al Ente la Ley de Presupuesto o leyes especiales.

En este aspecto, debe tenerse presente que el artículo 155 de la Constitución Provincial establece que las entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa; la circunstancia de que el Poder Ejecutivo intervenga a través del control que realiza conforme las atribuciones conferidas en la Constitución de la Provincia (art. 214 incs. 1º y 17º) no es obstáculo para ello, en tanto tal actividad no desplaza la legitimación del ente autárquico y sólo se limita a un contralor jerárquico institucional (cfr. arts. 28, 29 y 190 de la Ley 1284; R.I. Nros. 5938/07, 7082/09 y 553/11, entre otras).

De esta forma, la intervención en sede administrativa que le cupo al Gobernador provincial fue sólo a los fines de agotar la vía administrativa y dictar un acto definitivo que causa estado, para iniciar la acción.

Tiene dicho este Tribunal que: “El Estado provincial no puede estar en juicio en calidad de demandado cuando la cuestión reclamada reconoce su génesis en la actividad administrativa de una entidad autárquica, toda vez que es ésta la que debe asumir legitimación procesal pasiva a raíz de demandas originadas en actos propios de la misma, todo lo que encuentra sustento en el dispositivo constitucional del art. 254 –hoy 155-, esto es la demandabilidad directa de los entes autárquicos, (…) éste [el reclamo]

debe dirigirse al ente autárquico, por mandato constitucional, reitero, porque es quien ha generado el hecho causante del supuesto agravio. Tal circunstancia encuentra apoyo también en el dispositivo del art. 47 inc. “b”, de la Ley 1305, que define el caso de una demanda instaurada contra un ente descentralizado. Y ya se ha visto que éstos tienen capacidad para estar en juicio, con legitimación activa o pasiva” (cfr. entre otros, TS RSI 80-83 I 13-5-83 Carátula: “Ravagni de Guevara Ilda Iris c/Provincia del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa”).

Por ello, frente a la pretensión esbozada en la demanda, la Provincia del Neuquén carece de legitimación pasiva para ser demandada en estas actuaciones y, en consecuencia, corresponde admitir la defensa opuesta en tal sentido, y rechazar la demanda a su respecto, con costas a la actora.

VIII.- Despejado este punto, cabe entrar de lleno a analizar la cuestión planteada, respecto del derecho de la accionante a cobrar compensación por subrogancia, en categoría similar a la que perciben los agentes a cargo de sectores, con retroactividad al 12/05/06.

Ello, en virtud de las tareas de responsable o jefa del Departamento Mayordomía, que la Sra. Millain refiere haber desempeñado.

VIII.1.- En relación con las subrogancias, el art. 44 de la Ley 2265 establece que: "Los agentes que cumplan reemplazos transitorios en cargos superiores correspondientes al agrupamiento personal superior y/o autoridades superiores o cargos equivalentes de otros escalafones, tendrán derecho a percibir un suplemento por "Subrogancia" consistente en la diferencia de la asignación de su categoría y adicionales particulares y la que le correspondería por el cargo que desempeña interinamente, cuando concurran las siguientes circunstancias: A

- Que el cargo a subrogar sea de conducción y no haya sido acordado por resolución interna del organismo. B - Que el cargo se halle vacante o que su titular esté ausente con licencia extraordinaria, suspensión reglamentaria, incapacidad, adscripción, enfermedad o cambio eventual de funciones. C - Que hayan transcurrida como mínimo noventa (90) días corridos en el cumplimiento de las funciones superiores encomendadas. D - Que la designación legal de subrogancia fije el término de la misma a través de resolución dictada por los señores ministros o secretarios de Estado para el personal de la Administración Central, y por los titulares respectivos en el caso de los organismos descentralizados".

Y finaliza el art. citado advirtiendo que: "Los agentes que sustituyen temporalmente funciones o cargos de mayor jerarquía no adquirirán derecho permanente para el cargo que subroguen ni para ser promovidos al mismo."

VIII.2.- Bajo tales premisas, la actora invoca la prestación de las tareas referidas, en las dependencias que el ente posee en la localidad de Loncopue.

Sostiene la legalidad de la subrogancia, principalmente en base al comunicado efectuado por el Presidente del EPROTEN al personal, mediante Memorándum de fecha 12/09/01.

De las constancias agregadas a autos, surge copia simple del Memorándum, a fs. 4 del Expte. 4370-002743/11 y fs. 4 de autos. Su lectura es parcial, ya que aparece recortado en su margen derecha.

Así, en principio suscripto por el Presidente del EPROTEN, y destinado al personal de mayordomía, comunica que “a partir del día cargo del mencionado sector la Sra. MILLAIN Celia” (sic). La firma, al pie, se encuentra fotocopiada hasta la mitad, careciendo de una gráfica y sello completos.

Como se traduce, el texto carece de una parte importante, que impide conocer la expresa intención de la autoridad administrativa.

Posteriormente, en el Expte. administrativo precitado, consta a fs. 06, una copia simple del Sr. Fernando Cayunao (sin identificación de cargo, sello, membrete, empresa, o sector), de una entrega de mercadería, dirigida a la Sra. Jefa de Mayordomía, “Doña CELIA MALLAIN” (sic).

Esa es toda la referencia a la Jefatura de Mayordomía aportada a la causa, sin que obren otros datos tendientes a acreditar la efectiva prestación de los servicios en calidad de Jefe, o “a cargo” del área de Mayordomía.

VIII.3.- Por su parte, la administración demandada explica los argumentos por los cuales no procede el abono de la subrogancia, desde el comienzo de la vía reclamatoria.

Así, de la lectura de las actuaciones agregadas, se advierte que el EPROTEN rechaza la pretensión administrativa mediante Res. Nº 114/11, argumentando que el cargo que la actora manifestaba haber ocupado no se encontraba previsto en la estructura orgánica del Ente y, por consiguiente, carecía de previsión presupuestaria, tanto al momento del reclamo como al año 2006.

Así, la Administración, manifiesta que el pago por subrogancia exige la previa designación del agente en un cargo de mayor responsabilidad o jerarquía. En el caso de la Sra. Millain, ello no había sucedido, por no existir el cargo de Jefe de Departamento –o Área- de Mayordomía.

En idéntico sentido, en el 15º considerando de la Res. Nº 114/11, resaltó que la designación correspondiente a tales cargos, corresponde al Gobernador de la Provincia.

Continúa sosteniendo que no consta decreto que acredite el desempeño de la Sra. Millain en las funciones mencionadas.

Posteriormente, a través del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial Nº 899/12 (fs. 44/44vta.), reitera los argumentos ya vertidos en la Resolución y sostiene que el Memorándum invocado como prueba de designación a cargo del área de mayordomía, constituye una mera comunicación de organización interna y no reúne los requisitos para ser considerado un acto administrativo de designación, propiamente.

De igual manera, argumenta que el Presidente del Ente no está facultado para designar personal, en virtud de lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 1762.

VIII.4.- Va de suyo que, en instancia administrativa, la actora recurre únicamente en relación al rechazo del pago por subrogancia.

A tal efecto, enfatiza en la confusión de la administración entre la necesidad de un decreto de nombramiento en la función, con el hecho de la prestación de un servicio en favor de la administración.

Bajo este vértice, entiende que es posible el rechazo del petitorio de nombramiento, mas no del pago de compensación por subrogancia, ya que esta última solo depende de la efectiva prestación de las funciones superiores a la categoría de revista del agente, las que considera acreditadas mediante el Memorándum del 12/09/01, ya citado.

De este modo, interpreta que la falta de pago de la subrogación, importa un enriquecimiento sin causa de la administración, a costa de su empobrecimiento.

Ofrece, como prueba informativa, los legajos de los agentes Claudia Bogarin, Damián Roa y Raúl Bravo, a quienes –manifiesta- se reconoció el abono de la subrogancia, frente al cumplimiento de funciones de mayor jerarquía.

Invoca que dicho personal, que ejerce funciones de responsabilidad -ya sea a cargo de áreas o sectores-, posee una categoría mayor a la suya, o se le abona la subrogancia por categoría.

Así, apoyada en el principio de igual remuneración por igual tarea, solicita ante la autoridad administrativa, el otorgamiento de la categoría FUA con retroactividad al 12/05/06 y, subsidiariamente, el abono de la compensación por subrogancia de categoría.

Ahora bien, frente a esta postura, es dable señalar que los agentes referidos tenían designaciones como Jefes de Departamento, debidamente establecidos en los organigramas del EPROTEN.

Por ello, no resulta de aplicación el principio invocado, atento las diferencias sustanciales de hecho entre la situación de la Sra. Millain y los demás agentes invocados.

En detalle, la Sra. Claudia Bogarin (FUA) Y Raúl Bravo (FUB), eran Jefes de los Departamentos Tesorería y Legajos, respectivamente, según la designación de los Decretos Nº 2457/02 (fs. 10/12 expte. administrativo Nº 5000-009686/11); Nº 2105/04 (fs. 197/202 de autos) y Nº 156/11 (fs. 211/215 de autos).

En cuanto al agente Damián Roa (FUC), era Jefe de Departamento Patrimoniales y Viviendas Oficiales por Decreto Nº 2457/02; y posteriormente, Jefe del Departamento Seguridad e Higiene, a partir del Decreto Nº 2105/04.

IX.- Ahora bien, en función de lo expuesto, cabe afirmar que no existe desarrollo de prueba en favor de los extremos invocados.

En este sentido, no consta designación de la Sra. Millain como responsable, encargada o jefa del departamento o área de mayordomía.

Hasta el 10/12/11, dicho cargo –o equivalente- no se encontraba previsto en la estructura orgánica del EPROTEN, ya que fue creado mediante Decreto PEP Nº 156/11, con fecha 22/12/11 (fs. 211/215 de autos), bajo la designación de Departamento Maestranza y Limpieza, y con designación de jefe responsable a la agente Ramona Alejandra Barrera, con categoría FUA (fs. 214).

Hasta entonces, los organigramas establecidos por Decretos Nº 457/02 (fs. 10 del Expte. Nº 5000-009686/11); Nº 2105/04 (fs. 197/202) y Nº 13/08 (fs. 15/17), no contienen el cargo de Jefe de Mayordomía o similar.

Así las cosas, el nombramiento de personal, realizado mediante Decreto Nº 156/11, fue confirmado mediante el Decreto PEP Nº 440/13 (fs. 216/232), aprobatorio a partir del 1/10/12 del encasillamiento provisional de la planta funcional del EPROTEN.

En este acto, se consignó que la agente Celia Millain cumplía funciones de maestranza, aunque sin cargo jerárquico o de responsabilidad.

De igual manera, no ha quedado acreditada la prestación de tareas a cargo del sector de mayordomía, conforme fuera invocado por la actora.

En conclusión, el eje de la pretensión se centra en una base fáctica que no se encuentra acreditada en autos, impidiendo abordar su tratamiento de manera apropiada. Por lo cual, propongo al acuerdo, rechazar la demanda interpuesta contra el Ente Provincial de Termas del Neuquén (EPROTEN).

Con respecto a la imposición de costas, las mismas deberán ser soportadas por la accionante vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Dr. RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- En consideración a las consideraciones de hecho y derecho desarrolladas

por el vocal preopinante, adhiero al acogimiento de la acción en los términos señalados en el voto que abre este Acuerdo. ASÍ VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la defensa de falta de legitimación de la Provincia del Neuquén y rechazar la demanda a su respecto, con costas; 2º) Rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Celia Millain contra el Ente Provincial de Termas del Neuquén (EPROTEN); 3º) Imponer las costas a la accionante (art. 68 del CPCCyC y 78 de la Ley 1305); 4°) Regular los honorarios, a los Dres. ... y ... –apoderados de la Provincia del Neuquén-, en la suma de $1.649,52; al Dr. ..., Fiscal de Estado y patrocinante de la misma parte, en la suma de $4.123,80; al Dr. ..., apoderado y patrocinante del EPROTEN, la suma de $11.546,64, según arts. 6, 7, 9, 10, 38 y ccs. 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 Actuaría, que certifica.

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"CARNOVALE ANTONIO GUILLERMO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3862/2012) – Acuerdo: 83/17 – Fecha: 28/06/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

CARGO EXTRAESCALAFONARIO. CESE. VACACIONES NO GOZADAS. PAGO PROPORCIONAL. AÑO CALENDARIO. SALARIOS NO ABONADOS. INCONTESTACION DE LA DEMANDA. VALORACION DE LA PRUEBA. PAGO DE LOS SALARIOS.

1.- Toda vez que el actor cesó en el cargo de Secretario de Gobierno de la Municipalidad de Plottier el día 10/12/11, le asiste el derecho al pago de la licencia anual por vacaciones proporcional al tiempo trabajado en ese año, pero no las correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010, por cuanto el propio Municipio consideró aplicable la normativa estatutaria aludida (de acuerdo a los considerandos del Decreto 1040/12), aún cuando el actor se haya desempeñado en un cargo extraescalafonario, aplica al caso la disposición allí consignada que establece que “el agente tendrá derecho al cobro de la parte de la licencia proporcional al tiempo trabajado en el año calendario en que se produzca la baja”.

2.- El municipio deberá abonarle al actor los salarios correspondientes al período comprendido desde Septiembre del 2011 al 10 de Diciembre de 2011 –fecha de cese- y 2da. Cuota del SAC de dicho año, ya que la falta de contestación de la demanda y la negativa general formulada por la Fiscalía de Estado en su responde, de conformidad a lo establecido por el ya señalado art. 48 de la Ley 1305, pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes. Además, las testimoniales producidas en la causa son contestes en sostener que desde septiembre de 2011 los salarios del actor no fueron abonados.

Texto completo:

ACUERDO N° 83. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiocho días del mes de junio de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO TOMAS KOHON, con la intervención de la Subsecretaria de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. María Guadalupe Losada, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CARNOVALE ANTONIO GUILLERMO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. Nº 3862/2012, en trámite ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 15/17, se presenta el Sr. Antonio Guillermo Carnovale con patrocinio letrado y promueve acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Plottier. Pretende que la demandada le abone los sueldos adeudados de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011, segunda cuota S.A.C. año 2011 y licencias pendientes de los años 2008, 2009, 2010 y 2011, con más los intereses devengados hasta el día de su efectivo pago y las costas del presente proceso.

Indica que el 10 de diciembre de 2007 fue designado con el cargo de Secretario de Gobierno de la Municipalidad de Plottier, con la categoría AP1, en Planta Política y que su función expiró el día 10/12/11.

Menciona que el 21 de diciembre de 2011, mediante Carta Documento, reclamó el pago de salarios y liquidación final adeudada y que, el 23 de marzo de 2012, inició el correspondiente reclamo administrativo bajo Expte. Nro. 4619/A/12, el que fue rechazado mediante Decreto Nro. 1040/12.

Señala que el Estatuto del Personal Municipal establece que el agente que presentare su renuncia al cargo o sea separado del cargo de la administración municipal, por cualquier causa tendrá derecho al cobro de licencias proporcional al tiempo trabajado en el año calendario que se produzca la baja.

Entiende que la Municipalidad comete un error al rechazar su reclamo e indica, además, que no se expidió sobre los sueldos atrasados y SAC que reclamaba.

Efectúa liquidación, la que asciende a la suma de $32.806 Ofrece prueba y funda en derecho.

II.- A fs. 27 se decreta la admisión de la acción mediante Resolución Interlocutoria 104/13 y el actor opta por el procedimiento ordinario (fs. 32); luego, se ordena el traslado de la demanda.

III.- A fs. 36, la parte actora solicita la rebeldía de la demandada.

A fs. 37, considerando la fecha de notificación del traslado de demanda conforme cédula agregada a fs. 34/35, se decreta la rebeldía de la Municipalidad de Plottier y se notifica a fs. 38.

IV.- A fs. 45/46 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado y contesta demanda.

Luego de las negativas de rigor, trascribe los fundamentos del Decreto 1040/12 y de allí desprende que, en tanto el agente no hizo uso de las licencias en debida forma, la demanda debe ser rechazada.

V.- A fs. 49 se abre la causa a prueba y a fs.98 se clausura el período probatorio.

A fs. 105/109 se agrega alegato de la parte actora.

VI.- A fs. 111/113 el Sr. Fiscal General propicia que se haga lugar, en forma parcial, a la demanda.

En relación con el reclamo de vacaciones no gozadas, indica que el actor revestía el carácter de funcionario político designado por el Intendente y, como tal, no se encuentra incluido en el Estatuto y Escalafón del Personal Municipal de Plottier y, dado que, no probó la existencia de licencia acordada ni autorización en tal sentido del Intendente Municipal, entiende que no corresponde hacer lugar al reclamo de compensación por vacaciones no gozadas.

Respecto a los salarios no abonados correspondientes al período septiembre de 2011 al 10 de diciembre de 2011 y la segunda cuota del SAC 2011 proporcional, estima que su pago resulta procedente.

VII.- A fs. 114 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Hecho el recuento de las constancias de la causa, los aspectos a resolver son dos: a) el pago de las licencias por vacaciones no gozadas en los años 2008, 2009, 2010 y 2011; b) el monto correspondiente al Sueldo Anual Complementario 2da. Cuota del año 2011 y las remuneraciones de los meses de septiembre, octubre, noviembre y 10 días de diciembre de 2011, oportunidad en que el actor culminó su desempeño como Secretario de Gobierno.

VIII.1.- Ahora bien, previo a todo, vale señalar que en autos la Municipalidad demandada no contestó el traslado de demanda.

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

El empleo del vocablo "pueden" permite afirmar que se trata de una admisión presunta de la verdad de los hechos pertinentes, con

lo cual ello no impone al juez una decisión favorable a la petición sino sólo en la medida en que la misma sea justa y estuviese acreditada en legal forma.

Por ende, en virtud de lo anterior y de la contestación efectuada por el Sr. Fiscal de Estado, se analizarán las constancias de la causa, comenzando por lo concerniente al pago de la licencia por vacaciones no gozadas.

IX.- Cabe recordar que, como ya lo sostuviera este Cuerpo reiteradamente, entre otros, en el Acuerdo 1643/09 dictado en los autos Cogliatti, "…el art. 14 bis de nuestra Carta Magna establece que "El trabajo, en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador… jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas…", mandato constitucional que está dirigido primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe inclusive al resto de los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, debiendo hacer prevalecer el espíritu protector que anima a tales normas. En idéntico sentido se expresa la Constitución de nuestra provincia (actualmente -arts. 37 y 38-)..."

La finalidad de las vacaciones (licencia ordinaria) es que el trabajador, sano y en condiciones de trabajar, disponga libremente de algunos días por año para descansar física y mentalmente, para disfrutar plenamente de la vida familiar y para su esparcimiento en general, lográndose con esto la consecución de un fin superior, que abarca no sólo los intereses del trabajador (de allí, que no es disponible) sino también el de la organización y la sociedad, en tanto, "tienden, precisamente a evitar una merma en su capacidad laborativa normal, con miras a una producción standar que equilibre la economía del país...".

Ahora bien, la finalidad apuntada –y el doble mandato que el precepto impone tanto al empleador como al trabajador- determina que pueda admitirse la postergación de dicho cumplimiento y por eso, si se produjeran causas que impidieran su efectivo goce –tales como el cese de la actividad- excepcionalmente se admite su compensación en dinero.

Desde allí, tanto la doctrina como la jurisprudencia se orientaron en el sentido de que el descanso no gozado no es compensable en dinero, pero frente a la extinción de la relación laboral, corresponde analizar los motivos que impidieron el goce oportuno y que posibilitarían su pago excepcional (en igual sentido, Ac. 19/12, autos "Mesplatere").

X.- Como puede repararse, esos lineamientos, también se encuentran contenidos en el Decreto 1040/12 por medio del cual se rechazó el reclamo del accionante en sede administrativa (de conformidad a la notificación cursada al actor, fs. 4).

Allí, se comienza por transcribir la disposición estatutaria que establece que "el agente que presentare la renuncia al cargo o sea separada del cargo de la Administración Municipal por cualquier causa tendrá derecho al cobro de la parte de la licencia proporcional al tiempo trabajado en el año calendario en que se produzca la baja (…) igualmente tendrá derecho al cobro de las licencias que pudiere tener pendientes de utilización (…) en caso de fallecimiento del agente, sus derechos habientes percibirán las sumas que pudieran corresponder por licencias no utilizadas, en base al procedimiento anterior".

Y continúa: "Que si bien el Estatuto no prevé expresamente la situación en particular, en función de las normas generales del Derecho Laboral, se puede entender el pago de las licencias corresponde solamente cuando cesa la relación laboral, es decir, por despido, renuncia, jubilación, etc. Debido a la finalidad que tiene la misma"

"Que la licencia anual (vacaciones) es la interrupción retribuida y establecida legalmente, para proporcionar el merecido descanso del trabajador, la que debe ser disfrutada necesariamente y obligatoriamente, no siendo posible su compensación económica, únicamente cabría la compensación en dinero de vacaciones no disfrutadas en el supuesto caso que se haya producido el cese del trabajador antes de haber agotado el periodo vacacional completo".

Sin embargo, acto seguido, rechaza el reclamo bajo el siguiente argumento: "que en atención de que el agente se encuentra en actividad debería hacer uso de sus licencias, no procediendo el supuesto de liquidación por cese, por lo que debe rechazarse el reclamo administrativo interpuesto por el Sr. Antonio Guillermo Carnovale".

Es decir, no lo rechaza, como dice el Sr. Fiscal de Estado en su responde, porque "el agente no hizo uso de sus licencias en forma debida", sino porque consideró que el actor se encontraba en actividad y en tal caso no procede el supuesto de liquidación por cese.

Sin embargo, de acuerdo a cómo han quedado selladas las posiciones de las partes en esta contienda, no es un hecho controvertido que el accionante cesó en su función como Secretario de Gobierno el día 10/12/11, por lo que a la fecha del dictado de dicho acto -26 de junio de 2012- es claro que ya no podía hacer uso de la licencia pendiente.

Siendo ello así, y dado que el propio Municipio consideró aplicable la normativa estatutaria aludida (de acuerdo a los considerandos del Decreto 1040/12), aún cuando el actor se haya desempeñado en un cargo extraescalafonario, aplica al caso la disposición allí consignada que establece que "el agente tendrá derecho al cobro de la parte de la licencia proporcional al tiempo trabajado en el año calendario en que se produzca la baja".

Consecuentemente, habiendo cesado el día 10/12/11, le asiste el derecho al pago de la licencia proporcional al tiempo trabajado en ese año, pero no las correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010.

XI.- Sellado ese aspecto, corresponde avanzar en el análisis de la restante pretensión de pago de los salarios no abonados correspondientes al período comprendido desde Septiembre del 2011 al 10 de Diciembre de 2011 y 2da. Cuota del SAC de dicho año.

En efecto, el actor expresa que, al momento de cesar en sus funciones, se le adeudaban los salarios que reclama y que nunca se hizo efectiva la liquidación final.

Cabe destacar que la demandada, además de no contestar la demanda en estos autos, al rechazar el reclamo impetrado por el actor, nada dijo respecto a "los sueldos adeudados", pues el Decreto 1040/12 se limitó a considerar lo relacionado con las vacaciones no gozadas (conf. fs. 1/6 del Expte. 4619-A-12).

Desde dicho vértice, la falta de contestación de la demanda y la negativa general formulada por la Fiscalía de Estado en su responde, de conformidad a lo establecido por el ya señalado art. 48 de la Ley 1305, pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes.

Además, las testimoniales producidas en la causa son contestes en sostener que desde septiembre de 2011 los salarios del actor no fueron abonados:

El testigo Aragones declaró que el actor fue Secretario de Gobierno durante la gestión 2007-2011; que lo sabe porque él fue Secretario de Obras Públicas y que, al igual que el actor, se le adeudan los sueldos desde septiembre a diciembre de 2011 y el S.A.C. (conf. fs. 54).

Por su parte, la Sra. Adriana Cahais dice que fue Subsecretaria de Hacienda desde abril de 2009 a diciembre de 2011. Dice que era la encargada de abonar los sueldos y que, por tal motivo, sabe que al actor se le adeudan sueldos.

Entonces, en el contexto presentado, en el cual no se ha ensayado defensa alguna con la finalidad de esgrimir la extinción de la obligación reclamada por el actor (pago de los salarios adeudados desde septiembre de 2011 al mes de diciembre de 2011 y 2da. Cuota SAC proporcional 2011), sumado a la prueba testimonial, la que no fue objetada por la demandada ni por la Fiscalía de Estado, corresponde acoger la pretensión de demanda.

Por las razones expuestas, corresponde condenar a la Municipalidad de Plottier a abonar al actor la licencia anual por vacaciones proporcional al tiempo trabajado en el año 2011 y los salarios adeudados correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y 10 días de diciembre de 2011 (fecha del cese), así como la parte proporcional de la 2da. cuota del SAC 2011. Ello, con más sus intereses a la tasa activa mensual del Banco Provincia del Neuquén desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago. La liquidación se difiere para la etapa de ejecución de sentencia.

Asimismo, sobre dichas sumas se deberán efectuar las retenciones y aportes que correspondan al Organismo Previsional.

XII.- Por estas consideraciones, propongo se haga lugar parcialmente a la demanda y, teniendo en cuenta el resultado del pleito, las costas se imponen en un 80% a la demandada y 20% a la actora (artículo 71 del CPCyC). TAL MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: con iguales consideraciones que las efectuadas por el Dr. Massei, emito mi voto de adhesión a los fundamentos y la solución que se propone. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar parcialmente a la acción procesal administrativa incoada por el Sr. ANTONIO GUILLERMO CARNOVALE contra la MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER y, en consecuencia, condenar a la demandada a la demandada a abonar al actor la suma correspondiente a la licencia anual por vacaciones proporcional al tiempo trabajado en el año 2011 –que no fue gozada- y los salarios adeudados correspondientes a los meses de septiembre 2011, octubre 2011, noviembre 2011 y 10 días de diciembre del año 2011 (fecha del cese) así como la parte proporcional de la 2da. cuota del SAC 2011. Ello, con más sus intereses a la tasa activa mensual del Banco Provincia del Neuquén desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago. La liquidación se difiere para la etapa de ejecución de sentencia. Asimismo, sobre dichas sumas se deberán efectuar las retenciones que correspondan en concepto de aportes previsionales y asistenciales al Organismo Previsional y se deberán efectuar las contribuciones a cargo de la demandada. 2°) Las costas, en atención al resultado del pleito, se imponen en un 80% a la demandada y 20% a la actora (artículo 71 del CPC y C de aplicación supletoria). 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. MARIA GUADALUPE LOSADA - Subsecretaria

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

"ARANCIBIA OSCAR C/ SAN CRISTOBAL S.M.S.G. S/ SUMARÍSIMO LEY 2268" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 21/2014) – Acuerdo: 10/17 – Fecha: 12/05/2017

DERECHO PROCESAL: Terminación del proceso.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. CADUCIDAD DE INSTANCIA. COMPUTO DEL PLAZO. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SUSPENSION DE PLAZOS POR MOTIVOS EXTRAORDINARIOS O DE FUERZA MAYOR. COMPUTO DEL PLAZO SUSPENDIDO.

A los fines de determinar el transcurso del lapso eficaz para establecer si la instancia efectivamente se encuentra perimida, no cabe descontar en el cómputo del plazo de caducidad los días en que debido a motivos extraordinarios o de fuerza mayor (ya sea por medidas de fuerza, fenómenos meteorológicos, etc.), el Tribunal haya dispuesto suspensiones.

Texto completo:

ACUERDO N°10: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los doce (12) días de mayo de dos mil diecisiete se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 4° del Reglamento de División en Salas, con los señores vocales doctores RICARDO T. KOHON y ALFREDO A. ELOSU LARUMBE, con la intervención de la subsecretaria civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "ARANCIBIA, OSCAR C/ SAN CRISTOBAL S.M.S.G. S/ SUMARÍSIMO LEY 2268" (Expte. Nº 21 - año 2014) del Registro de la mencionada Secretaría de dicho Tribunal.

ANTECEDENTES: A fs. 170/172 obra resolución de Primera Instancia que rechaza el planteo de caducidad efectuado por la demandada, con imposición de costas en el orden causado.

Contra dicha resolución la accionada deduce recurso extraordinario por Inaplicabilidad de Ley con fundamento en las causales previstas en los incisos a), b) y c) del Art. 15° de la Ley 1.406, declarándose admisible mediante Resolución Interlocutoria N° 175/2015 (fs. 216/218).

A fs. 245/248 obra dictamen del Sr. Fiscal General, quien propicia el acogimiento del recurso casatorio impetrado.

Firme la providencia de autos, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso extraordinario por Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

A las cuestiones planteadas, el Dr. RICARDO T. KOHON dice:

I. A efectos de una mejor comprensión cabe referir los extremos fácticos comprometidos.

1. El demandado peticiona se declare la caducidad de instancia atento a que ha operado en exceso el plazo previsto por el Art. 310, Inc. 2, del C.P.C y C. desde el último acto impulsorio -24/04/13- hasta la interposición del escrito de acuse -12/08/2013, 9:55hs- (cfr. fs. 164/164 vta.).

2. En su contestación, la parte actora sostiene que resulta inadmisible el pedido, en tanto el peticionante no tuvo en cuenta la feria judicial ni la suspensión de cómputo de los plazos procesales dispuesta por los decretos de la Presidencia de este Alto Cuerpo Nros. 230/13, 235/13, 240/13, 242/13, desde el 20/05/2013 al 23/05/2013, inclusive.

Comparte que el último acto impulsorio fue el 24/04/13; refiere que el plazo debe comenzar a contarse desde las cero horas del día siguiente y que los tres meses se cumplen el 25/07/2013. A su vez, que si se descuenta la feria judicial, más la suspensión, el plazo acaecía el 12/08/2013 a la medianoche, por lo cual el acuse de caducidad realizado ese mismo día resulta prematuro (cfr. fs. 166/168).

3. A fs. 170/172 la Jueza de Primera Instancia rechaza la caducidad de instancia. Para así decidir, entiende que este instituto se funda en el hecho objetivo del abandono del juicio y que es de interpretación restrictiva, por lo que en caso de duda ha de estarse por la continuación del proceso.

Cita el precedente "Cifuentes", Acuerdo Nro. 57/2005 del Registro de la Secretaría Civil de esta Tribunal Superior, por el cual se excluyó la feria judicial del cómputo del plazo de caducidad.

Con relación a los días de suspensión de plazos procesales, expresa que si bien la huelga de los empleados judiciales no resulta suficiente a los fines de su descuento, por los términos de los Acuerdos referenciados y dada la excepcionalidad e índole de la medida por la cual se impidió el ingreso al edificio, considera que corresponde deducirlos.

Juzga que el último acto impulsorio data del 24/04/13, que el plazo debe computarse a partir del 25/04/13, con lo cual el 25/07/13 se configuraría la perención de instancia, pero si se descuentan los días de feria de julio y la suspensión de plazos referida, recién se cumplirían los 3 meses de inacción el 13 de agosto de 2013, por lo cual a la fecha de la petición el plazo no estaba cumplido.

4. Contra dicha resolución, a fs. 179/195 el demandado interpone recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley, invocando gravedad e interés institucional.

Funda su remedio en las causales previstas en el Art. 15º, incisos a), b) y c) de la Ley 1.406.

Alega violación de la ley e interpretación errónea de la doctrina legal.

Señala los Arts. 34, inc. 4, y 311 del C.P.C. y C.

En primer lugar, expresa que la sentencia viola el citado Art. 311 que dispone que los plazos correrán durante los días inhábiles. Arguye que la decisión atacada descontó del plazo de caducidad los días de suspensión de plazos procesales dispuesta por los decretos 230/13, 235/13, 240/13 y 242/13 de este Tribunal, contrariando lo previsto por el legislador.

Menciona que si la resolución entendió que debían ser analizadas las circunstancias extraordinarias alegadas por el actor, dicho análisis no debió ser parcial, incompleto y omitiendo considerar hechos relevantes como el trámite impreso al juicio y el tipo de proceso escogido.

Añade que nada imposibilitó que el actor impulsara el trámite los días 27, 28, 29, 30, 31 de mayo, todos los días del mes de junio y julio e incluso los primeros once días de agosto.

Señala que en el caso concreto, la A-quo descontó diecinueve días inhábiles, en contra de la expresa previsión del citado Art. 311.

También, invoca arbitrariedad, en los términos del Art. 15°, inciso c), de la Ley Casatoria, por error de cálculo al momento de excluir del cómputo los días de feria judicial.

Denuncia que es arbitrario y carente de fundamento el motivo por el cual deben computarse 15 días por la feria de invierno cuando hubiese correspondido que se computen doce. En efecto, añade, la feria judicial de invierno 2013 se extendió desde el 08/07/13 hasta el 19/07/13 inclusive, conforme se dispuso mediante Acuerdo Administrativo N°4697/13, del Registro de la Secretaría de Superintendencia de este Tribunal Superior de Justicia.

Argumenta que el fallo ha realizado mal el cálculo correspondiente. Entiende que si se tiene en cuenta que el plazo de tres meses se cumplió a las 24hs. del 25/07/13, aun cuando se adicionaran dieciséis días -los mentados doce días de feria y cuatro días por suspensiones decretadas por este Alto Cuerpo-, el plazo de caducidad habría operado el sábado 10/08/13 a las 24hs. y no el 13/08/13 como lo ha determinado la jueza de grado.

5. A fs. 198/202vta. contesta el traslado la parte actora, quien solicita su rechazo.

6. Mediante Resolución Interlocutoria Nº 175/2015 (fs. 216/218) se declaró admisible el recurso extraordinario interpuesto por las causales contenidas en el Art. 15°, incisos a), b) y c) del Ritual Casatorio.

7. A fs. 245/248 obra dictamen del Sr. Fiscal General quien propicia acoger la impugnación, decretando operada la caducidad de instancia.

Entiende, dejando a salvo su criterio respecto del último acto impulsorio que lo ubica en la providencia de fs. 162, que el plazo comenzó a correr a las 00:00hs. del 24 de abril de 2013, cumpliéndose los tres meses a la medianoche del 24 de Julio de 2013.

Respecto del descuento de los días por suspensión de plazos procesales, señala que en el caso particular no corresponde su descuento, en tanto no se afectó la posibilidad de dar impulso al proceso una vez finalizada dicha suspensión.

Y, con relación al descuento de los días correspondientes a la feria judicial de invierno, menciona el criterio sentado por este Cuerpo en la causa "Cifuentes", y que en su opinión, de allí se desprendería que la feria judicial de invierno se extendería por 15 días, lo cual se contradice con la forma en que, año a año, se dispone el receso, que en todos los casos es de 12 días corridos.

Concluye que adicionándole los citados 12 días al plazo primigenio, la caducidad operaba a la medianoche del 5 de agosto de 2013, razón por la cual propicia que este Cuerpo declare la procedencia del recurso extraordinario deducido.

II. Finalizado el raconto expuesto, corresponde ingresar a la resolución de los presentes.

1. Para ello es importante examinar las proyecciones que aquí se derivan de la doctrina establecida por este Tribunal Superior a partir de la Resolución Nro. 141/2008 –COMPAÑÍA DE TIERRAS PATAGÓNICAS-, caso en el que también se cuestionaba una decisión de Primera Instancia que rechazó un acuse de caducidad de instancia.En la mentada decisión se modificó el procedimiento de revisión, por parte de este Alto Cuerpo, en los casos de decisiones de juezas o jueces de Primera Instancia, inapelables, y contra las cuales también se denegaba el recurso casatorio deducido en los términos de la Ley N°1.406.

De acuerdo a lo que allí se anticipó, conforme expresa disposición normativa, la decisión que aquí se cuestiona es inapelable –cfr. Ar. 317 del C.P.C. y C.- y tal como se señaló al momento de la apertura de esta instancia extraordinaria, que la sentencia impugnada no ostentaba el carácter de definitiva, pues no finiquita el litigio ni impide su continuación. Por el contrario, evita el deceso del trámite, permitiendo que éste continúe.

Por ello la excepcionalidad de la apertura de la instancia casatoria sólo con fundamento en que los agravios planteados denuncian arbitrariedad suscitando –prima facie- cuestión federal. Así entonces, el presunto yerro cometido por el A-quo en el cómputo del plazo tornó imperativa la revisión pues ello se traduciría –se dijo- en una violación a la garantía del debido proceso consagrada en el Art. 18 de la Constitución Nacional.

Por otro lado cabe recordar que, las resoluciones dictadas por los magistrados de Primera Instancia no pueden, en principio, ser atacadas directamente mediante recurso de casación. En efecto, la ley específica en la materia -1.406- no prevé que los recursos de casación –sea por Inaplicabilidad de Ley o de Nulidad Extraordinario- puedan interponerse contra aquel tipo de resoluciones. Así, el art. 1° establece que procederán contra las sentencias definitivas de las Cámaras de Apelaciones de todos los fueros.

Sin embargo, la idea que los jueces de grado puedan denegar el recurso extraordinario local fue vinculada también con el buen orden de los juicios y la vigencia de los principios de economía y celeridad procesal. Por ello, se los consideró facultados para denegar el recurso de casación ante remedios manifiestamente improcedentes y en los casos que el propio ordenamiento mandaba la inapelabilidad de lo decidido.

En pocas palabras, para que la jurisdicción extraordinaria alcance este tipo de decisiones –léase, dictadas por magistrados de primera instancia e inapelables- deben presentarse casos en los cuales se configuren cuestiones que denoten una conexión directa con las garantías receptadas en la Constitución, en los Tratados Internacionales o bien, que comprometan el diseño constitucional local, así como el rol institucional asignado a este Tribunal.

Al efecto, el impugnante debe realizar un planteo concreto de la cuestión federal comprometida y este Tribunal Superior –excepcionalmente- debe tratar la impugnación recursiva, con el limitado alcance señalado, como consecuencia de la doctrina de la Corte Suprema sentada a partir de las señeras causas “Strada” y “Di Mascio” (cfr. R.I. 20/05, 59/08 y 60/08 del Registro de la Secretaría Civil).

Ahora bien, el tratamiento de la cuestión federal alcanza a los judicantes de todas las instancias, por lo que la configuración de un supuesto de tales características debe ser ponderado por el Juzgador al momento de examinar el recurso planteado contra el auto que el ordenamiento procesal considera como inapelable. En tales supuestos, el sentenciante de grado puede, mediante resolución fundada sobre este punto concreto, sustanciar, en su caso, y elevar la causa.

Corresponde hacer notar que tal examen ha sido omitido en el auto obrante a fs. 196, el cual se limitó a sustanciar la impugnación extraordinaria planteada.

Ante ello, cabe exhortar a la Judicatura de grado a motivar la cuestión constitucional comprometida en estas decisiones, supuesto que habilitaría la excepcional interposición del remedio casatorio contra una resolucióninapelable.

2. A la luz de los lineamientos trazados, corresponde efectuar el examen concreto del remedio intentado.

No obstante la apuntada omisión de examinar los agravios constitucionales, razones de economía y celeridad procesal, determinan la improcedencia del reenvío, a lo que se suma que los elementos obrantes en autos resultan suficientes al efecto (Art. 17, inciso c, de la L.C.).

Pues bien, a través de causal contenida en el inciso c), de la Ley N° 1.406 –arbitrariedad- se controvierte la base fáctica de la causa y, conforme doctrina de este Cuerpo, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas (cfr. Acuerdo N° 7/2013 -“ROMERO”-, entre otros, del Registro de la Actuaria).

El impugnante denuncia arbitrariedad por un erróneo cómputo en el plazo de la perención, invoca violación de derechos constitucionales, explica su directa e inmediata conexión con la materia del pronunciamiento como también el yerro en el cómputo del plazo en cuestión.

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).

Además, que nuestro sistema organiza al proceso bajo lo que se denomina principio de preclusión procesal, los plazos son

perentorios (cfr. Art. 155 del C.P.C y C.). De allí la trascendencia de su correcto cómputo.

En definitiva, el error en el cómputo de los plazos vulnera el debido proceso y, por consiguiente, constituye un típico caso de arbitrariedad de sentencia.

En los presentes, la Judicatura de grado excluyó del cómputo de la caducidad tanto los días de suspensión dispuestos en cierto período del año 2013 como también la feria judicial de invierno de igual año.

Y si bien la sentencia no expresa la cantidad de días tenidos en cuenta, por la feria judicial, realizado el cómputo correspondiente, la finalización del plazo estaría dada a las 24hs. del 10 de agosto y no como dice la magistrada el 13 de agosto.

Así se constata el error en el cómputo, por lo que el acuse no habría sido prematuro, vulnerándose con ello la garantía del debido proceso –Art. 18 de la Constitución Nacional.

De conformidad con el examen formulado, acreditada la configuración de la arbitrariedad denunciada por el impugnante, corresponde invalidar la decisión de Primera Instancia (Art. 17, inciso b), de la L.C.) obrante a fs. 170/172, por haber incurrido en la causal contenida en el inciso c), del Art. 15°, de la Ley Casatoria, deviniendo abstracto el tratamiento de las restantes causales.

3. Sentado lo expuesto, en los términos del Art. 17, inciso c), del Ritual Casatorio, corresponde resolver el pedido de caducidad planteado en autos.

3.1. El Art. 310, inciso 2º del C.P.C. y C. establece:

"…Se producirá la caducidad de instancia cuando no se instare su curso dentro de los siguientes plazos: …2º De tres meses, en segunda o tercera instancia, y en cualesquiera de las instancias de los juicios sumarios y sumarísimos".

Surge claro de la norma transcripta que el plazo a computar será el de tres meses.

Por su parte, el Art. 311 del C.P.C. y C. dispone:

"Los plazos señalados en el artículo anterior se computarán desde la fecha de la última petición de las partes, o resolución o actuación del tribunal, que tuviese por efecto impulsar el procedimiento. Correrán durante los días inhábiles, pero se descontará el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes o por disposición del juez".

Este último artículo señala de qué modo se computa el plazo de caducidad, es decir, cuándo comienza a correr y cuándo se produce su vencimiento.

3.2. Este Tribunal ha diseñado, a través de diversos pronunciamientos, su doctrina del instituto procesal de la caducidad de instancia.

Las pautas referidas específicamente al cómputo del plazo, fueron elaboradas a través de los Acuerdos Nros. 57/2005 ("CIFUENTES"), 2/2006 ("CAMPS, ENRIQUE PEDRO C/OJEDA, NÉLIDA S/ LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD"), 38/2006 ("I.A.D.E.P. C/ LA FORESTAL SRL Y OTROS S/COBRO EJECUTIVO), y 32/2012 ("NAHUELCAR, CARLOS SANTIAGO C/ROSANO JOSÉ S/SUMARIO).

Como corolario de tales Acuerdos, cabe destacar:

3.2.1. Que en el cómputo de la caducidad de la instancia no corresponde contabilizar los días de feria judicial, puesto que en dichos lapsos los litigantes no pueden realizar actos de impulso del proceso y su inclusión reduciría el plazo útil para hacerlo. Ello alcanza tanto a la feria judicial de invierno, como de verano (Acuerdo Nro. 57/2005 –CIFUENTES-, del Registro de la Secretaría Civil).

3.2.2. Que el plazo se computa desde la fecha de la última petición de las partes, o desde la resolución o actuación del juzgado o secretaría. En efecto, el primer día lo constituye el siguiente al del último acto que tiene por objeto impulsar el proceso, o sea, no se cuenta el día de la realización del acto. Y finaliza a la medianoche del día en que se cumple el plazo que corresponda (Cfr. Acuerdo Nro. 32/2012 –NAHUELCAR- de idéntico registro).

3.2.3. Que, dado que el vencimiento del plazo opera a la medianoche del día que corresponda, por aplicación del Art. 124 del C.P.C. y C., puede actuarse dentro de las dos primeras horas del día hábil siguiente, denominado comúnmente plazo de gracia (Cfr. Acuerdo Nro. 38/2006 -I.A.D.E.P.-) del mismo registro.

3.2.4. Que en punto a los días de suspensión dispuestos por este Alto Cuerpo, por la Sala Procesal Administrativa, se resolvió que la suspensión a que refiere el Art. 313 del Ritual Civil y Comercial no puede asimilarse a la dispuesta por los Decretos de Presidencia. Pues, dicha suspensión debe resolverse en el expediente y comprende los supuestos, por ejemplo, de fallecimiento de alguna de las partes, o cuando alguna se torna incapaz (Art. 43), cuando tiene lugar la muerte o inhabilidad del apoderado (Art. 53 inc. 6), etcétera (cfr. R.I. Nro. 213/15, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Se apuntó a que el Art. 311 del C.P.C. y C. establece que los plazos correrán durante los días inhábiles y se remarcó que el Código Procesal refiere a los días regularmente inhábiles, pero no a aquellos "declarados inhábiles" por una dificultad de peticionar ante la justicia.

De todos modos, no resulta adecuado admitir el descuento de los días de suspensión de términos cuando, aún pendiente de vencimiento el plazo de caducidad, tal circunstancia no impidió el impulso posterior de la causa.

Sobre este tema, la Corte ha precisado que el cómputo de la perención no se suspende durante los días declarados inhábiles pues ellos no se consideran feria judicial (FALLOS: 313:1081; 328:277).

En síntesis, no cabe descontar en el cómputo del plazo de caducidad los días en que debido a motivos extraordinarios o de fuerza mayor (ya sea por medidas de fuerza, fenómenos meteorológicos, etc.), el Tribunal haya dispuesto suspensiones.

3.3. Sentadas las pautas aplicables al instituto, y trasladando tales conceptos a los presentes, surge, conforme certifica la Actuaria en este mismo acto, que la fecha en que se produjo la firma digital de la providencia obrante a fs. 163vta. es el 24/04/2013.

Sin perjuicio de lo destacado por el Sr. Fiscal, acerca de su carácter de último acto de impulso, en lo que aquí respecta, y en tanto y en cuanto el resultado final no se vería modificado en uno u otro caso, no resulta conducente examinar tal atributo. Además, no fue cuestionado oportunamente por ninguna de las partes.

Por aplicación de las pautas mencionadas, el plazo se inició el 25 de abril de 2013, a las 00 horas. Si consideramos debe computarse de forma corrida, y por tres meses -de acuerdo a la naturaleza del proceso-, el término expiraba a las 24 horas del 25 de julio de 2013.

Luego, conforme la doctrina derivada del Acuerdo 57/2005, ya citado, debe descontarse el período de la feria judicial de invierno.

Cabe precisar que para determinar la duración de dicho receso deberá computarse el período que cada año, en uso de sus atribuciones constitucionales, este Alto Cuerpo disponga por Acuerdo administrativo (cfr. Arts. 240 C.P., 34 de la ley orgánica del Poder Judicial -Decreto Ley 1436 y sus modificatorias- y el Reglamento de la Justicia de la Provincia del Neuquén, modificado por Acuerdo 5496, punto 13).

Entonces, para el cómputo del plazo de perención, deberá estarse al período de receso estival o invernal, según el caso, dispuesto por Acuerdo de este Tribunal, y descontarse en forma corrida los días allí determinados. Esto es, si para la feria correspondiente a invierno 2013 - Ac. 4967 Punto 9- se dispuso una extensión de doce días (del 08 al 19 de Julio) deberán adicionarse doce días corridos al término del plazo de caducidad.

Idéntico criterio es aplicable al receso judicial de verano.

De conformidad con lo expuesto, aún con el descuento de los doce días correspondientes a la feria judicial de invierno 2013, la instancia debe reputarse caduca, pues el pedido de caducidad formulado el 12/08/2013 no fue prematuro.

Sobre la base de los elementos sopesados corresponde recomponer el litigio mediante el acogimiento del pedido de perención formulado por el accionado.

III. Que, con respecto a la tercera cuestión planteada, las costas por la instancia principal se imponen a la parte actora en su carácter de perdidosa (Art. 68 del C.P.C. y C.).

A su vez, por el incidente de caducidad de instancia las costas de Primera Instancia y de esta etapa, en consideración a la forma en que se resuelve, el criterio que se precisa y la controversia suscitada al respecto, corresponde que sean impuestas en el orden causado (Art. 68 in fine y 279 del C.P.C. y C. y 12 de la Ley N° 1.406).

En relación a los honorarios, la base regulatoria para el caso será el monto de la demanda (Art. 20 de la Ley Arancelaria, modificada por Ley 2.933), conforme el porcentaje de la escala legal, el carácter de la intervención, la etapa cumplida y el resultado del pleito (Arts. 6, 7, 10, 15, 20, 35, 39 de la Ley 1.594). VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El señor vocal doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE dice: Comparto los fundamentos y la solución propuesta por el Dr. RICARDO T. KOHON en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso extraordinario por Inaplicabilidad de Ley deducido por SAN CRISTÓBAL S.M.S.G., a fs. 179/195, y en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente pronunciamiento, CASAR la resolución de Primera Instancia impugnada por haber incurrido en el vicio denunciado y configurarse una cuestión federal ante la vulneración del debido proceso. Por ser los elementos sopesados suficientes para fundar el dictado de un nuevo pronunciamiento en los términos del Art. 17º, inc. c), de la Ley 1.406, recomponer el litigio, mediante el acogimiento del pedido de caducidad de instancia formulado por SAN CRISTOBAL S.M.S.G., en virtud de los fundamentos expuestos. 2°) IMPONER las costas por la instancia principal a la actora (Art. 68 del C.P.C. y C.). IMPONER las costas por el incidente de caducidad, en ambas instancias, en el orden causado (Arts. 68 in fine del C.P.C. y C. y 12° de la Ley Ritual), atento lo considerado en el punto III de la presente 3°) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes: Dr. ..., en el doble carácter por la parte actora, en el 70% del 11%, por una etapa del proceso, con más el 40% que determina el Art. 10 de la L.A. Asimismo, los honorarios correspondientes al incidente que aquí se resuelve, para retribuir lo actuado en idéntico carácter, en un 20% de las pautas mencionadas precedentemente (cfr. Art. 35 de la Ley citada). A su vez, los

honorarios por su intervención en esta etapa extraordinaria, en un 30% de la suma que resulte para retribuir lo actuado en idéntico carácter, en la instancia de origen por el incidente de caducidad; a la Dra. ..., patrocinante de la parte actora- por su intervención en la instancia principal, en el 70% del 11%, por una etapa del proceso. Además, por su intervención en el incidente de caducidad de instancia, en un 20% de las pautas mencionadas precedentemente; al Dr. ..., en el doble carácter por la parte demandada, por su intervención en la instancia principal, en el 11% del monto de la demanda, por una etapa del proceso, con más el 40% que determina el Art. 10 de la L.A. Los honorarios correspondientes al incidente de caducidad de instancia, en un 20% de las pautas mencionadas precedentemente y por su intervención en esta instancia casatoria, en un 30% de la suma que resulte para retribuir lo actuado en idéntico carácter, en la instancia de origen por el incidente de caducidad (cfr. Arts. 6, 7, 10, 15, 20, 35, 39 Ley arancelaria reformada por Ley 2.933). 4°) Disponer la devolución del depósito, cuyas constancias obran a fs. 178 y 209 (Art. 11°, L.C.). 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

Con lo que se da por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación, firman los señores Magistrados presentes por ante mí, que doy fe.

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

“MANTERO LAURA C/ LÓPEZ ROBERTO Y OTROS S/ ACCIÓN DE NULIDAD” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 319914/2005) – Acuerdo: 15/17 – Fecha: 23/06/2017

DERECHO CIVIL: Derechos reales.

DOMINIO. ADQUISICION DEL DOMINIO. ACTOS POSESORIOS. TRADICION. TERRENO BALDIO. AMOJONAMIENTO. DACION EN PAGO. NULIDAD DE LA DACIO. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. PROCEDENCIA.

1.- Corresponde declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la actora contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, que declara desierta la apelación interpuesta por aquella y, en su consecuencia, confirma el rechazo de la demanda decidido en la Primera Instancia. Ello así, pues la Alzada interpreta erróneamente la apelación deducida al estimar que se detiene en una referencia tangencial cuando en rigor resulta ser gravitante -pues tiene entidad para hacer variar el resultado final del proceso-, en tanto intenta demostrar que resulta erróneo calificar como tenencia y no como posesión a la entrega estipulada en el boleto de compraventa. Y, a su vez, también soslaya que entre los gravámenes denunciados, el recurrente ataca la orfandad probatoria de actos posesorios que se le achaca –más allá de las declaraciones insertas en el contrato- cuando denuncia y argumenta que no se valoran algunas pruebas que dan cuenta de ello además que la apreciación efectuada resulta incorrecta, cuando el memorial de la parte actora cumple con los recaudos previstos por el ritual (art. 265 del C.P.C. y C.), aun cuando hubiera podido entenderse que en forma no totalmente acabada.

2.- Si ha mediado transmisiones del dominio sucesivas de un inmueble por parte del mismo

vendedor, una efectuada mediante boleto de compraventa y la otra por dación en pago volcada en escritura pública, cabe dirimir quien demuestra que tiene la posesión por aplicación analógica de lo dispuesto por los arts. 594 y 3269 –aunada a la interpretación analógica del 2791- del código velezano y su similar 756 del nuevo ordenamiento civil.

3.- La tradición es el primero de los actos posesorios. Conforme lo prescribe el propio Código Civil, ella se entenderá hecha cuando se lleve a cabo según alguna de las formas allí autorizadas (art. 2378).

4.- La tradición comprende no solo la posibilidad física de disponer de la cosa (inmueble) sino también el medio de crear la posibilidad física. Siguiendo el ejemplo de la entrega de las llaves, ésta constituye el medio que establece la posibilidad de actuar físicamente sobre el inmueble.

5.- No podrá hablarse de entrega de llaves cuando se trata de un terreno baldío que no cuente con un acceso cerrado mediante una llave, por tanto el amojonamiento realizado por un mandatario constituye el acto material efectuado por el vendedor a través del cual hizo entrega del terreno al comprador. Nada impedía que el vendedor cumpliera el acto personalmente o bien a través de un mandatario. Asimismo, tal entrega ha sido un acto voluntario; efectuado por quien estaba legitimado –toda vez que revestía la calidad de propietario-vendedor y tenía capacidad suficiente –tanto él como su mandatario-; realizado en el lugar en que se sitúa el terreno; todo lo cual importó, ni más ni menos, el cumplimiento –pago- de una de las obligaciones a su cargo derivada del contrato de compraventa (art. 1323 C.C.) que sirve como título suficiente –causa- del acto (art. 2355 C.C.).

6.- Tratándose de la cosa vendida de un terreno baldío, cuya venta se concretó en el año 1970 y derivó de un loteo de una superficie mayor, el amojonamiento constituye un medio apto para que el comprador tenga la posibilidad física de disponer de la cosa, toda vez que a través de ello conoce los límites físicos dentro de los cuales puede ejercer sus derechos posesorios. Sin mengua de esta conclusión, el art. 2384 del Cód. Civ. califica al deslinde como uno de los actos posesorios sobre las cosas inmuebles. A su vez, dicho acto se cumplió previo anoticiamiento del comprador, quien no estaba obligado a concurrir a su práctica pues le bastaba dar su asentimiento con el simple hecho de no oponerse al acto que se le informó que se iba a cumplir. Con base en estas proposiciones fácticas y a tenor del contexto jurídico antes explicitado, se encuentra suficientemente probado que se ha realizado la tradición del inmueble en litigio y, a través de ella, que el comprador entró en su posesión, cumpliéndose, de esta forma, el modo suficiente como requisito constitutivo para adquirir el derecho real de dominio.

7.- No mella la conclusión de que se ha adquirido derecho real de dominio por tradición el hecho de que el comprador no realizó los trámites pertinentes para escriturar, en tanto con la tradición se transmitió la posesión de la cosa y esta subsiste mientras no haya voluntad en contrario.

8.- La actora asume la calidad de tercero perjudicado por la dación en pago. Se trata de una sucesora a título particular que sucede al vendedor en el derecho de propiedad y que no puede ser alcanzada por los efectos jurídicos del otro acto realizado por el vendedor que venga a frustrarlo. Por consiguiente dicha dación es prohibido en los términos del art. 953 del Cód. Civ.,

toda vez que, que está viciado en su origen pues resulta perjudicial al derecho de la actora para obtener la forma legal del acto jurídico –escritura pública del contrato de compraventa- y, de tal manera, adquirir el derecho real de dominio. Esta situación acarrea la nulidad total de la dación en pago y la consecuente escritura pública en la que fue instrumentado.

Texto completo:

ACUERDO Nro. 15. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintitrés días de junio de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia integrada –conforme el artículo 4° del Reglamento de División en Salas- por los Sres. vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "MANTERO LAURA C/ LÓPEZ ROBERTO Y OTROS S/ ACCIÓN DE NULIDAD" (Expte. Nro. 319914 - año 2005).

ANTECEDENTES: A fs. 1088/1105, la actora Laura Andrea MANTERO, deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia dictada a fs. 1080/1083vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala III- de la ciudad de Neuquén, que declara desierta la apelación interpuesta por aquella y, en su consecuencia, se confirma el rechazo de la demanda decidido en la Primera Instancia.

A fs. 1112/1117vta. y 1120/1128vta. lo responden las codemandadas ACTIVA S.A. y Nora Zulema REMÓN –respectivamente-. Peticionan que se desestime con costas.

A fs. 1133/1134vta., mediante Resolución Interlocutoria N°275/15, esta Sala declara admisible el recurso articulado. Contra ésta, a fs.1136/1137 la codemandada REMÓN deduce recurso de revocatoria, que es replicado, a fs.1143/1144, por la accionada. A fs. 1148/1150, por Resolución Interlocutoria N°32/16, se rechaza la reposición deducida.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que esta Sala 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, dice:

I. La respuesta del asunto exige que realice una síntesis de los aspectos relevantes de la causa, de cara a los concretos motivos que sustentan la impugnación extraordinaria.

II. 1. Así, estas actuaciones fueron iniciadas por la Sra. Laura Andrea MANTERO para procurar: 1°) la nulidad de la escritura de dación de pago del lote 11, manzana T, del paraje Puerto Manzano, Villa La Angostura, otorgada por la Escribana Laila Simán y celebrada por LA ACTIVA S.A. en favor de la Sra. Nora Zulema REMÓN; y 2°) la escrituración del inmueble antes aludido a su favor por parte de LA ACTIVA S.A.; todo ello con reserva por los daños y perjuicios que se le ocasionaran.

Relató que el 1/6/1969 el Sr. Alejandro González adquirió el inmueble mediante boleto de compraventa suscripto con la sociedad demandada. Destacó que a partir de ese momento -según lo pactado en las cláusulas 2, 3, 4, 5 y 8-, se le hizo entrega del lote al comprador, con la condición de cancelar el precio, y de constituirse ante el escribano designado para suscribir la escritura traslativa del dominio y eventual hipoteca por el saldo del precio.

Afirmó que en cumplimiento de sus obligaciones se constituyó ante el notario, quien recabó los datos necesarios para firmar la escritura correspondiente. Añadió que adquirió la posesión mediante la tradición hecha oportunamente a través de la entrega realizada según lo indica el boleto.

Señaló que el saldo del precio lo canceló totalmente el 29/11/1976 y que el 14/9/1977 fue citado por el Escribano Facio para entregar la documentación requerida para la escrituración, lo cual cumplió y quedó a la espera de que el nombrado le comunicara la fecha de su otorgamiento, lo que no ocurrió por el fallecimiento del notario.

Aseveró que el 23/6/1994, por cesión de derechos y acciones del boleto –notificada conforme lo estipulado en la cláusula 8°-, comenzó a poseer pacíficamente el lote, junto a su marido como dueños, y a realizar pequeñas mejoras. Denunció que el 9/6/2003 se ratificó dicha cesión ante escribano por resultar infructuosos las gestiones y el emplazamiento para escriturar.

Adujo que se enteró de diversos fraudes cometidos por la vendedora respecto de otros compradores y poseedores en el mismo loteo en que se sitúa el terreno en litigio, por lo cual inició un embargo preventivo tendiente a prohibir contratar respecto de aquél.

Fundó la pretensión de nulidad de la escritura en la carencia de tradición y buena fe de la adquirente Nora Zulema Remón.

En cuanto a lo primero, expresó que con la venta hecha al Sr. González se hizo la tradición de la posesión, respetándosela durante años, aún después de que fuera transmitida a la demandante producto de la cesión. Sostuvo que la codemandada LA ACTIVA S.A. quedó obligada a escriturar a favor del comprador y/o ella –como cesionaria-, sin poder hacerlo a nadie más (arts. 1085bis y 2355, últ. parte Cód.Civ) toda vez que se canceló el precio en 1976, interrumpiéndose desde ese entonces la prescripción de la acción tendiente a reclamar el título. Hizo hincapié en que la sociedad vendedora no ostentaba la posesión y, por ende, se hallaba impedida de hacer la tradición de la cosa a la Sra. Remón –tercera adquirente- porque antes la había efectuado al Sr. González con la firma del boleto de compraventa.

Acerca de lo segundo, manifestó que la coaccionada Remón no es adquirente de buena fe porque junto a la escribana interviniente no cumplieron con el estudio de títulos previo al otorgamiento de la escritura de venta. De allí que no puede ampararse en lo dispuesto por el Art.1051 del Cód. Civ.

Por su parte, basó el reclamo de escrituración en virtud de las infructuosas intimaciones tendientes al cumplimiento de esa obligación por parte de LA ACTIVA S.A. como vendedora del inmueble. Resaltó que se pagó la totalidad del precio y que su percepción implicó el reconocimiento –tácito o explícito- del deber de escriturar. Agregó que también surge este reconocimiento de los siguientes hechos: a) la posesión continuada, pacífica e ininterrumpida ejercida por el Sr. González y continuada por la actora; b) la citación para escriturar hecha al comprador por el escribano Facio -designado en el boleto–;

c) lo explicitado en la cláusula quinta del boleto de venta en orden a la obligación del comprador de concurrir a la oficina del aludido notario para firmar la escritura traslativa de dominio.

2. La codemandada Laila Herminia del Carmen Simán negó y desconoció la mayoría de los hechos. Refirió que en mayo de 2004 fue contratada por el apoderado de LA ACTIVA S.A. para hacer la escritura pública de un inmueble, por lo cual comenzó los trámites previos –certificados de dominio e inhibiciones y préstamo de título antecedente a la sociedad- a fin de establecer la existencia de impedimentos para el otorgamiento del instrumento requerido, al cabo de lo cual constató que no existían. Añadió que hizo estudio del título del que surgió que la titular del bien era LA ACTIVA S.A. desde hacía más de treinta años, no surgiendo que el inmueble haya sido vendido al Sr. González, a través de Vinelli, luego cedido a la Sra. Mantero y pagado el total del precio.

Alegó falta de diligencia –y propia torpeza- de la actora para realizar los trámites legales para figurar como titular registral, y con ello, que el inmueble figure inscripto a nombre de otra persona. Señaló que cumplió con toda la normativa legal existente para el otorgamiento de la escritura sin incurrir en negligencia como fedataria pública.

3. El coaccionado Roberto López reconoció que participó de la escritura traslativa de dominio del lote en litigio y a favor de la Sra. Remón en cumplimiento de instrucciones del directorio de LA ACTIVA S.A. y negó los restantes hechos alegados por la actora.

Adujo que ésta ejerce la usurpación del inmueble –y de otros- pues ingresó en forma clandestina o con violencia al quitar los alambrados y colocar una casilla, para después justificar su intervención con documentos de dudosa legalidad al fabricarlo antedatado y sin fecha cierta, resultando la cesión ineficaz para poder oponerla a terceros. Por tanto, reconviene para que se ordene la desocupación del inmueble.

Relató que antes de la transmisión a la Sra. Remón, juntos visitaron el lote y no tenía ocupación, habiendo concurrido a la municipalidad para verificar el pago de los servicios municipales. Aclaró que antes hubo otros interesados y que dos inmobiliarias lo tuvieron para la venta desde el año 2000.

Indicó que LA ACTIVA S.A. dio en pago el inmueble como reparación a las sumas percibidas como anticipo de la venta de otro lote situado en el mismo loteo.

Manifestó su oposición, como tercero con interés legítimo, al contrato de cesión de derechos y acciones presentado por la actora, por cuanto debió instrumentarse por escritura pública (art.1184 y 1455 Cód. Civ.) y el traspaso no fue notificado ni aceptado por el deudor cedido (art.1449, mismo ordenamiento), sin que la notificación de la demanda surta tales efectos. Por consiguiente, concluyó que no adquirió eficacia oponible al titular dominial.

Además opuso excepción de prescripción contra la demanda de nulidad y escrituración, por haber transcurrido los plazos legales sin intimar ni exteriorizar su pretensión para ello. Negó que se haya interrumpido.

4. La codemandada Remón contestó la demanda e interpuso –por reconvención- interdicto de recobrar la posesión. Este último fue declarado inadmisible.

Contó que en 14/12/2001 celebró un boleto de compraventa con LA ACTIVA S.A. del lote 8 manzana B ubicado en Villa La Angostura, por un precio total pagaderos en dólares billetes estadounidenses y fraccionado en dos cuotas con vencimientos a los cinco días de suscripto y el 12/4/2002. Abonó la primera pero no la segunda en virtud de que su importe estuvo depositado a plazo fijo en entidades bancarias y resultó inmovilizado por la emergencia económica de inicios de 2002. Expuso que pese al reclamo judicial tendiente a la restitución de esos fondos, se venció el plazo de pago y ello causó la resolución de la compraventa.

Tras negociaciones con la sociedad vendedora aceptó recibir en pago el lote 11 de la manzana T por un valor manifiestamente menor al abonado a cuenta del precio por la necesidad de no perder todo lo invertido. Aseguró que concurrió personalmente a Villa La Angostura y fue al lote junto al Sr. Pincemín. Allí constató que no tenía ocupante alguno y contaba con un cerramiento de alambre y una parte movible que hacía las veces de tranquera.

Más tarde, en 4/6/2004 se otorgó la escritura traslativa de dominio, habiéndole requerido a la escribana Simán el estudio de antecedentes. Aclaró que abonó los impuestos adeudados. En dicho acto se hizo tradición de la posesión.

Afirmó que la actora ingresó con posterioridad, obrando de mala fe, en forma clandestina y con violencia, al reemplazar parte del alambrado existente, colocar una tranquera al frente y construir un precario rancho, para luego introducir leña, cortar árboles, hacer una letrina, todo lo cual –juzgó- como una temeraria maniobra usurpatoria. Resaltó que el inmueble nunca tuvo instalado los servicios de luz, agua o gas.

Argumentó que la escritura no puede ser objeto de la acción intentada sino de redargución de falsedad y que los instrumentos con los que la contraria pretende hacer valer sus derechos no tienen entidad para destruir la fé pública de aquella.

5. LA ACTIVA S.A. respondió la demanda y opuso excepción de prescripción.

Esta última la asentó en el transcurso del plazo de dos años, para intentar la nulidad desde que la causa de ella fuere conocida, y de diez años, para articular la escrituración debido a que nunca tuvo la posesión pacífica y continua, o en el caso –dijo hipotético e improbado- desde que se suscribió el boleto de compraventa, o se canceló el precio, o desde la cesión del boleto.

Después que negó el marco fáctico descripto en la demanda, narró que es propietaria del lote desde el 24/12/1965 y ejerció su posesión de forma legítima, pacífica e ininterrumpida. Rechazó haberlo vendido a Alejandro D. González y haber firmado un boleto con éste. Y si un tercero hizo ello, fue sin facultades, representación ni poder conferidas por ella, por lo cual le resultan inoponibles los actos cumplidos por ese. Desconoció que el codemandado López, en vigencia del poder, realizó operaciones de compraventa o dación el pago del terreno pues no rindió cuentas de ello.

A todo evento, imputó negligencia del mencionado González y la actora –cesionaria- porque no se escrituró el boleto ni se lo intentó por más de treinta años, y también dado que la cesionaria no se cercioró de la existencia y legitimidad de los derechos que se le transmitían, máxime cuando eximió al cedente de responsabilidad sobre el particular.

Asimismo cuestionó la posesión alegada debido a que ello no se trasluce de un simple acto unilateral y aislado que constató un escribano, ni tampoco pudo continuarse por una cesión celebrada en la ciudad de Buenos Aires o con la actora domiciliada en Bernal, Prov. de Bs. As. y el cedente en Capital Federal.

6. La parte actora contestó las excepciones.

Respecto de la opuesta por el codemandado López, pidió su rechazo y costas. Reiteró que en 1977 fue citado por el Esc. Facio a escriturar pero no se pudo concretar por su fallecimiento, volviéndolo a intentar infructuosamente por los reiterados cambios de domicilio de la sociedad demandada. Insistió en que el plazo para accionar está interrumpido.

En cuanto a las articuladas por la accionada LA ACTIVA S.A., negó que haya transcurrido el plazo bianual entre el otorgamiento de la escritura y el inicio de la demanda. Además repitió los argumentos brindados al responder la excepción intentada por el demandado López.

7. La sentencia de Primera Instancia rechazó la demanda contra todos los demandados, con costas a la accionante.

Sentó, como punto de partida, la existencia del boleto de compraventa celebrado entre el Sr. Alejandro Daniel González y el martillero Rodolfo J.W. Vinelli -como comisionista de LA ACTIVA S.A.-, en fecha anterior a 1970 –dado que ese año el vendedor requirió del comprador que se proceda a la escrituración-, y que el precio se abonó en su totalidad. Además, estimó acreditada la cesión de los derechos y acciones emergentes del boleto a favor de la actora, desde la certificación notarial de las firmas -9/6/2003- y no desde la inserta en el documento de cesión -23/6/1994-.

Luego, abordó la nulidad pretendida. Afirmó que mediaron dos ventas sucesivas del inmueble, una por boleto y otra por escritura, siendo preferido el adquirente por boleto que detenta la posesión sobre el que tiene escritura pero sin posesión, pues ésta dirime el conflicto al tratarse de una forma de publicidad.

Bajo esta premisa, se avocó a constatar la existencia de la posesión y la realización de actos posesorios del adquirente, sin que baste la declaración de voluntad si no llegó a materializarse.

A estos efectos ponderó los testimonios del comprador y su cónyuge. Y así aseveró que el primero reconoce que ningún acto posesorio realizó, que no conoció el lote sino solo Villa La Angostura por haber pasado por allí haciendo turismo; que no hizo construcciones ni mejoras ni efectuó medidas de cuidado; ni tampoco abonó impuestos o tasas; y reconoció que no concurrió –pese a ser citado- a presenciar el amojonamiento, ni realizó los trámites pertinentes para suscribir la escritura. Respecto a la segunda testimonial, señaló que avala lo dicho por el primero.

Al propio tiempo, dado el reconocimiento expreso del comprador, le restó relevancia a los dichos del testigo Giani referidos a que el agrimensor Sorroche hizo el amojonamiento y puso en posesión a los adquirentes. Y de las restantes testimoniales, concluyó que vieron –hasta el 2000- que en el lote había vegetación virgen, un alambrado antiguo y precario, que no había construcciones y estaba deshabitado, además de que era exhibido para su venta por el Sr. López –como apoderado de LA ACTIVA S.A.- a quien creía su propietario. Por ende, rebajó la idoneidad del acta notarial arrimada por la actora para demostrar actos posesorios dado que fue labrada en fecha posterior -28/10-2004- a la escritura de venta -4/6/2004- cuya nulidad se pretende.

Destacó que no se probó que el terreno cuente con servicios básicos de luz, gas o agua, pero sí que la sociedad demandada fue quien asumió el pago del impuesto inmobiliario al firmar un plan de pagos en 2001. Llamó la atención de la sentenciante que ningún vecino hubiera advertido la realización de las mejoras invocadas ni se ofreciera como testigo a la persona que la ejecutó o eventualmente habitó la casilla.

A su vez, juzgó insuficiente los términos del propio boleto por dos razones: a) allí se indica que se hace entrega de una tenencia precaria que se ejercerá a nombre del comprador hasta la escrituración, lo cual denota que el adquirente carece de animus domini, y b) las declaraciones volcadas en el documento si no son acompañadas de actos materiales no tienen ningún valor para adquirir la posesión.

A la luz de esto, afirmó que la parte actora no produjo prueba que demuestre la efectiva realización de actos posesorios y mucho menos la publicidad de actos materiales verificables por terceros. En consecuencia rechazó la pretensión de nulidad.

Por otro lado, señaló que tampoco se demostró la negligencia atribuida a la escribana demandada ni la mala fe de la codemandada Remón, y por tanto, debe rechazarse la demanda en su contra.

Por último, también concluyó que no se avaló la existencia de actos interruptivos de la prescripción para escriturar dado que la actora no es ni fue poseedora del lote.

8. La parte actora no se conformó y expresó sus respectivos agravios.

Aseveró que el decisorio confunde el verdadero sentido de una cláusula del boleto de compraventa cuando sostiene que la entrega del lote fue en tenencia precaria siendo que en realidad fue en posesión, lo cual no se sustenta ni en los hechos ni el derecho aplicable y transgrede la doctrina sentada por la Alzada en la causa “Artacho c/CATALÁN S.A. y otro”. Y como corolario, se equivoca al establecer que la actora –como cesionaria del boleto- recibió el inmueble en tenencia.

Invoca la opinión autoral de Echegaray, que se inclina por la invalidez de esa cláusula pues más allá de lo dicho por las partes contractuales se dan los elementos que la ley fija como suficientes para que opere la tradición que transmite la posesión. Asimismo cita a Morello que proclama, más allá de la literalidad del convenio, que existe un contrato y una entrega consecuencia de ése, por lo que en realidad el adquirente -por actos materiales de él o del vendedor- recibió la cosa y ejerce un poder a título de dueño, siendo su posesión corpus y animus aunque las partes la llamen tenencia.

Pone de relieve que en el mencionado antecedente jurisprudencial se dijo que la tenencia precaria implica el reconocimiento de la existencia del corpus. Y el pago total del precio provoca un cambio en el animus porque nadie termina de pagar para no convertirse en otra cosa que dueño de la cosa.

Asimismo, se quejó de que se le niegue al original adquirente y a la cesionaria el animus domini como compradores que recibieron el lote y cancelaron el precio de la compraventa.

Señaló que quien adquiere un inmueble lo hace con la intención de someterlo a su propiedad y no para devolvérselo al vendedor. Agregó que si a ello se le suma que el comprador pagó la totalidad del precio, se realizó la mensura del lote, y durante treinta y seis años el vendedor no reclamó la devolución del lote ni terceros se opusieron a la posesión pacífica y legítima, entonces resulta errado reputar que ese comprador no tiene ánimo de ser dueño sino tenedor.

A la vez, le causó gravamen que se desconozca prueba producida, o se le otorgue un sentido diferente, o bien se le reste entidad.

Así, refirió a la confesión ficta de la codemandada Remón. Acotó que en su momento peticionó se la tenga por confesa y la A quo resolvió diferir su tratamiento para el momento de sentenciar, sin que esto haya sucedido. Apuntó que de haberla considerado en conjunto con lo afirmado por esa al contestar la demanda en orden a que concurrió y visitó el lote y debió interponer un interdicto de recobrar, hubiera llevado a la magistrada a sostener que la nombrada nunca obtuvo la posesión mediante la tradición porque el Sr. González y la actora eran quienes la habían obtenido con anterioridad, de forma legítima y de buena fe.

A su vez reprochó que fueran desechados los siguientes medios: 1.- Los informes de la escribanía Pereyra Lucena (fs.311/314) y de la inmobiliaria Vinelli (fs.326/335); 2.- La libreta de pagos de Vinelli; y 3.- Las testimoniales de Carlos Giani, (fs.506 y su vta. y 543 y su vuelta), Alejandro Gonzáles (fs.507/509) y María Elena González (fs510/511). Todos –según dijo- son coincidentes en corroborar la posesión efectiva de González –como adquirente original- y Mantero –como cesionaria-.

Por otro lado, no se conformó pues la sentenciante soslayó –pese a estar demostrado con el informe de Vinelli-, que en febrero de

1970 el Agrimensor Soroche realizó la mensura y amojonamiento por orden de LA ACTIVA S.A. y a favor de González, lo cual importó un típico acto posesorio ejercido por otro, en los términos del art.2351 del Cód. Civ.

Y también porque obvió que en cada una de las contestaciones de demanda se reconoció la existencia de la compraventa a favor de González y que ninguno de los demandados ejerce la posesión, lo cual –conforme lo explica- le quita legitimidad y modo a la pretendida escritura de dación en pago a favor de la codemandada Remón.

9. A 1057/1063vta. y 1064/1078vta. los codemandados López y Remón –respectivamente- replicaron el recurso.

10. A fs.1080/1083vta. la Cámara de Apelaciones dictó sentencia que declaró desierta la revisión ordinaria articulada y, en su consecuencia, confirmó la anterior que rechazó la demanda.

Para así decidir, en primer lugar sintetizó el fundamento del resolutorio apelado del siguiente modo: cuando median dos ventas sucesivas –una por boleto y otra por escritura-, el conflicto se dirime a favor de quien comprueba actos posesorios materiales, lo cual no se encuentra acreditado por la actora -como cesionaria por boleto de compraventa-, sin que basten a tal fin simples declaraciones o testimonios que fueron precisamente analizados y descartados.

Luego, resumió los agravios en estos términos: se reputa una mala interpretación del vocablo tenencia precaria inserta en el boleto de compraventa; se insiste que la posesión queda probada con el amojonamiento; y se cita un precedente de otra Sala.

Tras ello, observó que el escrito se detiene en una referencia tangencial del decisorio, convirtiéndola en motivación principal, lo cual lleva a tergiversarlo mientras que omite atacar -en forma precisa y concreta- las razones dirimentes, es decir la falta de prueba de actos posesorios materiales sin que sirvan a este efecto las meras declaraciones consignadas en el boleto, mientras que sí se han demostrado tales actos a nombre de la titular, la última con tradición conforme escritura pública.

Puntualizó que la jueza de grado consideró: 1.- no acreditada -en forma inequívoca- la posesión de la actora y su cedente; 2.- carentes de valor e idoneidad probatoria a las declaraciones insertas en el boleto si no se corresponden con actos materiales y públicos que las exterioricen; 3.- no probada la incorporación de mejoras antes de la escritura –cuya nulidad se pretende- y en la que consta la tradición a la compradora demandada; 4.- no verificada la posesión, queda despojado de efectos interruptivos al transcurso del plazo de prescripción de la acción para escriturar que se encuentra excedido desde que estuviera expedita.

De seguido, insistió con que los gravámenes no rebaten los antecedentes contrarios al principal postulado de la actora de haber detentado por largos años el inmueble. Así detalló que: 1.- la fecha cierta de la cesión es junio de 2003 y no junio de 1993; 2.- el pago de los tributos lo hizo la sociedad vendedora y luego la última adquirente; 3.- no se comprobó que el amojonamiento lo ordenó o se cumplió por decisión o intervención del cedente o cesionaria, siendo insuficiente a tal propósito la mención hecha en el boleto y por uno de los testigos si se lo confronta con el testimonio del propio adquirente originario y su esposa en cuanto a que no conocían el bien ni realizaron actos o adoptaron medidas sobre éste; 4.- no existen pruebas de la ocupación del inmueble, mediante la casilla, antes de 28/10/2004, dando cuenta los testigos de que el bien era exhibido para su venta por el apoderado de la sociedad demandada y que no contaba con servicios de luz, gas ni agua.

Además, refirió que el precedente “Artacho” no podía causar perjuicio desde que es imposible equipararlo con este caso atento a que allí se acreditó el cumplimiento de las obligaciones a cargo del comprador –pago de tributos-, mientras que en los presentes ello no se comprobó y la declaración relacionada con la tenencia provisoria no fue acompañada con acto posesorio alguno según lo disponen los arts. 2378 y ccdtes. del Cód. Civ..

Por su parte, advirtió que el apelante adujo que la construcción de los fundamentos de la sentencia se basan en un sofisma al confundir lo que es posesión con tenencia, pero no señaló cuál es el razonamiento errado. Agregó que aquél denunció la falta de tratamiento de cuestiones sobre la valoración de la prueba, mas no justificó su incidencia en lo resuelto. Y, también, que atribuyó frases inexistentes en la resolución para luego confrontarlas con imputaciones injustificadas, afirmaciones dogmáticas y generalizaciones ineficaces respecto del contexto fáctico y jurídico abordado en torno de la posesión.

11. A fs.1088/1105 la Sra. Laura Andrea MANTERO interpuso recurso de Inaplicabilidad de Ley.

Tilda de arbitrario tal decisorio por incurrir en errores de hecho y de derecho que –según entiende- conllevan el aval de una maniobra ilícita por parte de los nuevos titulares del inmueble objeto de litigio.

Afirma que tal arbitrariedad surge al descalificase sin motivo los fundamentos de su recurso de apelación y atribuírsele intenciones cuanto menos inexistentes, como también por persistir en la confusión conceptual de tenencia y posesión sin distinguirlos adecuadamente.

Acerca de este último punto, refiere que –al contrario de lo postulado por el Ad quem- no se trata de una referencia tangencial la decisión de la A quo de otorgarle validez a la cláusula contractual que indica que el comprador recibe la tenencia precaria y no la posesión, pues ello es el pilar sobre el que se construyó su resolutorio. Por consiguiente, su ataque mediante la apelación resulta ajustado al art.265 C.P.C. y C.

Considera erróneo que la Alzada diga que no se probó que el amojonamiento y mensura lo realizaran González o su esposa pues nunca sostuvo ello sino que lo efectuó el agrimensor Soroche a nombre de los adquirentes y conforme lo permite el art.2351 del Cód. Civ., lo cual quedó demostrado con el testimonio del Sr. Giani y los comprobantes y asientos contables de Vinelli.

Achaca que se usan parcialmente las declaraciones de González y su cónyuge, sin considerar las preguntas con las cuales se corresponden aquellas y obviando lo expresado por el testigo Giani en orden a que se les entregó la posesión a los nombrados. Destaca que no fuera importante que la vendedora se haya desprendido del bien y se haya desinteresado del mismo por más de treinta años.

También reprocha que no se equipare este caso con el precedente Artacho, al estimar los magistrados que en este último la parte actora cumplió las obligaciones a su cargo sin que suceda lo mismo en los presente, cuando este extremo no es lo que se discute. Aduce que eran obligaciones a cargo de los actores luego de que los vendedores habían entregado la posesión de los lotes, más allá de que se paguen o no los impuestos, o se visite o no el lugar.

Enuncia otras circunstancias erróneamente consideradas y otras omitidas por los sentenciantes que revisten gravedad suficiente como para constituir absurdo.

III. Abierta la vía casatoria a través del carril de Inaplicabilidad de Ley, es oportuno comenzar por el tratamiento de la denunciada arbitrariedad, por cuanto a través de ella se controvierte la base fáctica de la causa, sin cuya adecuada fijación no es posible la correcta respuesta jurídica ligada al caso.

La causal de arbitrariedad de la ley neuquina, prevista por el carril de 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. mi voto en Acuerdo N° 30/91 “HERMOSILLA” del Registro de la Actuaria).

Como es sabido, este Tribunal posee jurisprudencia pacífica relativa a qué debe entenderse por absurdo en la valoración de hechos y pruebas.

Así, se ha precisado que 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 Nro. 15/2012 “Arce Esteban c/ Loma Negra s/ Laboral”. También Acuerdos Nros.50/92, 80/93, 115/95, 7/13, 56/13 y R.I. Nros. 1391/96, 94/01, entre muchos otros).

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 susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica” (Cfr. T.S.J.N., Ac. N° 19/98, “CEA”).

A su vez, respecto de las impugnaciones vinculadas a la deserción de los recursos de apelación este Cuerpo ha dicho:

“La determinación en orden a si una expresión de agravios reúne o no las condiciones establecidas en las normas procedimentales, constituye una cuestión de hecho exenta, en principio, de control en la sede extraordinaria de casación, salvo que la interpretación del alcance e idoneidad del memorial resulte absurda” (T.S.J. Nqn., R.I. Nº59/2001; 175/2010; 117/2011, ambas del Registro de la Secretaria Actuante).

Por regla, las instancias ordinarias gozan de una amplia esfera de acción en la apreciación de los hechos y pruebas. El límite, incurrir en absurdo o arbitrariedad. Pues tal facultad podría soslayarse cuando un excesivo rigor en la técnica irrumpa como una negativa a tratar la cabal solución que pretende quien solicita justicia.

Con base en los parámetros expuestos, debe constatarse si la decisión que declaró desierto el recurso ordinario de apelación, incurrió en los vicios que se denuncian.

IV. 1. Sobre la materia, el artículo 265 del ritual procesal civil establece:

“[…] El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores […]”.

En efecto, la fundamentación del recurso de apelación no puede consistir en una mera discrepancia que manifiesta el recurrente respecto del criterio sustentado por el tribunal de la causa (cfr. ARAZI, Roland – ROJAS Jorge A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, pág. 835).

Por el contrario, la apelación debe contener una crítica concreta de cada uno de los puntos en donde quien juzgó habría errado en su análisis, sea por una interpretación equivocada de los hechos de la causa, o bien por una aplicación errónea del derecho, para señalar a continuación el modo en que debió resolverse la cuestión, de modo tal que quede demostrado, a través de un razonamiento claro, el fundamento de la impugnación (Ibíd).

Esta crítica implica el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas.

Tenemos entonces que, la expresión de agravios es el acto mediante el cual el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos o de la prueba o a la aplicación de normas jurídicas. Se trata, por lo tanto de una alegación crítica e indirecta (cfr. RIVAS, Armando Adolfo, Tratado de los Recursos Ordinarios, Tº 2, pág. 472, citado en voto disidente Acuerdo Nº 15/01 "BENEDITTI", del Registro de la Actuaria).

Ahora bien, aun cuando, como ya dijera, jurisprudencialmente se haya concedido al Tribunal sentenciante la facultad de declarar la deserción de un recurso cuando la expresión de agravios adolezca de graves falencias, debe igualmente tenerse en cuenta que -tal como sostienen nuestros doctrinarios- tal deserción debe ser interpretada restrictivamente cuando la expresión de agravios no cumple los requisitos internos de suficiencia en su fundamentación; es decir, declarar desierto el recurso cuando resulta de toda evidencia que el apelante no ha querido o no ha podido allegar elementos de crítica a la sentencia (PODETTI, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral- Tratado de los Recursos, Edit. Ediar 1958, pág. 169, en ACUERDO Nº 15/01 –voto en disidencia ya citado-).

En suma, si la expresión de agravios cumple en cierta medida con las exigencias del art. 265 del C.Proc., conforme al criterio amplio y flexible que debe adoptarse para su valoración, debe estimarse que la carga procesal de fundar los agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido.

2. Trasladados tales conceptos al presente, examinaré la resolución de fs. 1080/1083vta.

En tal sentido, la Alzada en primer lugar sintetizó las razones que justificaron la sentencia de Primera Instancia y, tras cartón, hizo lo propio respecto de la expresión de agravios, en los siguientes términos:

"El recurrente se disconforma a través de un extenso y reiterativo escrito que concentra su atención en una supuesta mala interpretación del término 'tenencia precaria' del boleto de compraventa, insistiendo que prueba la posesión con el amojonamiento realizado y citando un precedente jurisprudencial de otra sala.

Como se puede observar […] la apelación se detiene en una referencia tangencial de la sentenciante y la convierte en motivación principal, tergiversando de esta forma el decisorio, mientras omite atacar en forma precisa y concreta las razones que sí son dirimentes, cual es la falta de prueba de actos posesorios materiales, abstrayéndose de la consideración de que no sirven las mera declaraciones a sus efectos, cuando –por el contrario- sí se han probado tales actos a nombre de la titular, la última con tradición conforme escritura pública".

En su momento, y en lo relativo a este tópico, la A quo aseveró que en los supuestos como el presente en que existen ventas sucesivas del mismo inmueble, el conflicto se dirime a favor de quien detenta la posesión (cfr. fs.1013, 1er. párrafo). A partir de esta premisa y con la prevención de que no bastan las declaraciones que expresan la voluntad o la declaran sin llegar a materializar o simbolizar la posesión (cfr. fs. 1013vta., 2do, párr.; y fs. 1014, 3er y 4to. párr.), analizó los medios probatorios producidos como también los argumentos de la parte actora.

En ese contexto reputó insuficientes las declaraciones contenidas en el boleto de compraventa por dos motivos: El primero, pues allí se afirma que la entrega de la cosa se hace en tenencia precaria, con lo cual el adquirente carece de animus domini. Y el segundo, pues si se aceptara, como lo pretende la demandante, que tal entrega implicó la posesión, la declaración hecha en el boleto es de ningún valor pues no fue acompañada con evidencias de actos materiales que acrediten dicha posesión. Para llegar a esta conclusión, cabe consignar que analizó los argumentos y las pruebas y en dicha faena le quitó relevancia al testimonio de Giani que dio cuenta que el agrimensor Sorroche hizo el amojonamiento de los lotes y puso en posesión a los adquirentes.

De su lado, la demandante en su apelación se agravió en el entendimiento que se confunde el verdadero sentido de una cláusula del boleto de compraventa cuando se asevera que la entrega del inmueble fue en tenencia precaria siendo que en realidad fue en posesión (cfr. fs.1039, Pto. II). En su apoyo invocó y transcribió –en parte- lo sentado por la Alzada en el caso "Artacho c/CATALÁN S.A." (cfr. fs. 1039/1040); adujo que el concepto de tenencia precaria no es propio del derecho argentino porque: a) nadie compra y abona la totalidad del precio de un inmueble para devolvérselo al vendedor, por ende, no puede juzgarse que la entrega fue en tenencia pues de ésta emerge la obligación de devolver, y b) en el derecho argentino no existe el concepto jurídico de precario (cfr. fs. 1041, Pto. V); arguyó –con sustento doctrinario- que el boleto de compraventa constituye un modo legítimo para adquirir la posesión y no la tenencia, por lo que el comprador ejerce la posesión en su exclusivo y propio interés y no en el del propietario (cfr. fs. 1042); refirió que el animus –como requisito de la posesión- que caracteriza al adquirente por boleto de compraventa deriva de: a) la intención de someter a la cosa a su propiedad y no para devolverla al titular del dominio, y b) recibir la cosa, cancelar el precio, efectuar la mensura –por medio del Agrimensor Soroche-, ejercer la posesión durante treinta y seis años de forma pacífica y sin oposición de ninguna clase (cfr. fs.1043/1044); alegó que debe tenerse por no escrita y restarse validez –según opinión

jurisprudencial y autoral- a la cláusula inserta en un contrato de compraventa que establece la entrega en tenencia en lugar de la posesión, dado que el rasgo esencial de aquella se contradice con la compraventa y sus objetivos (cfr. fs.1044/1045); reivindicó su tesitura de considerar poseedor y no tenedor al ocupante con boleto cuando está ausente una causa jurídica concurrente que corresponda con la tenencia declarada en el contrato (art.218, inc. 3° del Cód. Com.), debido a que no será la mera voluntad declarada por el tradens lo que califique de posesión o tenencia al resultado de la tradición, sino la verdadera causa jurídica y el fin a la que ella responde (cfr. fs. 1047); aseveró que la enumeración de los actos posesorios formulada en el art.2384 del Cód. Civ. no es taxativa ya que la voluntad de poseer puede expresarse por otros medios, tal como surge de la actuación del agrimensor Soroche que, en nombre de los compradores, efectuó la mensura y amojonamiento, según dispone el art.2351 en concordancia con el 2394, configurándose el caso del representante voluntario que tomó la cosa a favor del comitente (fs.1047, al final); denunció que no se consideró parte de la prueba que produjo, en particular, la confesión ficta de la codemandada Remón -a pesar de que ello fue diferido por la jueza de Primera Instancia para el momento de sentenciar en definitiva-, que de habersela valorado en conjunto con lo que aquella afirmó al responder la demanda en orden a que concurrió y visitó el lote y debió interponer un interdicto de recobrar, hubieran llevado a la magistrada a sostener que la nombrada nunca obtuvo la posesión mediante la tradición porque el Sr. González y la actora eran quienes la habían obtenido con anterioridad de forma legítima y de buena fe (cfr. fs. 1048 y 1040); y censuró que indebidamente se valoraron –individual y en conjunto- las pruebas que detalla a fs. 1052, 4to. párrafo.

La confrontación entre los fundamentos que apoyaron lo resuelto en la instancia originaria y los agravios y las razones que los justifican me lleva a coincidir con lo denunciado por la aquí impugnante.

En efecto. En tal sentido, observo comprobado que el significado y alcance dado al término tenencia precaria no constituye una referencia tangencial de la A quo –como lo afirma la Alzada-, pues infirió que ello demuestra que el adquirente carece del ánimus domini propio del poseedor. Para esto debe tenerse presente que aquella sentó como premisa de partida que el conflicto de ventas sucesivas del mismo inmueble se decide a favor de quien detenta la posesión. Por consiguiente, el tópico resultó ser dirimente y no tangencial en la solución definitiva, habiendo sido causa apta de gravamen y suficiente fundamentación conforme los motivos expuestos en el párrafo de más arriba.

Además, y al contrario de lo sustentado por el Ad quem-, queda en evidencia que el apelante se agravió porque se aseguró que no había prueba de actos posesorios materiales de su parte. De ello da cuenta el memorial reseñado supra, en particular al denunciar que no se ponderaron algunas pruebas o que dicha actividad resultó defectuosa. Aclaro que esta conclusión no juzga acerca de la procedencia de la queja.

O sea que la Alzada interpreta erróneamente la apelación deducida al estimar que se detiene en una referencia tangencial cuando en rigor resulta ser gravitante -pues tiene entidad para hacer variar el resultado final del proceso-, en tanto intenta demostrar que resulta erróneo calificar como tenencia y no como posesión a la entrega estipulada en el boleto de compraventa. Y, a su vez, también soslaya que entre los gravámenes denunciados, el recurrente ataca la orfandad probatoria de actos posesorios que se le achaca –más allá de las declaraciones insertas en el contrato- cuando denuncia y argumenta que no se valoran algunas pruebas que dan cuenta de ello además que la apreciación efectuada resulta incorrecta.

En consecuencia, al analizar la pieza procesal recursiva, advierto que, aplicando los criterios amplios expuestos en los considerandos que anteceden, el memorial de la parte actora cumple con los recaudos previstos por el ritual (art.265 del C.P.C. y C.), aun cuando hubiera podido entenderse que en forma no totalmente acabada. Pues el desarrollo formulado contiene –aunque mínimamente- una articulación suficiente de los errores achacados a los aspectos dirimentes de la sentencia de Primera Instancia, en tanto se indicó los defectos del pronunciamiento atacado y los motivos que le dan basamento a la impugnación.

Esto lleva a tener por configurada la existencia de un error en la valoración del escrito recursivo que infringe las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resultan conclusiones contradictorias con las constancias de esta causa –pues existen agravios concretos que ponen en crisis cuestiones centrales-.

Todo, en el entendimiento que las exigencias del rito deben evaluarse con la razonable amplitud que impone el ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio (arts. 18 de la Constitución Nacional y 27, 58 y 63 de la Constitución de la Provincia del Neuquén).

Sentado lo que antecede, al configurarse en el sub-examine las arbitrariedades denunciadas y que provocaron el desvío lógico constitutivo del absurdo, nos encontramos ante una incorrecta fijación de la plataforma fáctica sobre la cual basó su decisorio la judicatura de Alzada.

Desde esta perspectiva, se advierte configurada la arbitrariedad prevista en el inciso c), del art.15° de la Ley 1.406. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

V. 1. A la luz del art. 17°, inc. c), del Ritual Casatorio, corresponde recomponer el litigio. A tal efecto habré de atender la totalidad

de los agravios expresados por la accionante contra el resolutorio de Primera Instancia. Por razones de método alteraré el orden en que son propuestos y, de corresponder, se los reagrupará.

2. En primer término cabe abordar las quejas relacionadas con la prueba de los hechos. En dicho orden y según lo reseñé en el capítulo anterior, los reproches de la impugnante son dos y apuntan a la valoración del material tendiente a demostrar su posesión sobre el inmueble. Uno, porque se omitió ponderar algunos medios probatorios, en concreto la confesión ficta de la codemandada Remón. El otro, porque dicha tarea fue deficiente tanto respecto de cada medio como también en su conjunto.

A tal efecto habré de revisar la actividad desempeñada por la A quo.

Sobre el extremo fáctico surge que ponderó el testimonio del comprador y concluyó que reconoce que no realizó ningún acto posesorio, que no conoció el lote sino solo Villa La Angostura cuando pasó por allí por turismo; que no hizo construcciones, mejoras ni efectuó medidas de cuidado; ni tampoco abonó impuestos o tasas; y reconoció que no concurrió –pese a ser citado- a presenciar el amojonamiento, ni realizó los trámites pertinentes para suscribir la escritura. Luego señaló que todo esto lo avala la declaración de la cónyuge.

Tras esto y dado el reconocimiento expreso del comprador, le quitó relevancia a los dichos del testigo Giani referidos a que el agrimensor Sorroche hizo el amojonamiento y puso en posesión a los adquirentes. Y de las restantes testimoniales derivó que vieron –hasta el 2000- que en el lote había vegetación virgen, un alambrado antiguo y precario, que no había construcciones y estaba deshabitado, además de que era exhibido para su venta por el Sr. López –como apoderado de LA ACTIVA S.A.- a quien creía era su propietario. Por ende, le restó idoneidad al acta notarial arrimada por la actora para demostrar actos posesorios dado que fue labrada en fecha posterior -28/10-2004- a la escritura de venta -4/6/2004- cuya nulidad se pretende.

Asimismo destacó que no se probó que el terreno cuenta con servicios básicos de luz, gas o agua, pero sí que la sociedad demandada fue quien asumió el pago del impuesto inmobiliario al firmar un plan de pagos en 2001. Llamó su atención que ningún vecino hubiera advertido la realización de las mejoras invocadas ni se ofreciera como testigo a la persona que las ejecutó o eventualmente habitó la casilla.

A su vez, juzgó insuficiente los términos del propio boleto por dos razones: a) allí se indica que se hace entrega de una tenencia precaria que se ejercerá a nombre del comprador hasta la escrituración, lo cual denota que el adquirente carece de animus domini, y b) las declaraciones volcadas en el documento si no son acompañadas de actos materiales no tienen ningún valor para adquirir la posesión.

Pues bien. Revisados todos los medios probatorios producidos, constato que le asiste razón al impugnante por los dos motivos que lo agravian, ello así, de conformidad con las razones que paso a exponer.

Existe un déficit al valorar los dichos del Sr. Alejandro Daniel González (fs.558/560), comprador originario, pues preguntado (cfr. N° III, del pliego de la codemandada Simán, fs. 527) si sabe y como le consta que se hiciera entrega de la tenencia o de la posesión del inmueble, responde que “si se le hizo entrega de la tenencia o posesión del lote, una de las condiciones era el pago de las diez primeras cuotas por adelantado y con eso se entregaba la posesión, recuerda que lo citaron para mojonar pero debía estar presente en Villa La Angostura y que no pudo ir, pero si él no se encontraba se hacía igual”. Y al ser interrogado (cfr. la N° IV, de igual pliego) si sabe haber ejercido la posesión en forma pacífica e ininterrumpida desde el año 1969, contestó que “supone que sí, él nunca concurrió al lugar”. Y más adelante (cfr. sexta ampliación, fs. 559) cuando se lo sondea si recuerda cómo y cuándo le dieron la posesión del lote, dice que “no lo recuerda, le mandaron una carta o nota cuando se iba a hacer el amojonamiento, la documentación que tenía era una libreta en la que a medida que iba pagando las cuotas, se sellaban, manifiesta que inclusive no recuerda bien si de esas diez primeras cuotas cuando se las sellaron correspondía a las diez últimas”. Y al ser consultado (cfr. la octava, hecha a viva voz por el codemandado López, fs.559vta. al final/560), acerca de qué acto material hizo o cree haber hecho para entregar la posesión a la Sra. Mantero, expresó: “que lo hizo con la entrega de la libreta, le dio los elementos que tenía y que con eso le demostraba que era mío, él pagó y con eso se supone que el terreno era suyo e hizo entrega de los papeles de Vinelli y a la libreta que tenía, toda la documentación que tenía”. Cabe indicar que el peso de este testimonio no se ve menguado por un posible interés propio en orden a la garantía de evicción por los derechos cedidos a la actora (arts.2155 a 2163 C.C.), toda vez que ésta expresamente lo libera de ello (cfr. documento de cesión de derecho y acciones, fs. 921 vta.).

Estos extremos son avalados por el Sra. González, esposa del comprador. Preguntada (cfr. N° III, del pliego de la codemandada Simán, fs. 528) si sabe y como le consta que su esposo tenga la tenencia o de la posesión del inmueble, responde que: “habían pagado un número de cuotas determinado y le entregaron un boleto y después siguieron pagando, no recuerda que haya firmado nada en esa oportunidad, lo terminaron de pagar, al terreno, era una cuota pequeña no recuerda cuántas”. Y, de ser afirmativa la anterior (cfr. la N° IV, de igual pliego), al ser interrogada si sabe y como le consta quién entregó la tenencia o posesión, dijo que “se la otorgó alguien de Vinelli, pero no recuerda bien porque se encargaba su marido, no tuvieron que viajar a Villa La Angostura”.

Y también resulta congruente con la declaración del testigo Giani, que al ser escrutado (cfr. N° VIII, del pliego de la codemandada Simán, fs. 529) si sabe y como le consta que la actora tuviera la posesión del inmueble, expresa que: “a la Sra. Mantero nunca se le entregó la posesión del bien debido a que el lote de esta litis manzana T, lote 11, le fue vendido al Sr. Alejandro González y la entrega de la posesión la realizó en el mes de febrero de 1970 el Agrimensor Juan Alberto Sorroche, tal consta en los registros contables de pago de sus honorarios por el amojonamiento y entrega de la posesión a todos los compradores incluyendo al Sr. González. Me consta porque el Sr. González abonó sus cuotas mensuales hasta la cancelación del saldo de precio convenido en el mes de diciembre de 1976”. El grado de valor de este medio de prueba es elevado si se tiene en cuenta que no le comprenden las generales de la ley; prestó sus servicios para la firma Vinelli a la época en que sucedieron los hechos de la primera venta (1968); alcanzó la categoría de gerente general y con ello una posición que le permitió conocer personalmente los hechos declarados -tanto para esa fecha y aún pasados muchos años después-; da cuenta de sus dichos; y, además, su edad (67) a la época de prestar declaración (2007) permite inferir que contaba con 28/29 años al momento en que acontecieron los primeros hechos, lo cual confirma ese saber propio de aquello testimoniado.

A la apreciación individual de estas pruebas, debo añadir, ahora en su ponderación conjunta, que resultan contestes entre sí respecto de los hechos verificados y no se contradicen con las restantes producidas en autos.

Llegado a este punto, me resulta ineludible efectuar algunas consideraciones jurídicas para después juzgar la suficiencia -o no- de los hechos emergentes de estos testimonios.

Ha llegado firme y consentido por las partes que el supuesto de autos en que han mediado transmisiones del dominio sucesivas de un inmueble por parte del mismo vendedor, una efectuada mediante boleto de compraventa y la otra por dación en pago volcada en escritura pública, se dirime por quien demuestra que tiene la posesión (cfr. 1013, 1er. y 2do. parr.). Solución que comparto -más allá de la doctrina invocada-, por aplicación analógica de lo dispuesto por los arts. 594 y 3269 –aunada a la interpretación analógica del 2791- del código velezano y su similar 756 del nuevo ordenamiento civil.

En dicho orden, cobra trascendencia la tradición traslativa del dominio. En efecto. La posesión se adquiere por distintos modos (aprehensión, ocupación) pero cuando el derecho real se transfiere de una persona a otra, la tradición constituye la forma a través de la cual la segunda adquiere la posesión (art. 2377 C.C.), el dominio (arts. 2601/2609 C.C.) y demás derechos reales que se ejercen por la posesión (art. 3265 C.C.).

Siendo esto así, no cabe el menor resquicio que si se prueba la tradición, se está demostrando el acto que emplaza al adquirente en la relación de poder con la cosa. Dicho en otros términos: la tradición es el primero de los actos posesorios.

Conforme lo prescribe el propio Código Civil, ella se entenderá hecha cuando se lleve a cabo según alguna de las formas allí autorizadas (art. 2378). Este dispositivo en su segunda parte previene que: "La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no suple las formas legales".

Esto último viene a colación en orden a los planteos de la actora acerca de la interpretación que debe darse al término tenencia precaria contenido en el boleto de compraventa. En virtud de lo dispuesto en la segunda parte, las meras declaraciones del que entrega, de darse por desposeído o de entregar la posesión, no pueden suplir la realización de la tradición (Fallos: 304:240). Ello, al menos, para los terceros ajenos al contrato, a quienes no se les puede oponer las manifestaciones de voluntad allí volcadas.

El propio art. 2377 estipula que: “Habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese”, lo que implica la efectiva realización de los actos materiales que ordinariamente exige la formalidad (Fallos: 308:452). Es que la posesión que se adquiere por ella importa la publicidad de la transmisión del derecho sobre la cosa. No hay mutación del derecho real hasta que no haya operado la tradición de la cosa (art.577 C.C.).

Retomando las ideas, y ya indagando acerca de las concretas formas que el ordenamiento civil autoriza la tradición, y en particular la atinente a los inmuebles, el art. 2379 señala que: “La posesión de los inmuebles solo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega”.

El texto es suficientemente claro respecto a que el acto material debe consistir en la entrega de la cosa y su recepción. Se trata de una obligación de dar cosas ciertas (art.574 C.C.).

Al referirse a éstos, Mariani de Vidal afirma“Estos actos materiales deben ser tales que pongan al adquirente en posición de disponer y actuar físicamente sobre la cosa. Por eso v.g., la entrega de las llaves del ‘lugar en que la cosa se halla guardada’ importa tradición, ya que pone al adquirente en la posibilidad de realizar actos posesorios sobre él –art. 2385-. Eso es lo que explica la nota al art. 2.386, donde se funda la disposición en la ‘teoría de la custodia’ de Savigny: ‘cada uno tiene sobre su casa un imperio más cierto que sobre cualquiera de sus bienes, y este imperio le da al mismo tiempo la custodia de todas las cosas encerradas en la casa’” (Aut. cit., Curso de Derechos Reales, T. 1, sexta edición, Zavalía Editor, Bs.As. 2000, pág.170).

Tal como lo expresa la nota al art. 2385 con cita de Savigny, la tradición comprende no solo la posibilidad física de disponer de la cosa (inmueble) sino también el medio de crear la posibilidad física. Siguiendo el ejemplo de la entrega de las llaves, ésta constituye el medio que establece la posibilidad de actuar físicamente sobre el inmueble.

La nota al art. 2374 ilustra que esa posibilidad de tomar o disponer de la cosa puede existir sin el contacto con ella, "pues el que puede a cada momento poner su mano sobre una cosa que está delante de él, es sin duda tan dueño de ella como el que la ha tomado".

De esto se deduce sin mayores esfuerzos que no es condición necesaria que la tradición se efectúe en el mismo lugar en que se encuentra el inmueble.

A su vez, el aludido art. 2379 exige la voluntariedad del acto que se manifiesta por el hecho externo de la entrega o recepción y el asentimiento de la otra parte. Esto se ve reforzado con lo dispuesto por el art. 2601 (y su similar art.738) en tanto exige que los sujetos sean capaces para enajenar y adquirir. Cabe apuntar que el precepto alude al asentimiento, es decir que la voluntad de una de las partes es suficiente que se exteriorice con una simple conformidad con lo hecho por la contraparte del acto jurídico –tradición-, lo que puede traducirse en la falta de oposición con los actos materiales llevados a cabo por la otra parte.

Ello así, tampoco constituye requisito necesario que ambas partes estén presentes en la entrega, bastando que una realice un acto material sin que medie oposición de la otra. En tal sentido, el nuevo ordenamiento civil y comercial viene a establecer que los actos materiales deben ser hechos al menos por una de las partes (art. 1924 C.C.yC.).

Asimismo, deben cumplirse otros recaudos para que operen plenamente los efectos de la tradición. Así, debe ser hecha por el propietario (art. 2601 C.C.); por un título que transfiera la propiedad (art. 2602 C.C.); y el inmueble debe encontrarse libre de contradictor, con posesión vacua (arts. 2380 in fine y 2383 C.C.).

Con todo, no pueden perderse de vista las concretas circunstancias de cada caso en especial que pueden derivar, por ejemplo de la situación y/o emplazamiento del inmueble. No podrá hablarse de entrega de llaves cuando se trata de un terreno baldío que no cuente con un acceso cerrado mediante una llave.

A tenor de este marco jurídico es que ahora continuaré el examen del valor de los testigos ya mencionados más arriba. Y más concretamente, si su grado supera el umbral de la suficiencia para tener por probados los hechos que dan cuenta.

En tal sentido, surge de los testimonios que Rodolfo J. W. Vinelli intervino en la compraventa del terreno como mandatario de LA ACTIVA S.A.. En dicha calidad es que procedió como vendedor, remitió el boleto a la escribanía Facio -que se encargaría de la escrituración-, cobró del precio, y también contrató –y pagó- los servicios del Agrimensor Juan Alberto Sorroche para que proceda al amojonamiento del inmueble vendido y a su tradición -entrega de su posesión-. Estos hechos también quedan corroborados con las informativas de Julio L. Vergara (fs.309); el Escribano José L. Pereyra Lucena (fs.311/324); y los sucesores de Vinelli (fs.326/335) que no fueran impugnadas por ninguna de las partes (art.403 C.P.C. y C.).

Así pues, el amojonamiento realizado por Sorroche constituye el acto material efectuado por el vendedor –LA ACTIVA S.A.- a través del cual hizo entrega del terreno al comprador.

En efecto. Nada impedía que el vendedor cumpliera el acto personalmente o bien a través de un mandatario. En el caso, escogió la segunda opción y fue entonces que el Sr. Vinelli -en cumplimiento del mandato- contrató a Sorroche y pagó sus servicios profesionales.

Asimismo, tal entrega ha sido un acto voluntario; efectuado por quien estaba legitimado –toda vez que revestía la calidad de propietario-vendedor y tenía capacidad suficiente –tanto él como su mandatario-; realizado en el lugar en que se sitúa el terreno; todo lo cual importó, ni más ni menos, el cumplimiento –pago- de una de las obligaciones a su cargo derivada del contrato de compraventa (art.1323 C.C.) que sirve como título suficiente –causa- del acto (art. 2355 C.C.).

Se añade que tratándose la cosa vendida de un terreno baldío, emplazado en Bahía Manzano –Villa La Angostura-, cuya venta se concretó en el año 1970 –según fijó como fecha cierta la magistrada de origen- y derivó de un loteo de una superficie mayor –cfr. fs.328-, el amojonamiento constituye un medio apto para que el comprador tenga la posibilidad física de disponer de la cosa, toda vez que a través de ello conoce los límites físicos dentro de los cuales puede ejercer sus derechos posesorios. Sin mengua de esta conclusión, el art. 2384 del Cód. Civ. califica al deslinde como uno de los actos posesorios sobre las cosas inmuebles.

A su vez, dicho acto se cumplió previo anoticiamiento del comprador –González-, quien no estaba obligado a concurrir a su práctica pues le bastaba dar su asentimiento con el simple hecho de no oponerse al acto que se le informó que se iba a cumplir.

Con base en estas proposiciones fácticas y a tenor del contexto jurídico antes explicitado, debo concluir que se encuentra suficientemente probado que se ha realizado la tradición del inmueble en litigio y, a través de ella, que el comprador entró en su posesión, cumpliéndose, de esta forma, el modo suficiente como requisito constitutivo para adquirir el derecho real de dominio.

Lo sentado no se conmueve porque el Sr. González reconozca que no realizó otros actos posesorios, no conoció el lote, no hizo

construcciones, mejoras, medidas de cuidado ni pagó los impuestos o tasas. Aclaro que, a diferencia de lo aseverado por la sentenciante de la instancia inferior, reconoció que se le entregó la tenencia o posesión (cfr. respuesta a la 3ra. pregunta –fs.558 al final). Ni tampoco se ve menguado pues otros testimonios demuestran que en el lote había vegetación virgen, un alambrado antiguo y precario, no tenía construcciones y estaba deshabitado.

Estos hechos no toman en cuenta que, tal como lo sostuve en la causa "ADOS" (Ac. N°56/13), la posesión se retiene y conserva por el solo animus, y subsiste mientras no surja una voluntad en contrario que deberá probar quien la aduzca en su provecho (art. 2445 C.C.).

Además, cabe acotar que la posesión se puede ceder tácitamente en cada acto de enajenación que compone la cadena, sin resultar necesario a ese efecto que se haga la tradición de la cosa (art.1444 C.C.). Ello sucedió con la cesión celebrada por el Sr. González y la Sra. Mantero (cfr. fs.921/923), convirtiéndose ésta en continuadora en la posesión de aquél.

Asimismo, es oportuno destacar que tampoco aquellas circunstancias se subsumen en algunas de las causales por las que se pierde la posesión (arts. 2451 a 2459).

Con todo, no puede escapar lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a que "Si bien no se halla expresamente establecida en nuestras leyes, debe ser admitida con el carácter de una presunción judicial la regla según la cual el poseedor actual que prueba haber poseído antiguamente por sí mismo o por su antecesor, tiene en su favor la presunción de haber poseído en el tiempo intermedio y tal presunción sólo puede ser destruida por la prueba positiva de una cesación voluntaria de la intención de poseer" (Fallos: 182:88).

Y para sellar el debate, tampoco puede pasarse por alto la conducta del anterior poseedor. Todo el plexo probatorio demuestra que la sociedad vendedora tuvo una actitud absolutamente pasiva, lo cual es comprensible desde que hizo la tradición del inmueble (Fallos: 337:850).

Un párrafo aparte merece el tópico del pago de impuestos o tasas. Al respecto, esta Sala (Ac. N°40/15) tiene dicho que"… lo que demuestra el animus posesorio es cada uno de los pagos durante todo el tiempo de la posesión. Es cada uno de esos hechos (cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, FERRER, KEMELMAJER DE CARLUCCI, KIPER, LORENZETTI, MEDINA, MÉNDEZ COSTA, MOSSET ITURRASPE, PIEDECASAS, RIVERA, TRIGO REPRESAS, Código Civil de la República Argentina Explicado, Tomo VIII, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 972 y s.s.)".

Pero más allá de esto, la circunstancia de que el pago del impuesto inmobiliario lo haya asumido la sociedad demandada al suscribir un plan de pagos en 2001, no modifica lo postulado hasta aquí desde que -por vía de hipótesis- también puede pensarse que no lo hizo como deudora a título de propietaria. En efecto, bien pudo suceder que los pagos los hiciera como tercero interesado (art.726 C.C.) en virtud de que a ese momento aún era la titular registral del bien y, por tanto, podía resultar demandada por el cobro de tal concepto. De seguido, no resultando demostrada una u otra conjetura, no puede asignársele una consecuencia jurídica determinada a ninguna, tal como lo hiciera la magistrada de Primera Instancia. Es más, si se le otorgara pleno valor probatorio al boleto –cuestión que ahora no juzgo-, la decisión podría inclinarse a favor de entender que actuó como tercero interesado, puesto que la cláusula 2da. indica que es de exclusiva cuenta del comprador el pago de impuestos y tasas. Es decir que el pago hecho por el vendedor no lo hacía en su calidad de deudor principal.

Tampoco mella la conclusión a la que he arribado el hecho de que el comprador no realizó los trámites pertinentes para escriturar. Tal como lo señalé más arriba, con la tradición se transmitió la posesión de la cosa y esta subsiste mientras no haya voluntad en contrario. Esta última no puede deducirse porque no se inició el trámite de escrituración.

En igual sentido debe rechazarse el argumento –esbozado por la codemandada Remón- de que el Sr. González no conoció el lote y por ello no se probó la posesión. Conforme lo desarrollé más arriba, para la tradición posesoria operada en autos, solo se requería el asentimiento del comprador con el amojonamiento y puesta en posesión cumplida por el vendedor –mediante la intervención del agrimensor Sorroche-. La presencia de aquél en el acto celebrado en el propio inmueble hubiera sido exigible para demostrar su oposición pero no para lo contrario. Es decir que lo alegado en nada cambia lo ya sentado aquí.

Como corolario de todo lo que expliqué hasta ahora, comprobada la tradición del inmueble, y con ello que el Sr. González adquirió su posesión, que después mantuvo por su sola voluntad y cedió a la aquí actora, corresponde hacer lugar al agravio vertido por ella y, como lógica derivación, revocar ese extremo de la sentencia de Primera Instancia.

3. La conclusión a la que arribé en el punto anterior me lleva a avanzar acerca de la pretensión de nulidad y la excepción de prescripción opuesta por la sociedad codemandada.

Para el abordaje habré de tener presente que el objeto reclamado es que se declaren nulas la escritura pública N° 57 del 4/6/2004 y el acto jurídico allí formalizado.

3.1. La defensa articulada por LA ACTIVA S.A. contra el progreso de la pretensión exige su previo análisis y decisión.

Ella se basa en que han transcurrido más de dos años desde que la actora ha conocido la causa de la nulidad (art. 4030 Cód. Civ.), lo cual surge de las constancias acompañadas a la causa y sus propias manifestaciones (cfr. fs. 137vta./138vta.).

En algún pasaje de la presentación inicial se aduce que el conocimiento de la dación en pago se produjo en noviembre de 2004 (cfr. fs. 4, 1er. párr.), y en otro que sucedió en diciembre de ese año (cfr. fs. 3vta., 2er. párr.).

De las pruebas colectadas se destaca el intercambio epistolar. De la carta documento enviada por el apoderado de la Sra. Mantero a la escribana Simán (fs.917) se infiere, a la fecha de su emisión (24/9/2004), que se sabía de la existencia de un asiento registral del cual podría suceder un acto sobre el inmueble en litigio sin su consentimiento. Pero no se puede establecer un concreto acto en particular. Un poco más preciso es el tenor de la carta remitida a la Sra. Remón (fs.919, enviada el 30/9/2004). Pero tampoco despeja la incertidumbre del momento en que se sabe del acto.

A pesar de esta conclusión el punto puede decidirse pensándolo desde otra perspectiva.

En este sentido, puede observarse que la escritura de dación en pago data de 4/6/2004 (fs.746/747) y se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble el 7/9/2004 (fs. 747vta). Esto significa que el nacimiento del acto aquí puesto en crisis fue el 4/6/2004. Luego, si se constata la fecha de inicio de la demanda (cfr. cargo de fs. 7vta.), surge que esto sucedió el 17/2/2005.

Por ende, queda claro que entre la fecha en que cobra existencia el acto y el día en que se demanda su nulidad no transcurrió el plazo de dos años prescripto por el art. 4030 del Cód. Civ. invocado por la excepcionante.

Por estas consideraciones se impone el rechazo de la excepción articulada y avanzar en la pretensión.

3.2. En lo que atañe al instrumento público, la parte actora apoyó su demanda contra la Escribana Simán en que a través de aquél LA ACTIVA S.A. otorga la posesión –y tradición- del bien a la codemandada Remón cuando ello no podía suceder debido a que tiempo atrás la misma sociedad la había efectivizado a su favor en virtud de haber suscripto el boleto de compraventa, el cual –añade- oficia como título suficiente a la posesión recibida mucho tiempo antes y, además, obliga a otorgarle exclusivamente a su favor la escritura traslativa de dominio. Adujo que la actuaria demandada carece de buena fe porque actuó negligentemente en el estudio de títulos previos al otorgamiento del instrumento.

En su réplica, la codemandada Simán negó los cargos que se le imputan.

Afirmó que en mayo de 2004 fue contratada por la vendedora para hacer la escritura pública a cuyo fin le entregó en préstamo el título antecedente.

Refirió que solo solicitó un certificado de dominio e inhibición -1/6/04- y que hizo el estudio de títulos del cual surgió que hacía más de 30 años que LA ACTIVA S.A. era la única titular registral, no constando que por ese periodo de tiempo hubiere sido vendido al Sr. González y luego cedido a la Sra. Mantero.

Reconoció que el 24/9/04 recibió una carta documento de la actora.

De este breve recuento parece ser que el vicio nulificante denunciado no deriva de algunos de los defectos enunciados por el art. 1004 Cód. Civ. –actual art. 309 C.C. y C.-, sino de la falta de sinceridad en el desempeño de la escribana en orden a la tradición y puesta en posesión del inmueble en controversia hecha por LA ACTIVA S.A. a la Sra. Remón. Todo ello producto de su obrar negligente en el estudio de los títulos antecedentes.

Para juzgar la actividad notarial hay que diferenciar entre la existencia material de los hechos que han pasado en presencia de la Escribana o hayan sido cumplidos por ella, de los restantes que se han incorporado en el instrumento –entre estos, las manifestaciones realizadas por las partes intervinientes del acto-. Por los primeros responde –de su sinceridad- en virtud de ser depositaria de la fe pública (art. 13, Ley N° 1033 y arg. art. 993 C.C.). No así respecto de los segundos, dado que sus deberes no comprenden la constatación de su exactitud.

Bajo estas reglas analizaré la labor profesional de la codemandada Simán como autorizante de la escritura puesta en crisis, cuya copia certificada luce anexada a fs.746/747vta., y más en concreto los aspectos que motivan el reproche, a saber: el estudio de los títulos antecedentes del inmueble comprometido y su posesión y tradición.

Acerca del primer asunto, del documento surge que la escribana –como autorizante- hace constar que la cosa le corresponde a la sociedad que la da en pago, según una escritura de 24/12/65 cuyo cuarto testimonio se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble de nuestra provincia -punto a) de fs. 747-.

Y, además, que de los certificados expedidos por éste último emerge que el dominio está inscripto a nombre de la vendedora, sin que se registren hipotecas, embargos ni inhibiciones a nombre de la dadora -punto b) de fs. 747-.

Dichas aserciones dan cuenta de la existencia de hechos llevados a cabo por la propia Notaria y no demuestran que hubiese realizado el estudio de títulos tal como lo asevera al contestar la demanda (fs.29, 2do. párr.). Aun así, no se advierte su necesidad pues la titularidad del dominio de LA ACTIVA S.A. le fue transmitida por un instrumento –título antecedente- que data de 1965, es decir anterior a la venta por boleto.

Refuerza esta conclusión las testimoniales de Valdes y Dalla Villa (fs. 631 y 632 –respectivamente), que ejercen la escribanía como profesión lo cual les confiere un elevado valor probatorio a sus dichos. Según la primera, el estudio de títulos se cumple mirando los títulos antecedentes hasta 20 años, entre los cuales no están comprendidos los boletos de compraventa porque no es posible encontrarlos. Mientras que el segundo dice que solo se hace el estudio a solicitud del interesado porque la Ley N°17.801 requiere que es suficiente tener a la vista el título antecedente para hacer cualquier acto escriturario.

Desde esta perspectiva no advierto reproche alguno respecto del desempeño profesional de la codemandada Simán, toda vez que no le era exigible realizar el estudio de títulos (el art. 13, inciso j, Ley N°1033, refiere que constituye una atribución). A todo evento, y si por hipótesis era un deber, tampoco fue deficitario pues el estudio se retrotrae a 20 años, mientras que el título antecedente databa de más de 30 años -1965-, siendo coincidente con el asiento registral. Asimismo, dicho análisis de títulos no comprende la existencia de boletos de compraventa, desde que estos no son registrables, porlo cual su conocimiento no le resulta exigible a la Escribana.

Continuando ahora con la segunda razón alegada, la Escribana otorgante deja constancia que las partes declaran, entre otras manifestaciones: a) que LA ACTIVA S.A. hace tradición del inmueble, no está inhibida para disponer de sus bienes y que el inmueble no reconoce contratos ni está afectado por gravámenes de ninguna naturaleza –punto III), fs. 746 al final/747 al inicio-; y b) que la Sra. Remón expresa que se cumple con el requisito de la tradición por la posesión real que recibe en ese acto –punto IV), fs. 747 al inicio-.

Estas otras aserciones volcadas en la escritura son declaraciones de voluntad de las partes intervinientes cuya existencia material la notaria da fe pues han pasado en su presencia. Mas no sucede lo mismo con los hechos y actos que las partes manifiestan haber realizado, pues no fue así consignado por la Actuaria otorgante. Por tanto, ella no da fe de la sinceridad de éstos sino tan solo de aquella declaración. Dicho de otra manera: la profesional otorgante da fe de la existencia de una declaración de voluntad de las partes en orden a la transmisión de la posesión por la tradición del inmueble en tanto presencia esa declaración, pero no da fe de la existencia material de la tradición y posesión en virtud de que éstos hechos no han sucedido en su presencia.

Siendo esto así, cabe tener por demostrado que la Escribana solo da fe de que en su presencia los intervinientes declararon haber hecho la tradición traslativa de la posesión. Cabe, entonces, preguntarse si entre los deberes a su cargo debía constatar la existencia material de la mencionada tradición.

Aquí es oportuno rememorar lo sentado más arriba. La tradición traslativa de la posesión solo se produce mediante la efectiva realización de ciertos hechos materiales cumplidos por las partes.

La respuesta es negativa. Desde el punto de vista legal, no existe norma que le imponga tal obligación profesional. Tampoco se ha alegado, y por ende demostrado, que las partes intervinientes le hubieran requerido su participación a tal efecto. En rigor, esta se redujo a dejar sentada la simple declaración de voluntad de ellas respecto a la tradición.

En consecuencia, acerca de este punto tampoco corresponde censurar la tarea cumplida por la Escribana Simán.

Para agotar los motivos aducidos para responsabilizarla, es necesario examinar si obró con conocimiento –mala fe- de la existencia de la posesión detentada por la actora y del boleto de compraventa que la emplazaba como única acreedora a la escrituración del inmueble. En el escrito inicial se aduce que fue anoticiada mediante carta documento. En la réplica se reconoce esa epístola pero se niega el conocimiento previo al otorgamiento de la escritura cuya nulidad se reclama.

Sobre estos hechos solo existe prueba documental. De ella surge que la escritura traslativa se otorgó el 4/6/2004 y el certificado expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble data del 1/6/2004, habiendo sido inscripta el 7/9/2004 (cfr. fs. 746/747vta.). Un tiempo después se inicia el intercambio epistolar. Así, el 24/9/2004 la Sra. Montero –por intermedio de su apoderado- comunica la cesión e intima a la escrituración a LA ACTIVA S.A. -recibida el 28/9- (cfr. fs. 914/915). Al día siguiente le informa a la Escribana Simán de la cesión y la intima a que se abstenga de inscribir cualquier acto que modifique u obstruya sus derechos –recibida el 27/9/2004-(cfr. fs. 916/917). El 30/9/2004 intima a la Sra. Remón a que se abstenga a recibir el inmueble –recibida el 2/10/2004-(cfr. 919/920).

Sin lugar a dudas queda probado que la Escribana Simán nunca supo –por sí o a través de quienes la contrataron- de la existencia del boleto y posesión de la Sra. Mantero previo al otorgamiento e inscripción de la escritura cuestionada. Por consiguiente, no puede juzgarse que haya obrado de mala fe.

En definitiva, visto de este modo el desempeño profesional de la codemandada Simán, emerge con claridad que no corresponde el reproche que se le endilga y, en su consecuencia, que deba rechazarse la demanda entablada en su contra.

3.3. Rechazada la causal de nulidad por la inexistencia de vicios del instrumento, se abre paso el examen de la ineficacia articulada respecto del acto instrumentado.

La pretensión se promueve con base en que a través de ese acto se consagra una maniobra en perjuicio de la actora porque se

desbaratan sus derechos con respecto a la adquisición del lote siendo que antes adquirió su posesión y canceló el precio por su compraventa (cfr. fs. 2vta., 4to. párr.).

Expresado en otros términos, se intenta restarle sus efectos propios a la transmisión del dominio derivada de la dación en pago del inmueble en disputa –que fue inscripta registralmente-, ya que por esa se obstruye el derecho a escriturar a su favor.

La nulidad es un instituto por el cual la ley priva de sus efectos normales a un acto jurídico en virtud de un vicio existente en su origen. La falla estructural puede alojarse en los sujetos intervinientes, en el objeto, en la causa y/o en su forma.

Refiriéndose en particular al objeto, el art. 953 del Cód. Civ., considera viciado al acto jurídico cuyo objeto –entre otros- sea un hecho que perjudique los derechos de un tercero. En el nuevo ordenamiento civil se alude a un hecho lesivo de los derechos ajenos (art.279).

No exige mayores esfuerzos entender que la voluntad de los sujetos del acto jurídico para satisfacer un interés debe alcanzarse a través de bienes o hechos aptos –válidos- para tal propósito. Lo contrario merece el rechazo del ordenamiento jurídico.

Ahora bien. Según ya lo he señalado antes (capítulo V.2.) estamos en presencia de un caso en que han mediado transmisiones del dominio sucesivas de un inmueble por parte del mismo vendedor, una efectuada mediante boleto de compraventa y la otra por dación en pago volcada en escritura pública. Ha quedado comprobado que la primera adquirente cuenta con la posesión de la cosa y ha pagado el total del precio de la compraventa, mientras que la segunda obtuvo la inscripción registral. Lo cual significa que ninguna de las dos puede ser considerada como titular del derecho real de dominio desde que una cuenta con el modo suficiente para adquirirlo –tradición- y la otra con título suficiente –escritura pública con inscripción registral-.

Esto trae consigo que ambas sean acreedoras del mismo deudor común -LA ACTIVA S.A.- pero por créditos distintos. Una tiene derecho a alcanzar la forma legal del acto de transmisión –escriturar-, y la otra a que se le haga tradición posesoria de la cosa. En el caso bajo estudio la preferencia se dirime a favor de quien detenta la posesión –Sra. Montero-. De allí su interés en que se declare la nulidad peticionada para despejar su camino a la titularidad del derecho real de dominio.

Así observado el problema, la mirada queda centrada en el segundo acto por el cual la sociedad demandada se obligó a trasmitir el dominio de la cosa, porque resulta ser el que impide adquirir la titularidad dominial de la demandante. Y así, se vislumbra claro que ese acto la perjudica en su derecho.

Al propio tiempo, más allá de revestir la calidad de afectada, también es sencillo deducir que resulta ser una tercera ajena al acto. En efecto, ella no es parte de la dación en pago celebrada entre LA ACTIVA S.A. y la Sra. Remón. Si bien es una tercera, no obstante no es absolutamente extraña al contrato pues reviste la calidad de acreedora respecto del mismo bien comprometido.

Hasta aquí se tiene que la actora asume la calidad de tercero perjudicado por la dación en pago. Se trata de una sucesora a título particular que sucede al vendedor en el derecho de propiedad y que no puede ser alcanzada por los efectos jurídicos del otro acto realizado por el vendedor que venga a frustrarlo. Por consiguiente, y conforme al marco legal desarrollado en párrafos anteriores, el objeto de dicha dación es prohibido en los términos del art. 953 del Cód. Civ., toda vez que, a fuerza de resultar reiterativo, está viciado en su origen pues resulta perjudicial al derecho de la Sra. Mantero para obtener la forma legal del acto jurídico –escritura pública del contrato de compraventa- y, de tal manera, adquirir el derecho real de dominio.

Esta situación acarrea la nulidad total de la dación en pago y la consecuente escritura pública en la que fue instrumentado.

Más allá de lo considerado, este desenlace se impone también por otros motivos. Para esto habrá que tener presente que lo que está en juego en este proceso es la transmisión del derecho real de dominio a cuyos efectos el ordenamiento jurídico impone que se realice mediante un título y conforme un modo que deben ser suficientes, o sea deben satisfacer las exigencias normativas prescriptas.

Dada la trascendencia social que tiene la transmisión del derecho de propiedad –como todos los demás derechos reales-, y más todavía cuando compromete una cosa inmueble, el sistema normativo fija los principios y reglas a los cuales todas las personas deben someterse. Es bien conocido que la regulación de los derechos sobre las cosas integra el orden público.

Resultando esto así, los actos celebrados por las personas no pueden venir a modificar el marco jurídico. Si lo hicieran, ello provocaría un quebrantamiento que torna ilícito al acto así practicado, debiéndosele restar toda eficacia a los pretendidos efectos jurídico buscados por las personas comprendidas.

Aquí esto se presenta sin resquicios en tanto el éxito de la transmisión de la propiedad comprometida dos veces por LA ACTIVA S.A. queda malogrado por alguno de los dos actos jurídico –títulos- por el cual se obliga a transmitir. En ese trance, conforme ya se analizó, el sistema legal prioriza a quien tiene la posesión del inmueble. En el caso, resulta preferida la primera adquirente por boleto de compraventa porque se le hizo tradición de la cosa, es decir que se satisfizo el modo legal prescrito.

Pero para que se cumpla a cabalidad con la transmisión del dominio aún le resta alcanzar la forma legal impuesta para que su título sea suficiente –escritura pública-. Solo a través de éste se perfecciona la transmisión dominial reglada por el ordenamiento

jurídico. Allí es donde se presenta el problema, pues en el camino para lograr ello se encuentra el otro acto jurídico por el que se transmite la propiedad, que fuera volcado en instrumento público –título suficiente- y luego inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble –oponible a terceros-. Queda en evidencia el desmembramiento entre el modo y título al estar en cabeza de dos personas distintas, lo cual se contrapone con el régimen normativo que exige que se reúnan en una sola para considerarla propietaria de la cosa.

Esta situación constituye un quebrantamiento del orden público que forzosamente debe restablecerse. El único medio posible y razonable a tal fin es decretando la nulidad del segundo acto y su instrumento porque cesan sus consecuencias jurídicas, causantes de la trasgresión.

En este entendimiento, tampoco puede escapar que la extensión del derecho a la transmisión operada a favor de la segunda adquirente se ve limitada en cuanto a sus atribuciones (art.3270 Cód. Civ.) ya que no puede acceder a la posesión de la cosa a través de la tradición anteriormente hecha por la sociedad demandada al primer adquirente.

Como colofón, se impone hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs.1039/1054, y revocar parcialmente lo decidido en Primera Instancia y, por consiguiente, hacer lugar a la demanda de nulidad promovida por la Sra. Laura Andrea MANTERO y declarar la nulidad de la dación en pago celebrada entre LA ACTIVA S.A. y la Sra. Nora Zulema Remón el 4/6/2004, y por añadidura, de la escritura pública N° 57, F°131 y 132, del 4 de junio de 2004, otorgada en el Protocolo principal por la escribana Laila H. de C. Simán, titular del Registro N°4 de la ciudad de Neuquén.

Asimismo, deberán librarse oficios al Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén y al Colegio de Escribanos de la Provincia de Neuquén a efectos de que arbitren las medidas que son de su competencia para tomar razón de la nulidad declarada de la escritura N°57, F°131 y 132, del 4 de junio de 2004, otorgada por la escribana Laila H. de C. Simán, titular del Registro N°4 de la ciudad de Neuquén.

4. En virtud del resultado al que se llega, debe abordarse la siguiente pretensión contenida en la demanda, es decir el pedido de escrituración formulado contra LA ACTIVA S.A.

Acerca de esta, hay que recordar que la demandada opone a su progreso la excepción de prescripción con fundamento en que ha transcurrido el plazo legal.

Habré de abordar ambas cuestiones.

4.1. Sin embargo, el tratamiento de ellas tiene como condición previa la existencia del boleto de compraventa en que se apoya la pretensión para escriturar. Y dado que éste punto fue puesto en crisis por la codemandada Remón al contestar la apelación (cfr. fs. 1077, cap. F, punto 1), como paso previo habré de atender sus objeciones.

A través de una de éstas aduce que la parte actora no acreditó la operación de compraventa sino tan solo su cesión, según los argumentos vertidos en su alegato.

La sentenciante de Primera Instancia considera que si bien no se agregó el documento original igual hay prueba indiciaria suficiente de su existencia. Refiere al informe del Escribano Pereyra Lucena que demuestra: la firma del boleto y su existencia pues indica que el original se encuentra en su escribanía -cuya copia adjunta al expediente-; las ventas del loteo por Vinelli, como comisionista de LA ACTIVA S.A.; y las reiteradas citaciones al comprador para escriturar, siendo la primera de ellas de fecha 8/6/1970.

Destaca que ese boleto carece de sellado y certificación notarial de sus firmas a los fines de establecer su fecha cierta en los términos del art.1035 del Cód. Civ., pero queda demostrado que fue suscripto al menos con anterioridad al año 1970 en que el comprador fue requerido por el escribano aludido para proceder a la escrituración (cfr. fs. 1010vta., in fine/1011vta., 1er. párr.).

Sin perjuicio de estimar que la remisión a los fundamentos vertidos en ocasión de alegar vuelve insuficiente a la crítica porque la etapa procesal es anterior a la sentencia y, por ende, a tenor de aquellos no se pueden controvertir los expuestos en un tiempo posterior –decisorio-, aun así esos no logran conmover las razones que justifican el fallo.

En efecto. Se intenta poner en duda la prueba informativa de la escribanía -en lo principal- pues acompaña una fotocopia simple del boleto. Al respecto se puede decir que ella tiene como propósito demostrar lo afirmado en el informe, en concreto, la existencia del instrumento original y su firma. A su vez, el informe no fue impugnado de falso (art.403 C.P.C.y C.) por ninguna de las partes, lo cual hubiera aparejado que la Escribanía debiera adjuntar el original o una copia certificada del documento.

Asimismo se pretende restarle eficacia al informe de Vinelli (fs.326/335) y la testimonial de Giani (fs. 543 y vta.) que dan cuenta de la compraventa, con el argumento de que LA ACTIVA S.A. no consintió que pudieran obligarla por representación. Esto no ataca lo invocado por la magistrada para tener por suficientemente acreditado el mandato pues tal como ella señaló, el primero –y la documentación anexada- no fue impugnado de falso (art.403 C.P.C.y C.), con lo cual se incorporó al proceso de forma regular sin que las partes ejercieran su derecho a desconocer su autenticidad. Valga destacar que entre esos documentos obra una orden de

venta de la sociedad en favor de Vinelli (cfr. fs. 328), lo que viene a confirmar la existencia de la representación de éste en favor de la sociedad.

A la justificación de la A quo, ahora agrego que lo declarado por Giani resulta confiable, tal como ya lo indiqué más arriba. También añado que a fs. 314 obra fotocopia de un remito de Vinelli -en nombre de LA ACTIVA S.A.- al escribano designado para otorgar la escritura pública, por el que envía varios boletos de compraventa, entre los cuales se invoca el suscripto por el Sr. González.

A partir de ese plexo probatorio, y sorteado el valladar impuesto por el art.1193 del Cód. Civ., corresponde tener por acreditada la existencia de la compraventa y su contenido con el instrumento de fs. 314.

4.2. Retomando el orden expositivo trazado en párrafos anteriores, en el examen del pedido de escrituración habré de tener en cuenta que la jueza de la instancia originaria tuvo por demostrado que el comprador abonó la totalidad del precio pactado (cfr. fs.1012, 1er. párr.), hecho que viene firme y consentido.

Con ello se quiere poner de manifiesto que el comprador ha demostrado que ha cumplido íntegramente con las obligaciones a su cargo. A su vez, ha recibido la cosa por la tradición posesoria, en virtud de lo desarrollado más arriba.

A estos efectos, también es oportuno tener presente que llega firme y consentido que el primitivo comprador cedió sus derechos y acciones a favor de la Sra. Mantero (cfr. pto II., fs. 1012). Por tanto se encuentra legitimada a la pretensión tal como lo ha hecho.

Siendo esto así, en el recorrido para llegar a adquirir la titularidad de la propiedad solo le resta que se vuelque en escritura pública el contrato de compraventa. Si bien antes de ocurrir a esta instancia judicial intimó a la sociedad vendedora a tal efecto (cfr. carta documento y constancia de recepción de fs. 914/915), no obstante su tenor es insuficiente para constituirla en mora desde que se trata de una obligación de hacer que no depende enteramente de la voluntad de una de las partes, sino de la conexión de su actividad con la del escribano interviniente para que otorgue el instrumento (MORELLO, Augusto M., El boleto de compraventa inmobiliaria, 4ta. Edición reelaborada y puesta al día, LEP, La Plata, 2008, pág. 625 y sigtes.), por lo cual éste funcionario era quien tenía que emplazar a las partes a esos efectos –una vez satisfechos todos los actos preparatorios pertinentes-, dado que ambos revisten la calidad de deudores recíprocos de la escrituración.

Aun así, no es menos cierto que la actitud asumida por la vendedora que negó su calidad como tal (cfr. carta documento de fs.119), como también el fallecimiento del escribano Facio –aunque no es obstáculo insalvable pues el registro ha pasado a la titularidad de otro profesional- ocurrida el 12/10/1983 (cfr. informe del escribano Pereyra Lucerna –fs.311/312-), no hacen más que compelerla de ocurrir a esta instancia judicial en procura de la prestación adeudada. Resta añadir que con la notificación de la demanda se produce la constitución en mora del vendedor.

Ahora bien. Al progreso de la acción se oponen LA ACTIVA S.A. y el codemandado López mediante la excepción de prescripción. Debo aclarar que éste último ha resistido la pretensión actoral a pesar de que ésta no se dirigió en su contra (cfr. fs.4vta., último párr.).

La primera asevera que la parte actora no posee el bien y jamás se ha visto suspendido o interrumpido el plazo decenal. A todo evento, manifiesta que de iniciarse el cómputo en el año 1976 –fecha de cancelación del precio- o desde 1994 –en que se cedieron los derechos del boleto a favor de la actora-, el plazo se encuentra ampliamente superado. El segundo también niega la existencia de causas que hayan suspendido o interrumpido el tiempo de los 10 años. En especial niega que la contraparte tenga la posesión o reúna la calidad de poseedor para otorgarle efectos interruptivos.

La defensa no puede prosperar. Más arriba concluí que el comprador recibió la cosa por tradición y de esa manera obtuvo la posesión, la que mantuvo de forma ininterrumpida y pacífica. Este hecho resulta relevante en la decisión desde que implica un reconocimiento constante del vendedor del derecho del adquirente a obtener la escrituración con sustento en el boleto de compraventa (cfr., entre otros, MORELLO, Augusto M., obra citada, pág.1050; y MÜLLER, Enrique, La prescripción en la obligación de escriturar. El plazo de diez años. La posesión por el adquirente. El pago de los impuestos, Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2000-3, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, pág. 229 y sigtes).

Conforme lo dispone el art. 3989 del Cód. Civ., uno de los efectos jurídicos que provoca el reconocimiento de las obligaciones (art.718 mismo ordenamiento) es la interrupción del plazo de la prescripción.

En la especie, tal como lo señalan los autores aludidos, ese reconocimiento es calificado como fluyente, en el sentido de una interrupción continuada del plazo de la prescripción. De allí entonces que no puedan invocar los excepcionantes que ha transcurrido el plazo decenal para sustraerse al cumplimiento de la prestación reclamada.

A tenor de lo expuesto, debe rechazarse la excepción de prescripción opuesta por los codemandados LA ACTIVA S.A. y López, y hacerse lugar a la demanda de escrituración deducida por la Sra. Mantero y condenar a LA ACTIVA S.A. a otorgar la escritura pública del boleto de venta.

La modalidad de cumplimiento de la condena a escriturar debe contemplar algunas circunstancias especiales en la especie.

Así, en cuanto al escribano otorgante, cabe rememorar lo sentado en párrafos anteriores acerca del fallecimiento del escribano Facio que fuere designado en el boleto de compraventa. Su oportuna elección debe haberse basado en sus cualidades personales y no por ser titular del Registro N°430. Por ende, su deceso trae consigo la necesidad de nominar a otro. Del aludido boleto no puede establecerse que haya sido elegido por alguna de las partes, por lo cual debe pensarse que resultó del mutuo acuerdo. Siendo así, en la etapa de ejecución, las partes deberán acordar la designación de un nuevo notario y denunciarlo en el expediente, ello en el plazo de DIEZ (10) días de quedar firme la presente. A falta de mutuo acuerdo, lo elegirá el comprador en razón de que el art. 1424 Cód. Civ. le impone como obligación secundaria el pago del instrumento de la venta.

Por otro lado, debe contemplarse la nulidad declarada más arriba pues trae aparejada una serie de trámites ineludibles y previos al otorgamiento de la escritura pública. Por tanto, el escribano designado deberá informar en el expediente el momento en que se encuentra en condiciones de otorgar el acto.

Tras ser notificada de ello y dentro de los TREINTA (30) días posteriores, la sociedad condenada deberá otorgar el instrumento, bajo apercibimiento de que si no cumpliere dentro del plazo fijado, el juez de Primera Instancia suscribirá por aquella y a su costa la escritura (art. 512 C.P.C. y C.).

VI. 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 prospera la demanda contra las codemandadas Remón y LA ACTIVA S.A., por lo cual se impone modificar las costas e imponérselas a ambas en su calidad de vencidas (art.68 C.P.C. y C.).

En cuanto a las producidas por la codemandada Simán, se mantiene la imposición a cargo de la parte actora vencida dado que aquella ha sido traída al proceso por ésta y no ha prosperado la pretensión de nulidad de la escritura pública derivada de la intervención de la Escribana (art.68 C.P.C. y C.).

Lo propio sucede con las producidas por el codemandado López, manteniéndose las impuestas a la parte actora vencida, toda vez que la actuación de aquél en la dación en pago que se declara nula no ha sido en ejercicio de un derecho propio sino por representación y mandato –apoderado y mandatario- de LA ACTIVA S.A. a quien cabe imputarle las consecuencias jurídicas de los actos celebrados en su nombre y conforme los límites del poder –art. 1930 Cód. Civ.- (art.68 C.P.C. y C.).

Respecto a las provocadas ante la Alzada, dado que el recurso de apelación deducido por la parte actora es acogido totalmente, corresponde su readecuación e imponerlas a cargo –en forma concurrente- de las codemandadas LA ACTIVA S.A. y Remón en su calidad de vencidas (arts.68 y 279 del C.P.C. y C.).

Luego, para decidir las originadas en esta etapa extraordinaria, corresponde que en virtud del resultado al que se arriba, sean también soportadas –en forma concurrente- por las codemandadas LA ACTIVA S.A. y Remón en su calidad de vencidas (arts.12 y 17, Ley 1.406 y 68 del C.P.C. y C.).

VII. Por todo lo aquí desarrollado, se propone al Acuerdo: a.- Declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte actora LAURA ANDREA MANTERO, a fs.1088/1105, en virtud de la causal que motivara la apertura de la instancia extraordinaria; y en consecuencia, casar el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción –Sala III- obrante a fs.1080/1083vta. por lo expuesto en los considerandos respectivos. b.- Recomponer el litigio a la luz del Art. 17º del rito, mediante el acogimiento del recurso de apelación articulado por la actora, a fs.1039/1054, revocándose, por consiguiente, la sentencia de Primera Instancia, de fs.1005/1016vta., y en su consecuencia: modificar el punto I) y hacer lugar a la demanda promovida por LAURA ANDREA MANTERO contra LA ACTIVA S.A. y NORA ZULEMA REMÓN, declarar la nulidad de la dación en pago celebrada entre LA ACTIVA S.A. y la Sra. NORA ZULEMA REMÓN el 4/6/2004, y por añadidura, de la escritura pública N° 57, F°131 y 132, del 4 de junio de 2004, otorgada en el Protocolo principal por la escribana LAILA H. DE C. SIMÁN, titular del Registro N°4 de la ciudad de Neuquén; y condenar a LA ACTIVA S.A., a otorgar la escritura pública del boleto de compraventa del inmueble individualizado como Lote 11, Mza. T, Departamento Los Lagos, conforme a la modalidad y bajo el apercibimiento dispuesto en el considerando respectivo. Y rechazar la demanda deducida contra LAILA H. DE C. SIMÁN y NORBERTO LÓPEZ, de conformidad con lo desarrollado en los considerandos. c.- Modificar la imposición de las costas ante la Primera y Segunda Instancias, según lo expresado en el considerando VI. de la presente. E imponer las correspondientes a esta instancia –en forma concurrente- a las codemandadas LA ACTIVA S.A. y REMÓN en su calidad de vencidas (arts.12 y 17, Ley 1.406 y 68 del C.P.C. y C.). d.- Diferir las regulaciones de honorarios profesionales hasta tanto se cuente con la base regulatoria conforme las pautas dispuestas en la ley arancelaria (art. 24). e.- Disponer la devolución del depósito efectuado por la parte actora recurrente, cuya constancia luce a fs.1087 (Art.11° de la Ley 1.406). MI VOTO.

El señor Vocal doctor RICARDO T. KOHON, dijo: 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.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte actora LAURA ANDREA MANTERO, a fs.1088/1105, en virtud de la causal que motivara la apertura de la instancia extraordinaria; y en consecuencia, casar el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción –Sala III- obrante a fs.1080/1083vta. por lo expuesto en los considerandos respectivos. 2°) De conformidad con lo dispuesto por el art. 17, del Rito, acoger el recurso de apelación articulado por la actora, a fs.1039/1054, revocándose, por consiguiente, la sentencia de Primera Instancia, de fs.1005/1016vta., y en su consecuencia: modificar el punto I) y hacer lugar a la demanda promovida por LAURA ANDREA MANTERO contra LA ACTIVA S.A. y NORA ZULEMA REMÓN, declarar la nulidad de la dación en pago celebrada entre LA ACTIVA S.A. y la Sra. NORA ZULEMA REMÓN el 4/6/2004, y por añadidura, de la escritura pública N° 57, F°131 y 132, del 4 de junio de 2004, otorgada en el Protocolo principal por la escribana LAILA H. DE C. SIMÁN, titular del Registro N°4 de la ciudad de Neuquén; y condenar a LA ACTIVA S.A., a otorgar la escritura pública del boleto de compraventa del inmueble individualizado como Lote 11, Mza. T, Departamento Los Lagos, conforme a la modalidad y bajo el apercibimiento dispuesto en el considerando respectivo. Y rechazar la demanda deducida contra LAILA H. DE C. SIMÁN y NORBERTO LÓPEZ, de conformidad con lo desarrollado en los considerandos. 3°) Modificar la imposición de las costas ante la Primera y Segunda Instancias. Imponer las correspondientes a esta instancia –en forma concurrente- a las codemandadas LA ACTIVA S.A. y REMÓN en su calidad de vencidas (arts.12 y 17, Ley 1.406 y 68 del C.P.C. y C.). Todo, según lo expresado en el considerando VI. de la presente. 4°) Diferir las regulaciones de honorarios profesionales hasta tanto se cuente con la base regulatoria conforme las pautas dispuestas en la ley arancelaria (art. 24). 5°) Disponer la devolución del depósito efectuado según constancia obrante a fs. 1087, conforme a lo establecido por el Art. 11 de la Ley Nº 1.406. 6°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

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

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

"COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO C/ ABARZÚA RODOLFO Y OTROS S/ DESALOJO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 342309/2006) – Acuerdo: 18/17 – Fecha: 30/06/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

DESALOJO. IMPROCEDENCIA. COMUNIDAD INDIGENAS. ASENTAMIENTO. TIERRAS FISCALES. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. INFRACCION A LA LEY. DERECHO CONSTITUCIONAL.

Corresponde declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado por la demandada contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones que hace lugar a la acción de desalojo, condenando a los demandados y/o ocupantes a desalojar el inmueble en forma progresiva dentro del plazo de 4 años, cansando dicho fallo por infracción al Art. 75, Inc. 17) de la Constitución Nacional, Art. 53 de la Constitución Provincial, Art. 13 de la Ley 24.071 - Art. 15, Incs. a) y b) Ley 1.406-, pues el inmueble donde se asienta la comunidad indígena actora, y del cual pretende desalojar a los demandados, está constituido por tierras fiscales otorgadas por el estado provincial mediante permisos de ocupación precaria, para uso comunitario y en proceso pendiente de transferencia del dominio, lo cual las enmarca dentro de

la protección constitucional de la Carta Magna Federal y local (Art. 75, Inc. 17 CN, Art. 53 y 82, Inc. d), Constitución Provincial, 13 y 14 Convenio 169 OIT Ley 24.071).

Texto completo:

ACUERDO NRO. 18. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los treinta (30) días de junio 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 en los autos caratulados: "COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO C/ ABARZÚA RODOLFO Y OTROS S/ DESALOJO" (Expte. N° 342309 - año 2006).

ANTECEDENTES:

A fs. 1016/1047 los demandados JOSÉ RODOLFO ABARZÚA, JULIO ABARZÚA, RUBÉN ABARZÚA, ALEJANDRO ANTIÑIR, JOSÉ OMAR ANTIÑIR, LUIS ANTIÑIR y CÉSAR RELMO deducen recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala III, obrante a fs. 1006/1011 vta., que revoca la decisión de Primera Instancia de fs. 921/926 vta., que rechazó la acción de desalojo, y en consecuencia hace lugar a la demanda interpuesta por la Comunidad Mapuche Ragiñ Ko condenando los demandados y/o ocupantes a desalojar el inmueble en forma progresiva dentro del plazo de 4 años desde que la sentencia quede firme.

Corrido el traslado de ley, la contraria no lo contesta.

A fs.1054/1059 vta. dictamina el Sr. Defensor General, en representación de los niños de apellido Abarzúa y solicita se case la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, dejándose sin efecto el desalojo dispuesto.

A fs. 1061/1066 interviene el Sr. Fiscal General y propicia se declare la admisibilidad del recurso.

A fs. 1068/1072, por Resolución Interlocutoria N° 134/16 este Cuerpo admite el remedio deducido por la parte demandada.

A fs. 1075/1079 vta. se expide nuevamente el Sr. Fiscal General en favor de que se declare procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley incoado.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? En caso negativo, ¿resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley incoado? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. RICARDO T.KOHON, dice:

I. Ante todo, considero necesario efectuar una síntesis de los hechos relevantes aquí debatidos:

1. Que a fs. 6/7vta. se presenta la actora COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO, mediante apoderado, promoviendo demanda de desalojo respecto del inmueble identificado como lote oficial 25-B-I, sito en Senillosa, Provincia de Neuquén, contra los Sres. RODOLFO ABARZÚA, JULIO ABARZÚA, RUBÉN ABARZÚA, ALEJANDRO ANTIÑIR, JOSÉ OMAR ANTIÑIR, LUIS ANTIÑIR y RELMU CÉSAR y/o quienes resulten ocupantes irregulares.

Refiere que es legítima ocupante de parte del lote mencionado, y cuenta con permiso de ocupación entregado por la Dirección de Tierras de la Provincia del Neuquén.

Aduce que contra su voluntad, las demandadas ocupan parte del predio. Solicita mandamiento de constatación a efectos de identificar a las personas que efectivamente ocupan el lote y para que invoquen el título por el cual ejercen dicha ocupación.

2. Dispuesta la medida por el Juzgado, a fs. 13 obra diligencia de constatación que lleva a cabo la Oficial de Justicia Margarita Valdés, que dice que la parcela es ocupada por María Celestina Antiñir, su esposo José Rodolfo Abarzúa y sus hijos Julio, Andrea, Yamila, Brisa, Ana Belén y Facundo, todos de apellido Abarzúa.

Manifiestan que ocupan el lote en virtud de un permiso de ocupación precaria que acuerdan entre la Lonco Teófila Antiñir y el matrimonio Abarzúa, como integrantes de la comunidad.

Así, concretamente se demanda a MARÍA CELESTINA ANTIÑIR, JOSÉ RODOLFO ABARZÚA y a RUBÉN, JULIO, ANDREA, YAMIL, BRISA, ANA BELÉN y FACUNDO, todos de apellido ABARZÚA.

Luego a fs. 132/134 se dejó sin efecto el traslado de la demanda y declaración de rebeldía de los menores de edad, cesando su carácter de demandados.

3. Corrido el traslado pertinente, a fs. 87/97 se presentan y contestan mediante apoderada: JOSÉ RODOLFO ABARZÚA, RUBÉN ABARZÚA, JULIO RODOLFO ABARZÚA y a través de gestora procesal MARÍA CELESTINA ANTIÑIR.

Niegan los hechos relatados por la actora.

Relatan que José Rodolfo Abarzúa en el mes de febrero de 2003 ingresó juntamente con su esposa María Celestina Antiñir y sus hijos en el predio de la Comunidad Ragiñ Ko en razón de haber sido convocado por la Lonco Teófila Antiñir, quien es tía de María Celestina.

Señalan que fueron convocados para habitar el predio, formar parte de la comunidad y trabajar la tierra, razón por la cual dejaron la casa que habitaban en la ciudad de Neuquén.

Acotan que antes de ingresar, formalizaron una exposición policial junto a un representante de la comunidad.

Expresan que sin ninguna razón, al ver que la familia Abarzúa ponía mucho empeño en las tareas agrícolas, sembrando, cosechando y criando animales, la Lonco y su hijo mostraron descontento.

Manifiestan que reciben un radiotelegrama en octubre de 2006, remitido a través de la Policía local, por la Dirección de Tierras, que los intimaba a desalojar.

Sostienen que se enteraron que esta maniobra ya había sucedido con otros familiares, que ingresaron a la comunidad y cuando construyeron sus viviendas los echaron en forma violenta y le quemaron las casas, por lo que denunciaron la situación en la Dirección de Personas Jurídicas y la Defensoría del Pueblo por discriminación.

Señalan que pertenecen a la raza mapuche, son asociados a la comunidad y ejercen la tenencia pacífica de aproximadamente un 3% de la totalidad de la tierra asignada a la Comunidad que integran.

Denuncian que su familia ha resultado discriminada, y que a pesar de ser María Celestina Antiñir esposa de Abarzúa y madre de los siete hijos en común con José Rodolfo Abarzúa, se les impedía ingresar a las reuniones de la comunidad por ser blancos, razón por la cual la Defensoría del Pueblo remitió denuncia al INADI.

Aducen que la asociación Ragiñ Ko no funciona en forma regular, que tiene los mandatos vencidos, no han cumplimentado las formalidades legales en las últimas convocatorias, no han aprobado sus estados contables y que es ilegítimo e insuficiente el título que invoca en la presente acción, esto es un permiso de ocupación precaria, por lo que –afirman- es cuestionable su legitimación activa en el proceso.

Manifiestan que para expulsar a un miembro, primero se deben justificar las causales de expulsión en debida forma, notificar y permitir el ejercicio del derecho de defensa en asamblea, luego de lo cual recién se puede tomar una decisión como la de desalojar a un integrantes de la comunidad y en el caso nada de eso se ha cumplido.

4. A fs. 206 se abre la causa a prueba.

5. A fs. 213/vta. se corre traslado de la acción a los restantes ocupantes constatados en el mandamiento inicial, quienes se presentan en autos a fs.248/260, plantean caducidad de instancia y contestan demanda en términos similares a los otros demandados.

El planteo de caducidad es sustanciado y resulta rechazado por el Juzgado de origen.

6. A fs. 921/926 vta. obra sentencia dictada por la Jueza de grado, que rechaza la demanda de desalojo deducida por la actora.

Considera que surge de autos que la ocupación principió por pertenecer a la comunidad mapuche y que tal es el título de ocupación.

Asimismo que los demandados alegaron que siendo miembros de la comunidad no fueron excluidos, por lo que resulta improcedente utilizar una acción de desalojo para excluirlos sin antes haber discutido y resuelto si era válida o no su originaria inclusión como integrantes de la comunidad mapuche que les dió el título para ocupar el predio o su exclusión. En síntesis, entiende que el título que justificó la ocupación no puede analizarse por esa acción sumaria.

Destaca que el examen de si se produjo o no la exclusión o expulsión de los demandados de la comunidad mapuche es cuestión ajena a la acción de desalojo, la que solo puede resolver respecto de si existe la obligación de restituir el bien.

Sostiene que la propiedad reconocida a los pueblos originarios de nuestro país importa un derecho de fondo de naturaleza constitucional, que puesto en juego por ambas partes de esta contienda al alegar su condición de mapuches, conduce a una solución del caso que va mucho más allá de una simple acción de desalojo como la presente.

Destaca que el ingreso de los demandados al predio no se produjo por la fuerza, ni por alguna actuación ilegitima, sino por su incorporación como mapuches a la comunidad a la cual se otorgó la tierra a fin de ser aprovechada en los términos constitucionales.

Concluye que en la acción de desalojo se decide si la demandada tiene obligación legal de restituir el bien y en ella no puede resolverse si el título de la ocupación alegado es legítimo y vigente respecto de los demandados, por lo que rechaza la demanda.

7. La actora se disconforma con el fallo, apela a fs. 932 y expresa agravios a fs. 946/950. Denuncia como hecho nuevo que los demandados incurrieron en actos de violencia y que se incorporaron otros ocupantes al predio, por lo que solicita mandamiento de

constatación y se fije audiencia con todos los miembros de la comunidad actora para que puedan explicar la situación. Acompaña acta de una reunión celebrada por integrantes de la comunidad actora.

8. Conferido el traslado a la parte demandada, del hecho nuevo y los agravios expresados, contesta a fs. 956/959.

9. A fs. 966, 967, 978, 985, 993 se celebran audiencias de partes, e inspección del lugar a fs. 988.

10. A fs. 996/997 la actora acompaña acta de reunión de la comunidad con una propuesta de desocupación progresiva. Conferido traslado a la contraria, contesta a fs. 1003 y solicita se dicte sentencia.

11. A fs. 1006/1011vta. la Cámara de Apelaciones emite pronunciamiento. Revoca el decisorio de Primera Instancia y hace lugar a la acción de desalojo, condenando a los demandados a que en el plazo establecido en los considerandos, desalojen el inmueble identificado en la demanda (Lote Oficial 25-B-I), dejándolo libre de ocupantes, bajo apercibimiento de librar mandamiento de desahucio.

En los considerandos se señala que con la finalidad de que los demandados se reubiquen en otro lugar, para hacer menos traumático el cumplimiento de la sentencia de desalojo y al contar con el aval de la parte actora, en función de la propuesta realizada por esa parte, deberán desalojar el inmueble en forma progresiva, dentro del plazo de cuatro años contados desde que la sentencia quede firme.

El Juez que vota en primer término sostiene que la finalidad específica para la cual le fue otorgada la autorización de ocupación del predio a la comunidad actora, tuvo como eje, más allá de la producción de la tierra en sí misma, preservar en ese espacio la cultura y las tradiciones del pueblo mapuche. Y que por ello cuando alguno de sus integrantes deja de pertenecer a la comunidad por desviar el objetivo principal por el cual le fueron entregadas las tierras, es ella la que está facultada para recuperar, a través de la correspondiente acción de desalojo, la porción de territorio cedido a esa persona o a un grupo.

Señala que pudo advertir, del contacto con las partes en las distintas audiencias realizadas, que existían entre ambos grupos diferencias significativas desde el punto de vista cultural, religioso y tradicional.

Entiende que la discusión respecto a si los demandados pertenecen o no a la comunidad mapuche no constituye impedimento para la procedencia del desalojo pretendido, porque considera que con las constancias arrimadas a la causa está debidamente demostrada la falta de afectación comunitatis de aquellas con respecto a la comunidad actora.

Destaca que en la sentencia de grado se recurrió a un acta del 8 de agosto de 2006, a fs.167 del expediente administrativo, para sostener que la Sra. Teófila Antiñir reconoció que los demandados fueron autorizados a ocupar el predio, pero también surge de ella que la comunidad decidió en función de los motivos allí expuestos, desalojarlos.

Sostiene que a fs. 711/712 obra acta de una reunión celebrada el 27 de julio de 2005, en que la actora expresa que no pueden aceptar más a esas personas en la comunidad al no respetar a sus autoridades, por la mala convivencia, reiteradas amenazas y desobediencia, por no acatar las condiciones del estatuto.

También menciona una constancia del 19 de agosto de 2005, en la cual los accionados pese a que reconocen haber sido expulsados de la comunidad, manifiestan su interés en seguir trabajando la tierra que ocupan.

Entiende que si bien en principio, los demandados ocuparon las tierras que les otorgó la comunidad, luego hubo un quiebre que generó cierta rispidez y llevó a que se celebrara una reunión el 27 de julio de 2005, en la que la actora decidió excluirlos.

Manifiesta que si bien coincide con la sentenciante de primera instancia, en cuanto a que las cuestiones relativas a la relación de la comunidad y sus miembros no pueden ser debatidas y decididas en un proceso de desalojo, en autos se dan circunstancias particulares que hacen innecesario que se indague más allá de las constancias analizadas precedentemente que dan cuenta que los demandados a la fecha de la presentación del desalojo ya no pertenecían a la comunidad.

Por tal motivo, considera que resulta improcedente exigirle a la actora, de manera previa a la acción de desalojo, adoptar los mecanismos de exclusión de los demandados de la comunidad.

En definitiva propone se revoque la sentencia de primera instancia y se haga lugar al desalojo y ello en el plazo de cuatro años en forma progresiva atento la propuesta realizada por la actora a fs. 996/vta. Es decir, de acuerdo a tal proposición que cada una de las cinco familias ocupen una hectárea y se comprometan a aceptar los valores y características de modo de vida mapuche y cumplir las resoluciones de la comunidad conforme el estatuto, para regular la convivencia, caso contrario se haría efectivo el inmediato desalojo.

Finalmente señala que en caso de comprobarse por el tribunal el incumplimiento de algunas de las condiciones establecidas en el acta referenciada o cuando existan motivos fundados que pongan en peligro la integridad de las personas o bienes, se suspenderá el plazo otorgado y se procederá a través de los mecanismos judiciales pertinentes al desalojo de los demandados.

El primer voto, es acompañado por el Vocal de Cámara que se expide en segundo lugar.

12. A fs. 1016/1047 los demandados JOSÉ RODOLFO ABARZÚA, JULIO ABARZÚA, RUBÉN ABARZÚA, ALEJANDRO ANTIÑIR,

JOSÉ OMAR ANTIÑIR, LUIS ANTIÑIR y CÉSAR RELMO deducen recurso de Casación.

Fundan su presentación en los Arts. 15°, Incs. a), b) y c); 18°, 1° y 2° párrafo de la Ley 1.406, alegando defectos graves en la apreciación y valoración de la prueba testimonial, documental e informativa, determinante para la correcta solución del juicio.

Sostienen además que la sentencia dictada es incongruente y arbitraria porque el razonamiento que la sustenta se encuentra en contradicción con el caso concreto y resuelve más allá de lo probado.

Señalan que la Cámara omitió ponderar que la actora no hizo referencia ni probó la expulsión de su parte. Alega que ello fue correctamente resuelto por la Juez de grado al considerar que no estaba acreditado tal extremo y que era cuestión ajena a la acción de desalojo.

Argumentan que para expulsar socios se deben cumplir con las formalidades del Estatuto Social, las leyes provinciales 77 y 1.284.

Además, señalan que el decisorio de Alzada entendió equivocadamente que si bien la comunidad los autorizó a ocupar el predio, luego decidió desalojarlos como consta en el acta de fs. 167 del expediente administrativo 2903-10755/98, sin advertir que todas las acciones desplegadas por la Lonko y la Dirección de Tierras violaban el derecho de defensa de su parte.

Entienden que la sola manifestación de la Lonko de que sus sobrinos no hacen caso, no es un cargo que habilite la aplicación de la sanción expulsiva.

Y que tampoco es correcta la valoración realizada por la Cámara del contenido del acta de fecha 27 de julio de 2005, donde se refieren a la mala predisposición, convivencia y reiteradas amenazas y desobediencias de su parte, sin cotejarlo con otros elementos de la causa.

Manifiestan que otro desacierto de la Alzada es afirmar que existen constancias en la causa sobre la falta de afectación comunitatis de su parte respecto de la comunidad actora, sin señalar cuáles son esas constancias y violando la normativa procesal que le indica circunscribir su análisis a los agravios traídos a su conocimiento.

Expresan que la sentencia no ha sido motivada porque se le endilga a su parte incumplimientos sin claridad, ya que no firmó ninguna claúsula obligacional con la Comunidad ni la Dirección de Tierras. Y que la Cámara se basó en percepciones tomadas en las audiencias, olvidando que la sentencia debe valorar los agravios, la contestación de éstos y el pronunciamiento de primera instancia.

Señalan –con cita de Héctor E. Kenny- que el juicio de desalojo no es el ámbito adecuado para dirimir las cuestiones sobre el derecho de poseer, si la posesión es legítima o ilegítima, de buena o mala fé.

Además refieren que se ha omitido identificar correctamente el inmueble objeto del desalojo.

Afirman que detentan los mismos derechos que los demás integrantes de la comunidad: niegan que se hayan alejado de los valores y creencias, y sostienen que conservan la sensación de pertenencia.

Expresan que la Cámara se ha atribuido potestades no asignadas por la ley, ya que también ellos son mapuches y el Art. 75 de la Constitución Nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantiza el respeto a su identidad y a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. En ese sentido, agregan que se ha violado el Art. 16° de la C.N. porque ellos tienen los mismos derechos que la parte accionante.

También denuncian la infracción de la Ley 26.160, Art.2°, que dispone la suspensión por el plazo de la emergencia declarada de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el art.1°.

13. Se corre traslado a la demandada, que no contesta.

14. A fs.1054/1059vta. dictamina el Sr. Defensor General, en representación de los niños hijos del matrimonio de María Celestina Antiñir y José Rodolfo Abarzúa y solicita se case la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, dejándose sin efecto el desalojo dispuesto.

Destaca que en las actuaciones administrativas Nro.2900-10755, obra dictamen N°132/2011 suscripto por el Sr.Fiscal de Estado, quien se expide favorablemente a la viabilidad del anteproyecto de Decreto, por el cual se propende, la transferencia Y otorgamiento de la escritura traslativa de dominio a favor de la Comunidad Ragiñ Ko.

Considera que corresponde aplicar el marco normativo vigente en materia de derechos de los pueblos originarios e invoca el Art.75, Inc.17 de la Constitución Nacional, el Art.53 de la Constitución Provincial y el Convenio Internacional 169 OIT, entre otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Expresa que en función del referido marco es dable afirmar que la propiedad comunitaria indígena entraña una propiedad especial.

Cita la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de la significación colectiva de la propiedad y posesión comunitaria de las tierras de las comunidades indígenas, que tiene una significación colectiva, no de pertenencia al individuo sino al grupo, que no se corresponde con la propiedad individual.

Sostiene que la vía del juicio de desalojo resulta improcedente en atención a la especial naturaleza que reviste el inmueble objeto de la pretensión y a su vez, por el acotado marco cognoscitivo que dicho proceso posee.

Afirma que la tierra cuyo desalojo pretenden algunos miembros de la comunidad en contra de otros miembros, se halla amparada por el plexo normativo de protección a la propiedad comunitaria que el ordenamiento le otorga a las poblaciones indígenas como un derecho colectivo y no individual.

Destaca que el estatuto Social agregado a fs.27/35, en el título VI, Art.21, referido sanciones, suspensión y expulsión, dice que se establece en todos los casos el Ad Moguen (vida social) y el Nor Moguen (obligaciones y deberes) y que los miembros podrán ser objeto de las sanciones de suspensión y expulsión.

Que en su Art. 22, expresa que es causa de suspensión, la trasgresión a las obligaciones establecidas en el estatuto y en la reglamentación interna y también el desacato a las resoluciones de la Comisión Directiva a través del Traum de la Comunidad, cuyo veredicto es inapelable. Menciona que el Art.23 establece la composición de la Comisión del Nor Feleal (órgano de justicia), el 24 que son causa de expulsión: a) la reincidencia de una nueva falta luego de haber sufrido una primera suspensión, b) haber cometido el integrante acto grave de desobediencia y alterado la paz social, en perjuicio de la Comunidad y no respetar los principios culturales de la misma o haber engañado o tratado de engañar a sus autoridades para obtener beneficio económico o de otra naturaleza.

Y que el Art.25 dice que las sanciones establecidas serán aplicadas por la Comisión Directiva y podrán ser apeladas ante el Traum de la Comunidad.

Advierte que el acta de fs.143/144 del Expte. 2903-10755/98 por la cual se decide el desalojo de los demandados nunca fue notificada y que nada del procedimiento específicamente previsto en el Estatuto, fue observado por parte de la Lonco y Comisión Directiva. Puntualmente que no tuvieron posibilidad ninguna de ejercer el derecho de defensa.

Destaca que el acta no menciona a María Celestina Antiñir, sobrina de la Lonco, demandada en la presente acción.

Manifiesta que tampoco se subsanan las falencias referidas con el acta obrante a fs.167 del 8 de agosto de 2006, ante la Dirección de Tierras, en la que la Lonco expresa que si bien en una ocasión fueron autorizados por la Comunidad a ocupar un lugar determinado, al no respetar dicha ocupación y al no hacer caso, ignorando el estatuto interno, se ha tomado la determinación de desalojarlos.

Remarca que el alto nivel de conflictividad también es admitido por los jueces de ambas instancias, por un lado la Jueza a fs.924 considera probadas las serias divergencias en la convivencia y luego la Alzada lo advierte en las audiencias celebradas, y destaca las diferencias que existen entre ambos grupos desde el punto de vista cultural, religioso, tradicional, etc.

Por ello, entiende que judicializar el conflicto generado entre los miembros de la comunidad a través de una acción de desalojo resulta improcedente, toda vez que el debate que gira en torno al derecho a la tierra comunitaria lo excede.

Agrega que la propia comunidad deberá respetar las herramientas normativas nacionales e internacionales y lo estipulado en el estatuto social que rige para su convivencia y la organización económica y cultural.

Concluye que el pronunciamiento debe ser casado por que tuvo por acreditado que los demandados fueron excluidos de la Comunidad, hecho que –a su entender- no ha sido acorde al Estatuto Social y porque el proceso de desalojo resulta inadecuado para dirimir la controversia.

Destaca que además en el caso la sentencia de desalojo involucra a los menores hijos de Antiñir y Abarzúa, cuyo mejor interés debe protegerse conforme la Convención Internacional de Derechos del Niño y la Ley 26.061.

28. A fs.1061/1066 interviene el Sr. Fiscal General y propicia se declare la admisibilidad del recurso incoado por la accionada, limitándolo al carril de inaplicabilidad de ley. Ello así, en función de las normas constitucionales e internacionales que se encuentran en juego y escapan de la mera acción pretendida (Art.75, Inc.17 CN).

29. A fs.1068/1072, por Resolución Interlocutoria N°134/16 este Cuerpo declara admisible el recurso deducido por la demandada.

30. A fs.1075/1079vta. se expide nuevamente el Sr. Fiscal General en favor de que se declare procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley incoado por los demandados.

Considera que a la comunidad se le ha otorgado la tenencia precaria, y que cada uno de sus integrantes tiene el mismo derecho de vivir y permanecer en ella.

Entiende que la sentencia resulta arbitraria por no ajustarse los fundamentos del fallo a los elementos acreditados.

Ello en relación a que no surge demostrada la alegada expulsión de los demandados, ni que la tierra permisionada por el Estado no tuviere fines productivos conforme su cultura e idiosincrasia, tal como afirma la Cámara.

En ese sentido considera violentado el Art.75 Inc.17 de la Constitución Nacional.

II. a) Ingresando en el examen del recurso de Nulidad Extraordinario, se evidencia que la impugnación formulada se encuentra

estrechamente vinculada con las argumentaciones esgrimidas para sustentar el carril de Inaplicabilidad de Ley. Luego, advirtiendo que los agravios expuestos por la recurrente pueden hallar un adecuado tratamiento y respuesta jurisdiccional a través del último recurso nombrado, en virtud de lo prescripto por el Art. 19 de la Ley 1.406, corresponde a mi juicio, desestimar el remedio de Nulidad Extraordinario. (Acuerdo 7/14, 15/15 del Registro de la Actuaria).

b) Que la apertura de la instancia casatoria tuvo lugar porque el debate gira en torno a derechos de rango constitucional vinculados al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra.

Al respecto, nuestra Constitución Nacional establece en el Art.75, que corresponde al Congreso:

[…]Inc.17) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones […].

En consonancia con la norma fundamental nacional, la Constitución de la Provincia de Neuquén, dice en su artículo 53:

“La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor.”

En la misma línea se inscribe el Código Civil y Comercial, que introduce los derechos de las comunidades indígenas en su Art.18:

“Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el Art.75, Inc.17 de la Constitución Nacional.

A partir de la normativa reseñada el Estado Argentino cumple con el compromiso asumido al ratificar el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (adoptado en 1989 y aprobado por nuestro país por Ley 24.071 en 1992) de respetar la relación de los pueblos indígenas con las tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular con los aspectos colectivos de esa relación, entendiendo como tierras la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. (Art.13.1).

La norma dispone también:

“La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.” (Art. 13.2).

II. b) Reseñadas que han sido las leyes y normas de carácter constitucional, convencional y legal pertinentes, aplicables a la temática atinente a los pueblos indígenas argentinos, cabe analizar las cuestiones fácticas que surgen de las actuaciones y que permitirán determinar si la sentencia dictada por la Cámara- que revoca el decisorio dictado en primera instancia y ordena el desalojo de los demandados- incurre o no en la infracción constitucional denunciada.

Por la presente acción, la comunidad indígena actora –a través de sus representantes- pretende el desalojo de personas integrantes de la comunidad, del territorio en el que se asienta la vida comunitaria, y cuyo uso ha sido otorgado por el Estado Provincial.

1. Concretamente, se verifica que la actora COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ-KO, es una comunidad indígena, con personería jurídica conforme Decreto N°1837 del 18/9/94 (fs. 482), que se constituyó el 30/11/91, como desprendimiento de la comunidad Pilquiñan-Antiñir, con asiento en el paraje Los Miches, Departamento Minas de la provincia de Neuquén (acta constitutiva obrante a fs. 445), que se rige conforme el estatuto obrante a fs. 446/453, cuya reforma integral fue aprobada por Resolución N°J 103 del 22/8/2007 y obra a fs. 802/809, con domicilio en el Paraje China Muerta, Departamento Confluencia de la Provincia de Neuquén.

En sus considerandos, el Decreto 1837/94, precisa que la comunidad mapuche Ragiñ Ko es creada “con el propósito de afirmar y fortalecer los vínculos culturales, socio-económicos de la comunidad, con el objeto de elevar el nivel de vida de sus integrantes; fomentar el acercamiento de todos los aborígenes del país; bregar por la defensa de la cultura mapuche y sus tradiciones, etc”.

2. Respecto del territorio que ocupa, cabe concluir que se trata de lotes fiscales otorgados por el Estado Provincial a la Comunidad Mapuche Ragiñ Ko, con fines comunitarios, y en proceso de transferencia dominial, lo que remite a la protección constitucional a la

posesión y propiedad comunitaria y al compromiso del Estado de regular la entrega a las comunidades indígenas de tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano prevista en el Art. 75, Inc. 17 CN y Art. 53 de la Constitución provincial. Ello surge de los siguientes antecedentes obrantes en autos:

A fs. 9 de las actuaciones administrativas "Comunidad Mapuche Ragiñ-Ko", Expte. N° 2903-10755/98 de la Subsecretaría de la Producción y Recursos Naturales, que mediante Dec.N°2112 de 9/9/92 se aprobó el convenio suscripto entre la Provincia del Neuquén y la Comunidad Mapuche Ragiñ-Ko para el desarrollo de un Proyecto Productivo en las tierras que ocupa como experiencia piloto (10 hectáreas de las 218 de la parcela señalada como Chacra N°8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 que son parte de la Fracción B-lote fiscal 265-sección I, Departamento Confluencia).

A fs. 114/vta. obra un permiso de ocupación precaria de fecha 22/4/2002, sobre una fracción de tierra fiscal de aproximadamente 120 hectáreas ubicada en lote 16, 17, 18, 19, 20, 21, 48, 47 y parte de los lotes 43, 44, 45, 46 y 49 todos ellos partes del Lote Oficial 25 -fracción B- Sección I del Departamento Confluencia.

En la claúsula segunda se precisa que el permiso tiene carácter precario y provisorio y que una vez realizada la mensura y comprobada la explotación efectiva de la tierra se otorgará a la comunidad título de propiedad. También se consigna que la comunidad se obliga a la explotación efectiva conforme a su cultura e idiosincrasia propia.

A fs. 146/147 consta un permiso de ocupación precaria de fecha 2/9/2005, sobre los lotes 8, 9 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Fracción B de Senillosa. El documento reitera idénticos términos del celebrado en el año 2002, referido precedentemente.

A fs. 190/191 obra anteproyecto de decreto de transferencia y otorgamiento de escritura traslativa de dominio a favor de la comunidad mapuche [R] Raguiñ Ko.

A fs. 337/344, dictamen de la Asesoría General de Gobierno del 10/6/11 que concluye que la comunidad mapuche Ragiñ Ko, puede ser sujeto de reconocimiento del derecho a la propiedad a la tierra de acuerdo a lo prescripto por el artículo 75, Inc. 17 de la CN. Para ello dictamina se desafecten los lotes fiscales en cuestión y se transfiera el dominio.

Luego, obra un pedido de no innovar respecto de la escrituración en favor de la Asociación Mapuche Ragiñ Ko, deducido por José Rodolfo Abarzúa, Julio Rodolfo Abarzúa, Alejandro Antiñir, José Omar Antiñir, Cesar Eladio Relmo y Luis Alberto Antiñir, en base a una denuncia de irregularidades.

Ante ello, la Asesoría Legal dictamina que corresponde resolver tal cuestionamiento, previo a dictaminar respecto del anteproyecto de decreto de transferencia de dominio y otorgamiento de escritura.

Hasta allí lo actuado en sede administrativa -conforme las constancias de autos- respecto del territorio en que se asienta la actora comunidad mapuche Ragiñ Ko: tierras fiscales otorgadas por el Estado Provincial, mediante permiso de ocupación precaria, para fines comunitarios y con trámite pendiente de transferencia de dominio.

Cabe señalar que tanto la Carta Magna Federal como la de nuestra provincia, establecen que el Estado regulará la entrega de tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano (Art. 75, Inc. 1 y 53 respectivamente), y tal resulta ser el caso de las tierras otorgadas a la Comunidad Ragiñ Ko, conforme las constancias de autos.

3. En cuanto a la calidad de miembros de la comunidad indígena Ragiñ Ko, alegada por los demandados como motivo de su ingreso al predio, cabe destacar que no ha habido divergencia por parte de la actora, sino lo contrario y surge de las siguientes constancias:

A fs. 717 obra acta de exposición policial del 1/2/2003, en la cual consta que se presenta ante la Comisaría de Senillosa, el Sr. Albarino Mariano Antiñir, "en representación de la Comunidad Ragin Co, como segundo Jefe, a los fines de poner en conocimiento que a partir de ayer a las 20:00 se integran a la comunidad cinco familias las que fueron autorizadas mediante acta y reunión realizada el 19 de enero del año ppdo. Siendo ellas ANTIÑIR MARIA CELESTINA, DNI ... y esposo ABARZÚA, JOSÉ RODOLFO, DNI ... -ANTIÑIR LUIS ALBERTO DNI ... y esposa MILLAR MARIA ELENA CI ... ANTIÑIR, JOSÉ OMAR DNI ... y esposa PINO ANDREA ELOISA DI ...- ANTIÑIR ALEJANDRO DNI ... y ANTIÑIR AURORA DNI ..., con su madre QUEZADA OROSMILA DNI ... y ANTIÑIR GRACIELA DNI ... y esposo ESPARSA, DANIEL HECTOR DNI .... Dejando asentado además que cada grupo familiar cuenta con hijos menores de 10 años para abajo."

A fs. 160 de las mismas actuaciones administrativas, obra nota de la Coordinadora General del ADUS dirigida al Director de Tierras Fiscales, que menciona los conflictos existentes, que podrían ocasionar el desalojo de 5 familias por parte de la Comisión Directiva y la necesidad de contar con información para la construcción de unidades funcionales e incluye un listado correspondiente al grupo poblacional del predio, que incluye a: Antiñir Alejandro, Antiñir José Omar, Antiñir Maria y Antiñir, Luis Alberto. Todos ellos demandados en autos.

A fs. 240/244 obran constancias del pago de un préstamo de un emprendimiento productivo otorgado por el Programa Social

Agropecuario de la Provincia de Neuquén, a nombre de los demandados Relmo Cesar Eladio, Antiñir Luis Alberto, Antiñir José Omar, Antiñir Alejandro y Abarzúa José Rodolfo, en las que se identifica a cada uno de ellos como integrantes del grupo Ragiñ Ko. (documentos reconocidos como auténticos a fs. 377).

A fs. 711/712 obra copia fiel de acta de fecha 27/7/05, de una reunión de la Comisión Directiva de la Comunidad y demás integrantes. Se consigna que tiene como único punto del orden día, el desalojo de Rodolfo Abarzúa, Antiñir Alejandro, Antiñir José Omar, Antiñir Luis, Relmu Cesar y los hijos del primero (Rodolfo, Julio y Rubén, todos de apellido Abarzúa).

Allí se expresa que oportunamente se los aceptó en la comunidad, pero que no los aceptan más, debido su mala predisposición, amenazas, desobediencia, falta de respeto a la Lonko. Piden que intervenga la Fiscalía para el desalojo porque perturban el futuro de la comunidad.

Cabe señalar, que entre las personas cuyo desalojo pretenden no se incluye a María Celeste Antiñir, quien sí resulta luego, demandada en autos.

Consta a fs. 167, que la Lonko Teófila Antiñir manifiesta ante la Dirección de Tierras que los Sres. Alejandro Antiñir, José Omar Antiñir, Luis Alberto Antiñir Rodolfo Abarzúa y Aurora Antiñir: “si bien en una ocasión fueron autorizados a ocupar un lugar determinado, al no hacer caso e ignorar el Estatuto Interno que rige la comunidad […] han tomado la decisión de desalojarlos” y solicita que esa Dirección efectivice el desalojo.

Posteriormente el mencionado organismo administrativo remite a la Comisaría de Senillosa, radiotelegramas N° 268 y 325 que dicen: “A título de especial colaboración solicítole se le notifique a los Sres. Alejandro Antiñir, José Omar Antiñir, Luis Alberto Antiñir, Rodolfo Antiñir y Aurora Antiñir: “que habiéndose constatado que ocupan sin autorización de este organismo tierras dentro de las fracciones permisionadas a la comunidad indígena R´Rangiñ-co en el sector chacras de la localidad de Senillosa, se los intima por el presente a retirarse del lugar en el plazo de 5 días de notificados, bajo apercibimiento de iniciar las acciones penales por el delito estipulado en el Artículo 239 del Código Penal (atentado y resistencia a la autoridad) u otras que correspondieran por derecho” (fs.170/172).

Así, se concluye que conforme las constancias mencionadas precedentemente, los demandados resultan ser miembros de la comunidad mapuche Ragiñ Ko.

4. Entonces, se reitera, de las circunstancias enunciadas precedentemente, surge que el inmueble donde se asienta la comunidad indígena actora, y del cual pretende desalojar a los demandados, está constituido por tierras fiscales otorgadas por el estado provincial mediante permisos de ocupación precaria, para uso comunitario y en proceso pendiente de transferencia del dominio, lo cual las enmarca dentro de la protección constitucional de la Carta Magna Federal y local (Art. 75, Inc. 17 CN, Art. 53 y 82, Inc. d), Constitución Provincial, 13 y 14 Convenio 169 OIT Ley 24.071).

Asimismo, no ha sido controvertido que la presencia de los demandados en ese territorio comunitario corresponde a habérselos integrado previamente a la comunidad mapuche Ragiñ Kó, y convocado a instalarse con sus familias en el predio, tal el título por el que ingresan y se asientan en el inmueble.

Luego, es claro que conflictos de convivencia llevaron a la actora a querer desalojarlos y es la pretensión que ha manifestado al iniciar este proceso.

Empero, los accionados opusieron su calidad de miembros integrantes de la comunidad Ragiñ Ko y alegaron no haber sido expulsados de ella, sin que la contraria haya acreditado este último extremo.

Es oportuno recordar que el proceso de desalojo es aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a recuperar el uso y goce de un inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener la obligación exigible de restituirlo o revestir el carácter de simple intruso aunque sin pretensiones a la posesión (conf. Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, T.VII, pág.51).

En tal sentido, valga reiterar que por vía de principio, no es el medio procesal adecuado para debatir y dilucidar cuestiones que desbordan su objetivo.

En el caso, el ingreso de las personas demandadas no se produjo de manera ilegítima, sino por su incorporación como mapuches a la comunidad actora, tal es el motivo por el cual se encuentran en las tierras comunitarias, las que han sido entregadas por el Estado para ese uso, por lo que resulta improcedente la acción de desalojo para excluirlos del lugar.

Y es que, excede el marco de esta acción establecer si los demandados, incorporados a la comunidad indígena actora y al territorio comunitario, fueron incluidos de manera válida, si cumplieron o no con las reglas internas, si ante una eventual falta se adoptaron procedimientos ajustados a derecho conforme el estatuto o lo contrario, si fueron o no excluidos en legal forma, ya que el objeto de los presentes se circunscribe a resolver si existe o no obligación de restituir el bien, que dé lugar al desalojo.

Corresponde reiterar el reconocimiento y especial protección constitucional, convencional y supralegal de que gozan los pueblos

indígenas argentinos, su identidad y su idiosincrasia, las comunidades indígenas, la ocupación tradicional, posesión y propiedad comunitaria de la tierra, institutos que han sido traídos por los contendientes a este pleito y se encuentran directamente involucrados en autos.

Es así, en razón de que los litigantes pertenecen al pueblo indígena mapuche, la actora reviste la calidad de comunidad indígena, los demandados son integrantes de tal comunidad, y se debate respecto del desalojo de éstos últimos del territorio comunitario en el que viven.

En consecuencia, ordenar el desalojo solicitado por la Comunidad Mapuche Ragiñ Ko, de personas integrantes de la propia Comunidad indígena, para que sean expulsadas de las tierras comunitarias que ocupan, infringe normativa constitucional federal y local, además de la Ley 27.071 (Convenio 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes).

Concretamente –a la luz del desarrollo efectuado hasta aquí-, la decisión impugnada colisiona con los Arts. 75, Inc. 17 de la Constitución Nacional, Art. 53 de la Constitución Provincial, Art. 13 Convenio 169 OIT (Ley 24.071).

Entonces, corresponde declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido, en virtud de las causales de infracción legal señaladas precedentemente (Art. 15, Inc. a) y b) Ley 1406).

III. En consecuencia, ha de casarse la sentencia dictada a fs. 1006/1011 vta., por imperio de lo dispuesto en el Art. 17º, inc. c) de la Ley 1.406, y en atención a los fundamentos expuestos, ha de recomponerse el litigio mediante el rechazo del recurso de apelación deducido por COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO, y la consiguiente confirmación del pronunciamiento de Primera Instancia obrante a fs. 921/926 vta.

IV. Con respecto a la tercera cuestión planteada, propongo se impongan las costas de todas las instancias a la actora perdidosa (Arts. 68° del Código Procesal y 12° de la Ley Casatoria). MI VOTO.

El señor vocal doctor EVALDO D.MOYA, dice: comparto la línea argumental desarrollada por mi colega preopinante y la solución propiciada, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad con los representantes de los Ministerios Públicos, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Declarar IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extrardinario. 2°) Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado por la demandada a fs. 1016/1047 contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala III- de esta ciudad obrante a fs. 1006/1011 vta., CASANDO dicho fallo por infracción al Art. 75, Inc. 17) de la Constitución Nacional, Art. 53 de la Constitución Provincial, Art. 13 de la Ley 24.071 -Art. 15, Incs. a) y b) Ley 1.406-, y sobre la base de las razones vertidas en los considerandos del presente. 3°) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 17°, inc. c), del ritual casatorio, RECOMPONER el litigio mediante el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la actora, CONFIRMANDO la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 921/926. 4°) IMPONER las costas de todas las instancias a cargo de la actora (Arts. 68° del C.P.C.y C. y 12º de la Ley 1.406). 5°) DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad. 6°) DISPONER la devolución del depósito, cuya constancia luce a fs. 1015 (art. 11° L.C.). 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 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

“ROSAS GASTÓN NICOLÁS; BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO; GONZÁLEZ GUSTAVO MARCELO; CATALÁN SERGIO RAÚL y CASTILLO MARTÍN ALEJANDRO S/ TORTURA” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 12611/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO PENAL: Impugnación extraordinaria.

IMPUGNACION EXTRAORDINARIA. TRIBUNAL DE IMPUGNACION. SENTENCIA ABSOLUTORIA. NULIDAD DE LA SENTENCIA. SENTENCIA DICTADA EN DIA INHABIL. LEGITIMACIONACTIVA. VIOLACION A LA LEY. OMISION DE CUESTION ESENCIAL. ARBITRARIEDAD. RECHAZO DEL RECURSO.

1.- Corresponde rechazar la impugnación Extraordinaria interpuesta por el letrado particular que asiste a los imputados contra el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación, que resuelve hacer lugar al recurso anulando la sentencia absolutoria y reenviar el caso para la realización de un nuevo debate, toda vez que no se verifican los agravios alegados, ni pone evidencia un incorrecto ejercicio de la tarea revisora desempeñada por el Tribunal de Impugnación, a la que legítimamente acudió la Querella, desde que no surge una crítica concreta y razonada que lleve a demostrar que esa revocación lo ha sido por arbitrariedad o graves defectos de fundamentación.

2.- El agravio referido a violación a la norma procesal establecida en el artículo 74, inciso 1° del C.P.P.N., en tanto la sentencia se dictó en un día inhábil –durante la feria judicial de verano del corriente año- cuando para ello no hubo ningún pedido de las partes ni se invocaron razones de urgencia para proceder de ese modo. Incluso, la habilitación de la feria judicial que consta en el fallo apelado lo fue al sólo efecto de practicar las notificaciones luego de su emisión (punto IV de la parte dispositiva), situación que demuestra un claro incumplimiento de la norma ritual precitada, debe ser rechazado pues se ubica en las antípodas de un perjuicio concreto para el apelante. A mayor abundamiento -ahora desde un plano estrictamente normativo- esa falta de agravio cancela la posibilidad de acudimiento ante el Máximo Tribunal Nacional, pues exige como recaudo insorteable la existencia de un "…gravamen personal, concreto y actual…" (cfr. C.S.J.N., Acordada 4/07, art. 3° inc. "c").

3.- Resulta improcedente la causal de omisión de resolver cuestiones articuladas por la Defensa durante el trámite recursivo ordinario. Concretamente, la falta de legitimación de la Querella (Asociación Zainuco"), en tanto el artículo 64 del C.P.P.N. otorga esa facultad solamente a la víctima, es decir al ofendido directamente por el delito, y era carga del apelante -y no lo hizo- expresar, al menos mínimamente, cuál ha sido el perjuicio derivado de tal incumplimiento formal. En efecto: a través de la Resolución Interlocutoria Nro. 44/2016, refrendada por los suscriptos en fecha 19/4/2016, se resolvió que la "Asociación Zainuco" posee plena legitimación para actuar en las presentes actuaciones en calidad de Querellante. Dicha resolución fue notificada los letrados defensistasen igual fecha (19/4/16) y fue consentida por ellos al no deducir ningún recurso contra aquélla. Por lo tanto, la reedición de esta censura por parte del abogado defensor ante el Tribunal de Impugnación, expresada varios meses después de haberse dictado una decisión firme en dicho punto devenía claramente extemporánea, restándole así un elemento sustancial para proponer un caso de arbitrariedad por incongruencia omisiva.

Texto completo:

ACUERDO Nro. 1/2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por la doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI y el doctor OSCAR E. MASSEI, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. Andrés Triemstra, para resolver en los autos caratulados: "ROSAS GASTÓN NICOLÁS; BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO; GONZÁLEZ GUSTAVO MARCELO; CATALÁN SERGIO RAÚL y CASTILLO, MARTÍN ALEJANDRO S/ TORTURA" (Legajo MPFNQ Nro. 12611/2014).

ANTECEDENTES: El tribunal de juicio, integrado en la oportunidad por los doctores Cristian Piana, Héctor Dedominichi y Martín Marcovesky, absolvió a los imputados Gastón Nicolás Rosas, Asdrubal Mirko Bernardelli, Gustavo Marcelo González, Sergio Raúl Catalán y Martín Alejandro Castillo en orden a los hechos formulados en la acusación, que concretó de modo exclusivo la parte Querellante (cfr. fs. 19/31 vta.).

Contra dicha decisión la Querella dedujo impugnación ordinaria, la cual luego de diversas vicisitudes fue tramitada.

El Tribunal de Impugnación, mediante sentencia Nro. 1/2017 de su registro (dada en fecha 03/01/2017), resolvió hacer lugar a dicho recurso, anular la sentencia absolutoria y reenviar el caso para la realización de un nuevo debate (cfr. fs. 163/178).

Contra este último pronunciamiento el letrado particular que asiste a los imputados Rosas, Bernardelli, Castillo y González -Dr. Marcelo Inaudi- dedujo Impugnación Extraordinaria (cfr. fs. 179/188).

Este último recurso es el que motiva el dictado del presente pronunciamiento.

El Dr. Inaudi encauzó sus agravios por el segundo andarivel del artículo 248 del Código Procesal Penal.

En lo que atañe a los recaudos de admisibilidad, expresa que los jueces del Tribunal de Impugnación omitieron resolver cuestiones oportunamente planteadas e incurrieron en un exceso jurisdiccional durante su faena revisora, produciendo una verdadera reedición del juicio ya celebrado.

Afirma que en esta última etapa se produjo una absurda valoración de la prueba y que esa ha sido la única razón por la cual se produjo la anulación de la sentencia absolutoria que beneficiaba a sus asistidos, en franca contradicción al in dubio pro reo.

Explica que una cosa es demostrar la arbitrariedad de una sentencia o la falta de su fundamentación, y otra muy distinta efectuar una nueva evaluación integral de las pruebas seleccionando de manera antojadiza párrafos de alguna declaración para contraponerlos con las fundadas razones del decisorio recurrido.

De esa forma –dice- sus asistidos deben enfrentar una vez más la acusación y el juicio, merced a un fallo desprovisto de todo andamiaje lógico, lo que convierte a la decisión en equiparable a una sentencia definitiva.

En cuanto a los argumentos sustanciales en los que reposa el Control Extraordinario, los mismos pueden sintetizarse en los siguientes:

La violación a la norma procesal establecida en el artículo 74, inciso 1° del C.P.P.N., en tanto la sentencia se dictó en un día inhábil –durante la feria judicial de verano del corriente año- cuando para ello no hubo ningún pedido de las partes ni se invocaron razones de urgencia para proceder de ese modo.

Incluso, la habilitación de la feria judicial que consta en el fallo apelado lo fue al sólo efecto de practicar las notificaciones luego de su emisión (punto IV de la parte dispositiva), situación que demuestra un claro incumplimiento de la norma ritual precitada.

Como segundo agravio destaca la supuesta omisión de resolver cuestiones articuladas por esa Defensa durante el trámite recursivo ordinario.

Concretamente, la falta de legitimación de la Querella ("Asociación Zainuco"), en tanto el artículo 64 del C.P.P.N. otorga esa facultad solamente a la víctima, es decir al ofendido directamente por el delito. Expresa a este respecto que el planteo fue directamente ignorado por el Tribunal de Impugnación.

Bajo el tercer y último agravio, titulado como "Indebida valoración integral de las constancias de la causa – Reedición del juicio – Violación del principio 'in dubio pro reo'", el apelante censura el modo de proceder del tribunal revisor en tanto la sentencia absolutoria hace clara referencia a circunstancias que fueron soslayadas por los jueces de la impugnación y que ponen en evidencia las discordancias entre las declaraciones de testigos.

Estima que no sería lógico un brutal acontecimiento como el denunciado, ocurrido a cara descubierta y produciendo lesiones fácilmente detectables, con burdas anotaciones falsas en los libros de guardia y con la complicidad de los profesionales del cuerpo médico forense, que emitían certificaciones en las que se ocultaban las lesiones padecidas.

Hace especial hincapié en el contenido del libro de guardia del pabellón Nro. 6, donde asienta una conversación entre los internos Mansilla y Núñez, por la que se sugería denunciar a los oficiales Bernardelli y González por lesiones para conseguir de manera espuria el pase a otra unidad o a una comisaría, haciendo notar también que a instancia de esta maniobra ambos internos fueron trasladados a la Comisaría de Zapala, de donde se fugaron al poco tiempo.

Destaca que en el libro de guardia, pocos renglones más abajo, consta la intervención del enfermero Pizarro, quien a las 07.50 hs. realizó el control de los internos, sin novedad.

Afirma que la videograbación del día del hecho permite apreciar que el ingreso al pabellón por el personal penitenciario se produjo con total normalidad y por un lapso no mayor a siete minutos, tiempo claramente insuficiente para consumar los hechos imputados.

Menciona que los golpes denunciados y los certificados de los médicos forenses son manifiestamente discordantes en su etiología e intensidad.

Añade a ello que hay también notorias discordancias horarias (Ibazeta y Nuñez dijeron que el hecho ocurrió después del recuento, cerca de las 22.00 hs., lo que contradice la declaración de Mansilla, quien situó la agresión en horas de la tarde, agregando que "era de día"). Esa inconsistencia ya había sido destacada por la sentencia absolutoria y era evidente desde el inicio del proceso; por ello resulta inexacto lo expresado por el Tribunal de Impugnación, intentando justificar esas inconsistencias argumentando que se trata de "declaraciones prestadas seis años después".

Sostiene además que "la bolsa en la cabeza es el único elemento fáctico que se utiliza para convertir unas lesiones leves, constatadas por los médicos, agrego, autoinflingidas, en torturas". Sin embargo –dice el apelante- ninguno de las supuestas víctimas coincide en la descripción del elemento utilizado para inferir aquel tormento (Ibazeta dijo que era una bolsa amarilla, del 'Topsy'; Nuñez la describe media celeste, con orejas; Serrano dice que era 'sin manija', 'gruesa', 'tipo consorcio'; etc. Asimismo, tampoco se explica -si tanto los afectó ese tipo de castigo- porqué no lo refirieron a los distintos médicos que los revisaron al día siguiente.

Manifiesta el recurrente que la declaración del señor Defensor Oficial Miguel Valero tampoco es sustancial en tanto hace referencias genéricas y alude a lesiones que se ven claramente desvirtuadas por las certificaciones médicas aportadas.

Finalmente, indica que había sido acertada la falencia destacada por los magistrados del juicio, en torno a las ruedas de reconocimiento, por un déficit atinente al interrogatorio de los testigos que participaron en la misma (se refiere a la identificación previa del art. 247 del viejo Código Procesal para establecer, luego de la identificación, las respectivas diferencias con su aspecto actual); no obstante –dice el Dr. Inaudi- el Tribunal de Impugnación sin razones valederas lo tuvo por saneado con la simple pregunta sobre si después del hecho volvió a ver a los agresores.

En fecha 7 de marzo del corriente año se llevó a cabo la audiencia para la ampliación y refutación de argumentos.

A la misma asistieron las respectivas defensas de los imputados y la Querella (no así el Ministerio Público Fiscal).

En tal ocasión, el Dr. Inaudi desarrolló sus agravios de un modo plenamente coincidente con el escrito de formalización, expresando además que se está próximo a un nuevo debate a pesar de haberse extinguido la acción penal, pues si bien no desconoce la resolución de la Sala Penal donde se hizo alusión a la Convención contra la Tortura (art. 75 inc. 22 de la C.N.), el artículo 2° del Tratado que allí se invoca alude con exclusividad a los actos de prevención por parte de los Estados, y no a los que tienden a sancionarlos.

A su turno, el Dr. Javier Cardelino (defensor de confianza del imputado Sergio Raúl Catalán) realizó una breve intervención para plantear de igual modo la extinción de la acción penal por agotamiento de los plazos previstos en el artículo 87 del C.P.P.N. y en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal. Cita en abono de su postura el fallo "Barreiro" de esta Sala Penal y destaca, al igual que el letrado apelante, que la Querella no tiene legitimación para actuar por no ser particular ofendido por el delito.

Luego de esta alocución se le concedió la palabra al letrado que representa a la Querella –Dr. Federico Egea-, quien manifestó que la Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no se agota en la etapa de prevención y que, por el contrario, abarca plenamente la hipótesis que aquí se trata. Indica que el supuesto vencimiento de plazos locales no extingue por sí la acción penal. Cita al respecto doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Expresa que si bien se aludió a una situación de tardía reparación ulterior para justificar la admisión formal de este recurso, ello no es así en tanto el juicio oral para sanear los vicios producidos en el debate anterior se concretará seguramente durante este año.

En relación a las censuras expresadas por su contraparte para basar el motivo sustancial de acudimiento a esta instancia extraordinaria manifiesta: a) que la elaboración de la sentencia en fecha inhábil no modificó en nada la posición de la Defensa ni le impidió ejercer sus facultades recursivas, lo que descarta cualquier tipo de agravio; b) que el Tribunal ya se expidió sobre la legitimación de la Querella, siendo un acto firme y consentido; c) que las valoraciones fácticas que trae el apelante no forman parte de este tipo de recursos y no logra demostrar un error de máxima potencia en el decisorio, ya que tan sólo discrepa con sus conclusiones. Si bien hace hincapié en supuestas contradicciones de los testigos el recurrente soslaya que la cantidad de personas que participaron pudo haber variado de un hecho a otro, el lugar estaba oscuro, eran celdas individuales y la visión de las víctimas es parcial en relación a la totalidad del complejo penitenciario; y d) que la supuesta vulneración de la garantía del non bis in ídem tampoco se verifica pues no se trata de revisar un juicio ya terminado.

Así entonces, postuló su improcedencia formal y subsidiariamente el rechazo sustancial de cada uno de sus agravios.

Concedida la última palabra a la Defensa (art. 85, 2° párrafo, última parte, del C.P.P.N.), el Dr. Inaudi aclara que cuestionó la personería de la Querella en todas las etapas procesales y que no fue una cuestión consentida. Finalmente dijo que discrepa en torno a la interpretación que hace la Querella sobre los plazos, pues estos han sido establecidos bajo sanción de extinción de la acción penal en la órbita local y obligan a todos, sin distinción de delitos.

Culminada la audiencia la Sala pasó 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: el Dr. Oscar E. Massei y la Dra. María Soledad Gennari.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente procedente la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso, ¿qué solución corresponde adoptar; y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: el escrito mediante el cual se pretende el Control Extraordinario fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello y ante el órgano administrativo encargado de su recepción (cfr. fs. 187).

Asimismo, el efecto que genera la decisión apelada (la realización de un nuevo juicio para sanear presuntos vicios de una sentencia absolutoria dictada en la instancia de origen) podría suscitar cuestión federal suficiente, pues la naturaleza del planteo conduce a determinar el alcance del principio del ne bis in ídem invocado por el apelante, y la resolución del a-quo ha sido contraria al derecho invocado.

Si bien la parte Querellante refutó la equiparación de lo decidido a una sentencia definitiva, debe recordarse que la garantía contra el doble juzgamiento no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también “la exposición al riesgo de que ello ocurra” (C.S.J.N., Fallos 314:377, 319:43, 320:374 y 321:1173, disidencia de los doctores Petracchi y Bossert, entre otros).

Al ser ello de ese modo, dicha definitividad se exhibe evidente pues de llegarse a una nueva sentencia (a través de la reedición del juicio oral) aun siendo ésta absolutoria, resultaría inoficioso examinar el agravio invocado por la defensa ya que para aquel entonces “el riesgo” de ser sometido a un nuevo juicio ya se habría concretado.

Frente a tal circunstancia y con absoluta prescindencia de la respuesta que cabe dar al aspecto sustancial de la impugnación, la misma resulta formalmente admisible. 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:

Sin perjuicio de lo expuesto previamente, aprecio que la defensa no ha sustentado su apelación de un modo autónomo y suficiente, al punto que la mayor parte de las críticas que esbozó ni siquiera se vinculan con la supuesta afectación a la garantía bajo la cual justificó la admisión formal de su recurso. Veamos:

I.- La primera de ellas remite a la violación del artículo 74 inciso 1° del Código Procesal Penal por haberse dictado la sentencia del Tribunal de Impugnación durante un día inhábil (el 03/01/17). Ahora bien:

El artículo 227 del C.P.P.N., expresa claramente que “…Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio”.

Siendo ello de ese modo, era carga del apelante expresar, al menos mínimamente, cuál ha sido el perjuicio derivado de tal incumplimiento formal.

Sin embargo, nada ha dicho el Dr. Inaudi en cada una de las oportunidades que ha tenido (ya sea en el escrito de formalización o durante la audiencia de mejora y refutación de argumentos).

Pero más allá de esta inconveniente omisión por parte del letrado -que desde ya sella la suerte del planteo- un repaso de las actuaciones permite concluir que esa Defensa no se ha visto perjudicada de modo alguno por tal proceder. En efecto: En fecha 20 de diciembre pasado se llevó a cabo ante el Tribunal de Impugnación la audiencia prevista en el art. 245 del Código Adjetivo.

Los magistrados que a la sazón integraron ese órgano de Alzada dispusieron que el respectivo fallo se emitiría “…dentro del término legal (DIEZ DÍAS HÁBILES)…” (textual del acta de fs. 162) y que “…de ser posible, estará antes de los diez días…” (cfr. video de la audiencia, 02:35:51).

Cabe indicar también que la sentencia en cuestión no traspasó dicho umbral temporal (cuyo límite era el 03/02/17), cumpliendo así con lo dispuesto en la respectiva audiencia, que no es otra cosa que la manda prevista en el artículo 246 del Código Procesal Penal (cfr. fs. 163).

Surge igualmente de lo actuado que el día 3/1/2017 se dictó la sentencia pertinente y se ordenó habilitar la feria para la práctica de las notificaciones de estilo; no implicando esto último el comienzo de algún término recursivo para las partes. De otra forma, obvio es decirlo, la impugnación bajo análisis se hubiera reputado extemporánea, en tanto el plazo para impugnar ante esta Sala se hubiera agotado durante el transcurso de esa misma feria judicial de verano.

Por el contrario, los términos se computaron desde el primer día hábil de febrero (01/2/2017) y la Defensa hizo pleno uso de aquel interregno temporal, tomándose los cinco días hábiles del art. 242 in fine del C.P.P.N., más el plazo de gracia de las dos primeras horas del día hábil siguiente para presentar el recurso extraordinario local (cfr. cargo de recepción glosado a fs. 187, de fecha 08/2/17).

En síntesis: la decisión aquí recurrida se dio a conocer un mes antes del límite máximo establecido en la ley, propendiendo con ello a una más célere actividad jurisdiccional en beneficio de todas las partes. A su vez, esta situación no mermó en el derecho al recurso (art. 8.2.h. C.A.D.H. y art. 75 inc. 22 C.N.), ya que el término comenzó a computarse luego de transcurrida la mentada feria judicial. De esta forma, la Defensa tuvo un beneficio colateral adicional derivado de la situación expuesta, al conocer la decisión mucho antes y poder utilizar en los hechos un tiempo mucho más extenso para preparar su recurso (prácticamente toda la feria judicial de enero, más el término legal computado desde el primero de febrero en adelante).

De este modo, la infracción procesal que alegó se ubica en las antípodas de un perjuicio concreto para el apelante.

Ello no es un dato menor pues la doctrina más peraltada destaca que el recurso extraordinario federal (al que indirectamente se alude por remisión al art. 248 inc. 2° C.P.P.N.) "…no se lo destina para resolver consultas, ni para discutir 'cuestiones abstractas' sino para impugnar decisiones que produzcan agravios atendibles. En resumen, la inexistencia de agravios cancela la competencia de la Corte Suprema, a los fines del recurso extraordinario…" (cfr. Sagües, Néstor Pedro "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario", Ed. Astrea, Bs. As., 2002, t. 1, pág. 488 y ss. con cita de Fallos de la C.S.J.N. 259:270 y 300:531, entre otros). Siendo imprescindible que el recurrente tenga un real "interés personal y jurídico" (cfr. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo "El Recurso Extraordinario", Bs. As., 2° Edición actualizada por Ricardo E. Rey y Lino E. Palacio, pág. 53 y ss.).

A mayor abundamiento -ahora desde un plano estrictamente normativo- esa falta de agravio cancela la posibilidad de acudimiento ante el Máximo Tribunal Nacional, pues exige como recaudo insorteable la existencia de un "…gravamen personal, concreto y actual…" (cfr. C.S.J.N., Acordada 4/07, art. 3° inc. "c").

En vista de lo expuesto, dicho planteo debe rechazase.

II.- La segunda de las críticas erigidas por el Dr. Inaudi se incardina en una supuesta arbitrariedad del Tribunal de Impugnación al no tratar un planteo vinculado a la falta de legitimación de la Querella, expuesto por esa Defensa durante la audiencia respectiva.

El Dr. Inaudi lo expresó del siguiente modo:

"…Al comienzo de mi exposición reproduje los planteos ya formulados en esta causa con relación a la indebida participación de la organización 'Zainuco' como parte querellante en el proceso, en franca violación a la norma del art. 64 del CPP que otorga dicha facultad exclusivamente a 'la víctima', a la que el art. 60 del mismo cuerpo legal la define con toda precisión: 'el ofendido directamente por el delito'. El planteo fue directamente ignorado por el Tribunal de Impugnación, el que no resolvió nada, absolutamente nada…" (fs. 181 vta.).

Fijado ello, el tenor de la crítica lleva a recordar que el vicio de las resoluciones judiciales denominado comúnmente como "incongruencia omisiva" aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atender y dar respuesta a aquellas pretensiones esenciales, introducidas temporáneamente al proceso por las partes, frustrando con ello la tutela judicial efectiva, erigida como garantía de raigambre constitucional (art. 58 de la Constitución Provincial; art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Este déficit en la motivación resulta encuadrable en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, conforme a una pacífica doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional (cfr. Fallos 261:297; 274:436; 275:68; 297:332; 303:874; 319:1416 y 692; 323:1774, entre muchos otros). Y en esa dirección pareciera sustentarlo el recurrente.

Sin embargo, como ya se dijo, para que ello prospere "…es requisito que se trate de cuestiones oportuna y debidamente propuestas al fallo judicial…" (Sagües, op. cit., t. II, pág. 221, con cita a Fallos de la Corte 1/12/88, JA, 1990, J.A. I-142, secc. Índice, n° 22 y Fallos 257:65; 301:1029; 306:476 y 307:1025).

Tal extremo, a mi modo de ver, lo encuentro insatisfecho.

En efecto: a través de la Resolución Interlocutoria Nro. 44/2016, refrendada por los suscriptos en fecha 19/4/2016, se resolvió que la "Asociación Zainuco" posee plena legitimación para actuar en las presentes actuaciones en calidad de Querellante (cfr. fs. 96/102).

Dicha resolución fue notificada al Dr. Inaudi y al Dr. Javier Cardellino en igual fecha (19/4/16) y fue consentida por ellos al no deducir ningún recurso contra aquélla (cfr. fs. 103 y ss).

Por lo tanto, la reedición de esta censura por parte de Dr. Inaudi ante el Tribunal de Impugnación, expresada varios meses después de haberse dictado una decisión firme en dicho punto devenía claramente extemporánea, restándole así un elemento sustancial para proponer un caso de arbitrariedad por incongruencia omisiva.

A lo que debe sumarse, claro está, la ausencia de un interés personal por haber renunciado al derecho en que se funda el recurso extraordinario (cfr. Imaz y Rey, op. cit., pág. 55, con cita de Fallos de la C.S.J.N. 149:137; 184:361; 186:523; 187:5, 28, 444 y 458).

Desde otro ángulo, esta conducta procesal resulta incompatible con el principio cardinal de buena fe que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico.

Una de las derivaciones del principio mencionado es la doctrina de los actos propios, según la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, pues la buena fe impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (C.S.J.N., Fallos 321:221 y 2530; 325:2935; 329:5793 y 330:1927, entre otros).

A la luz de la doctrina transcripta, es claro que contrariamente a lo que afirmó el Dr. Inaudi al otorgársele la última palabra -en cuanto a que cuestionó la personería de “Zainuco” en todas las oportunidades posibles- ello no es correcto y su sometimiento sin reservas a la resolución dictada por este misma Sala Penal el pasado 19 de abril (bajo la cual se ratificó y se mantuvo plenamente la legitimación procesal de la “Asociación Zainuco”) es claramente incompatible con el agravio ahora aducido.

Vale indicar también que este tipo de conducta procesal la materializó, una vez más, cuando sugirió la extinción de la acción penal por el presunto agotamiento de los plazos procesales (posición en la que se enrola también el letrado Javier Cardellino), pues esta Sala Penal, mediante Resolución Interlocutoria Nro. 143/16 de fecha 03/10/16, bajo una exégesis contraria a la que propone el recurso en análisis, declaró la vigencia de la acción penal seguida contra los imputados y dicho decisorio fue debidamente notificado y consentido por ellos al no deducir el remedio federal que –en su actual apreciación- hubiere correspondido (cfr. fs. 156/9).

Así entonces, la alegación de esa misma argumentación como sustento de un presunto caso ante la Corte Suprema de Justicia (conforme al carril impugnativo elegido [art. 248, inc. 2° C.P.P.N.]) resulta incoherente con el consentimiento de su parte en torno a decisiones sobre el mismo tema, en las que pudo haber deducido el Recurso Extraordinario Federal mucho tiempo antes.

En vista de ello, tal planteo tampoco resulta de recibo.

III.- La última de las críticas se refiere a una absurda ponderación de la prueba, al amparo de la cual se habría nulificado incorrectamente la sentencia absolutoria, cercenando de esta forma las garantías que protegen contra el doble juzgamiento y el in dubio pro reo.

Ahora bien: más allá de las genéricas referencias a la conculcación de tales derechos (cfr. fs. 179 vta.), el letrado defensor no propuso la inconstitucionalidad de la norma ritual que permite impugnar la sentencia absolutoria (art. 237 C.P.P.N.) o la preclusión de toda posibilidad de realizar un nuevo debate tras un juicio válidamente cumplido (C.S.J.N., doctrina de Fallos 321:1173 y 333:1687), sino que su crítica se concentra en concretos defectos atinentes a la valoración de la prueba por parte del tribunal revisor que llevaron a receptar favorablemente la impugnación ordinaria deducida oportunamente por la Querella.

La respuesta, entonces, debe ceñirse con exclusividad a esta específica crítica (art. 229 del C.P.P.N.).

Sentado ello, el apelante hizo especial realce en supuestas divergencias constatadas en la prueba testifical de cargo (vgr. diferencias en el horario en que se produjeron los hechos; en la descripción del color y tipo de bolsas de nylon que, según dijeron los internos, les colocaron sobre sus cabezas durante la golpiza; en la etiología y tiempo de las lesiones constatadas; defectos inherentes a la práctica del reconocimiento en rueda de personas, etc. [cfr. fs. 182/186 vta. y 199 vta./200]).

Esos argumentos han sido en definitiva los que empleó el tribunal de grado para dictar el fallo absolutorio (cfr. fs. 27 vta./30 vta.), el cual no superó el estándar de validez conforme al análisis hecho por el tribunal de Alzada (cfr. fs. 169/177).

Las supuestas inconsistencias de los internos referidas a la cantidad de policías fue explicada ampliamente por el órgano revisor, descartando así las “palmarias divergencias” referidas por el a-quo, reproducidas en el recurso por el Dr. Inaudi (cfr. acápite VI.i y ss. del decisorio).

En tal sentido y de modo concorde a lo señalado por la Querella, “…en el caso se evalúa un hecho reiterado en tres ocasiones, en tres celdas individuales cuya vinculación al exterior es una puerta de reja, lo que explica que los diferentes testigos hayan podido observar diferentes escenas parciales. Pero aún así, lo cierto es que omite decir la sentencia es que Núñez y Serrano se están refiriendo a cuestiones muy distintas. Del relato de Núñez surge, con absoluta claridad, que hace referencia a las personas que él vio, es decir, exclusivamente los que entraron en su celda, mientras que Serrano (ubicada su celda contiguamente a la de Ibazeta y

junto a la puerta por la que habría ingresado el grupo agresor) refiere la totalidad del personal policial presente [policías que ingresaron a la celda de Ibazeta y otros –personal de requisa- que permanecían en el pasillo junto a la puerta]…". Tal aserto, a su vez, se corrobora con las evocaciones concretas en este punto por parte de Nuñez y Serrano, con trascripciones literales y mención de los minutos y segundos que se corresponden con el visionado de la audiencia de juicio (cfr. fs. 169 vta.).

Sobre ello, el recurso de Control Extraordinario nada ha podido refutar.

Tampoco contradijo que ciertas expresiones atribuidas por los jueces del juicio a algunos de los testigos (como el caso de Ibazeta) no tiene correspondencia con la prueba rendida en el juicio (vgr. fs. 170, acápite ii). Y obviamente, los pronunciamientos motivados en extremos no acreditados legalmente en la causa entran en la categoría de sentencias arbitrarias. Es decir, cuando el fallo hace remisión a pruebas que no constan debidamente en el juicio, o si formula una conclusión que no tiene respaldo en las pruebas de autos, o "adecuado correlato" con ellas (cfr. Sagües, op. cit., pág. 267).

De igual modo, el Dr. Inaudi ha parcializado lo declarado por el testigo Mansilla para hacer hincapié en graves y notorias diferencias descriptivas en torno al momento en que ocurrieron las supuestas lesiones. Menciona así que Mansilla situó la agresión a las 19.30 y "de día", a diferencia de los otros internos que lo refieren mucho tiempo después (cfr. recurso, fs. 184 y acta de fs. 199 vta.).

Sin embargo, ha desconocido el fragmento concreto de la sentencia y las referencias documentales en que ésta se basa, por las cuales se arribó a una conclusión contraria. En efecto: según la sentencia del Tribunal de Impugnación (que a su vez encuentra respaldo en la propia declaración de Mansilla conforme a la videofilmación del juicio oral), se dice que "era entre las 19:30, 20:30, casi 21 hs. (…) estaba oscureciendo…era época de verano, estaba anocheciendo…estaba recién oscureciendo…" (cfr. fs. 173).

Incluso aclaró ese interno –en concordancia con los restantes testigos de cargo- que ello fue después del "engome", es decir tras el recuento (todo esto, se insiste, con evocación de los minutos y segundos en que se documenta su relato en la audiencia del juicio).

Por ello, concluyen dichos magistrados revisores, "Ramón Mansilla no llegó a precisar una hora. Al especular sostuvo que podría incluso ser las 21 hs., pero –y estos es lo más importante- sin dudarlo, aseguró al igual que Núñez, y lo hizo en dos ocasiones, que todo sucedió tras el recuento o control de celdas…" (fs. 173 vta.).

Lo mismo ha sucedido con las deficiencias que le achaca al reconocimiento en rueda de personas.

En torno a esta modalidad probatoria, tal como lo evoca la sentencia apelada, los magistrados del juicio recelaron de su validez por supuestos vicios inherentes a la ausencia del interrogatorio previo y a la falta de precisiones en torno a las conductas que cada uno de los identificados habría realizado.

Aquellos jueces de instancia se habían referido a este tema del siguiente modo:

"…los reconocimientos señalados, amén de los déficits que acertadamente marcara la defensa en relación a la no descripción previa de los sujetos como así tampoco a quien se reconocería, sólo precisan respecto de identidades de dos integrantes de la fuerza, de manera unívoca y sin sustento más que sus propios dichos".

Pero nuevamente, tras confrontar los videos legítimamente incorporados al juicio, el Tribunal de Impugnación pudo constatar una situación inversa.

En efecto: este último tribunal explica con detalle que "El 14 de abril de 2010 Cristian Mauricio Ibazeta realizó dos ruedas de reconocimiento. De su lectura (el testimonio fue incorporado íntegramente por lectura), surge que el nombrado, previo a concretar la vista de la rueda, fue preguntado: i) si volvió a ver a sus agresores personalmente, por otro medio y bajo qué circunstancias [video 19-8-2015, 5-3, 0:13:45] y ii) –preguntado por la defensa '…a cuántas personas se encuentra en condiciones de reconocer dado que a dos de ellos los señala con nombre y apellido…' [video 18-8-2015, 5-3, 0:14:00], Ibazeta respondió '…a los Oficiales González y Ponce, a los Oficiales de requisa y a un Agente de requisa, al otro de los agentes si lo veo tal vez lo pueda reconocer'. Tras exhibirle la rueda y preguntado si entre ellos se encuentra alguno de los agresores, dijo: '…el primero, es al que ubico como al Oficial de requisa y el tercero es uno de los agentes al que yo ya dije que reconocería, el otro que era morocho y alto no está…'. Luego volvió a ser preguntado para que diga qué hizo 'el primero', Ibazeta especificó '…ese estaba a mi lado derecho cuando me sacaban al pasillo y me ponen bajo la bolsa en la cabeza, no sé que hizo después porque no lo pude ver al tener la bolsa…'. En cuanto al tercero dijo '…es el que me pone las esposas junto a tres personas más…' [video 18-08-2015, 5-3, 0:15:57] […] Ese mismo día 14 de abril de 2010 se realiza una segunda rueda con la participación de Cristian Ibazeta [video 18-08-2015]. En este caso también, previo al reconocimiento, fue preguntado por si volvió a ver a uno de los agresores. En el caso su identificación fue en los siguientes términos '…el tercero es el que ubico como de apellido González quien se encuentra en el lugar decimoprimero es el oficial que ubico como de apellido Ponce'. También en este caso, a instancia de la defensa, describió el accionar de cada uno de los reconocidos…" (171 vta. y ss).

Al ser ello de este modo, contrariamente a lo que sostiene el Dr. Inaudi, no hubo una reedición del juicio oral en perjuicio de los

imputados sino un elemental deber de constatar que lo afirmado por los jueces del debate tuviere correspondencia con la prueba rendida, lo cual a la luz de los párrafos precedentemente transcriptos no ha sido así, al punto de sostenerse conclusiones nítidamente opuestas a los videos que sirvieron como prueba documental.

No surge entonces una crítica concreta y razonada que lleve a demostrar que esa revocación lo ha sido por arbitrariedad o por graves defectos de fundamentación.

En cuanto a su afirmación (concorde a la sostenida por el tribunal de juicio), respecto a que el tiempo de siete minutos que habría insumido el ingreso del personal policial resulte insuficiente para consumar las conductas que se le abonan a sus defendidos, tal aserto es inconsistente a la luz de los testimonios de los internos que también fueron repasados por el órgano de Alzada y que permitieron concluir en que la agresión se consumó en muy pocos minutos (cfr. fs. 175, acápite V. iii).

Finalmente, dentro de este contexto, la crítica que deslizó el tribunal a-quo en cuanto a la falta de revisación de una prueba basal para acreditar las lesiones, como ser el testimonio del entonces Defensor Oficial, Dr. Miguel Valero, tampoco excede su capacidad revisora pues tiende a poner en evidencia un déficit de argumentación de los magistrados por omitir pruebas relevantes.

En este último punto, no censura el Tribunal de Impugnación que se haya valorado el testimonio del médico forense Tubalcaín Fernández en beneficio de los imputados; lo que sí objeta es que, frente a dos pruebas disponibles, legítimamente incorporadas al debate y abiertamente opuestas, no se haya dado razones fundadas de porqué se prioriza una frente a otra (cfr. fs. 176 y ss.); lo que conforme a las pautas de fundamentación y pacífica doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional resultaba necesario.

En vista de todo lo expuesto, el recurso no exhibe una crítica fundamentada para su acogimiento sustancial y contrariamente a lo que ha expuesto, se evidencia un correcto ejercicio de la tarea revisora desempeñada por el Tribunal de Impugnación, a la que legítimamente acudió la Querella. 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: en vista de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso deducido y homologar la sentencia apelada. Mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: Adhiero a la postura expresada previamente por el Dr. Oscar E. Massei. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: al no versar la cuestión debatida en una temática atinente a la ejecución penal o al dictado de medidas cautelares (art. 270, primer párrafo, in fine, del C.P.P.N.) corresponde la condenación en costas a la parte perdidosa en aplicación de la regla general establecida en dicho Código Adjetivo (art. 268).

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: Adhiero a lo resuelto por el colega preopinante a esta 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 a favor de los imputados Gastón Nicolás Rosas, Asdrubal Mirko Bernardelli, Martín Alejandro Castillo y Gustavo Marcelo González.

II.- RECHAZAR dicha Impugnación Extraordinaria por no verificarse los agravios alegados por esa misma parte (art. 248, 2° párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

III.- CON COSTAS en la instancia a la parte recurrente (art. 268, ídem).

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

“F. Á. G. S/ ABUSO SEXUAL” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 14353/2015) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 26/05/2017

DERECHO PROCESAL PENAL: Impugnación extraordinaria.

IMPUGNACION EXTRAORDINARIA. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL. RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL DENEGADO. QUEJA POR APELACION DENEGADA. EFECTOS DEL RECURSO DE QUEJA. SENTENCIA CONDENATORIA. EJECUCION DE SENTENCIA PENAL.

Es improcedente la impugnación extraordinaria dirigida contra la decisión del Tribunal de Impugnación en cuanto resolvió, confirmando lo resuelto por el Colegio de Jueces, que el imputado comience la ejecución de la pena impuesta –a seis años de prisión de efectivo cumplimiento por ser autor del delito de abuso sexual con acceso carnal- por encontrarse agotada la vía recursiva y no tener efecto suspensivo la eventual queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello es así, toda vez que se comparte el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a que las sentencias adquieren firmeza cuando se expide ese Máximo Tribunal en la queja por recurso extraordinario federal denegado. Justamente, a partir de tal afirmación, cobra sentido la regla establecida en el artículo 285 del C.P.C.C.N., dado que permite la ejecutabilidad de la sentencia aún no firme.

Texto completo:

ACUERDO N° 3 /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 los Dres. Oscar E. MASSEI y Evaldo D. MOYA, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para resolver en los autos caratulados: “F. Á. G. S/ ABUSO SEXUAL” (Legajo MPFJU Nro. 14353/2015).

ANTECEDENTES:

I. Que por interlocutoria Nro. 6/2017 del Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los magistrados Richard TRINCHERI, María A. GAGLIANO y Martín MARCOVESKY, de fecha 17/01/17, se resolvió rechazar la impugnación ordinaria de la Defensa y confirmar la resolución del tribunal del Colegio de Jueces.

A su vez, este último había confirmado lo decidido por la Jueza de Garantías, en cuanto resolvió que el imputado comience la ejecución de la pena impuesta por encontrarse agotada la vía recursiva y no tener efecto suspensivo la eventual queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. Contra el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación, el señor Á. G. F. interpuso un recurso in pauperis y posteriormente, la Defensa Oficial presentó los fundamentos de la impugnación extraordinaria.

Concretamente, encauzó la pretensión por el artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N.

Adujo que la decisión impugnada y las demás resoluciones confirmadas, afectaron garantías constitucionales y el alcance de normas de jerarquía constitucional, en particular, la presunción de inocencia y el derecho del imputado a transitar en libertad la totalidad del proceso (artículos 18 de la Constitución Nacional; 7.5 y 8.2 de la C.A.D.H.; 14.2 del P.I.D.C.yP.; 63 de la Constitución Provincial; 8 y 9 del C.P.P.N.).

Expresó que se realizó una errónea interpretación de una norma federal (artículo 285 del C.P.C.C. de la Nación) al ejecutar una sentencia que no adquirió firmeza, lo que implicó dejar en letra muerta los derechos antes mencionados.

Que si bien el Tribunal de Impugnación se remitió a los fundamentos dados por este Tribunal Superior en los precedentes “DÍAZ–SERRANO” (del 21/04/16) y “R.G.E. s/ abuso” (del 23/5/16), lo cierto es que no fundó debidamente el rechazo de las argumentaciones defensistas en esa instancia, las que evidencian que se controvierte el principio de inocencia y que, por ello, reiterará los agravios que no fueron contestados por ninguno de los tribunales intervinientes, a efecto de que se revea la postura allí sentada.

Expuso que el a quo omitió dar respuesta a los siguientes planteos:

a) Que nuestro sistema constitucional y convencional de garantías impide diferenciar entre sentencia firme y sentencia ejecutable.

Manifestó que el quiebre de la presunción de inocencia se sienta en la interpretación que se asigne a las expresiones: “sin juicio

previo fundado en ley", "establecer legalmente la culpabilidad" o "probar su culpabilidad conforme a la ley", ya que al determinarse que se cumplió con tal requisito puede considerarse a una persona culpable de un delito y tratarla como tal. Lo que debe conjugarse con las normas del orden local, en referencia al artículo 8 del C.P.P.N. según el cual: "Nadie podrá ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal".

Sostuvo que la ley procesal indica el alcance de la presunción de inocencia y determina que subsista hasta la firmeza del fallo, la que se alcanzaría cuando se decidiera la suerte de la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Que la norma debía interpretarse a la luz del criterio de interpretación restrictivo (artículo 21 del C.P.P.N.) y del principio pro homine (cfr. página 7 del libelo recursivo).

Opinó que el a quo hizo una insatisfactoria alusión al código procesal penal local anterior, sin contra argumentar las razones de peso expuestas por esa parte.

b) A la interpretación del artículo 285 del C.P.C.C. de la Nación, propuesta por esa parte como alternativa a la efectuada en los fallos de este Tribunal Superior y que fue descartada por el a quo.

Afirmó que esa norma pertenece a un ordenamiento procesal que tiene una lógica distinta al penal, que su interpretación debe realizarse desde los principios de este último procedimiento y no en forma aislada.

Señaló que el artículo 231 del C.P.P.N. prevé que "las decisiones judiciales no serán ejecutadas durante el plazo para impugnar y mientras tramite la instancia de control".

Que la aplicación de tal precepto para interpretar los efectos de la queja ante la C.S.J.N., no significa atribuirle al legislador local competencia para reglamentar una norma federal, porque no regula el trámite ni la competencia del Máximo Tribunal Nacional en ese recurso sino que solamente indica a los órganos judiciales de Neuquén un deber de abstención hasta que se resuelva aquella queja.

Que el a quo se limitó a remitirse al criterio sentado por este Tribunal Superior en los precedentes mencionados y a mencionar que no se había tildado de inconstitucional aquella norma federal.

Aclaró que esa parte no pretendía que se declare la inconstitucionalidad de norma alguna. Que se presentaba la interpretación que conjugaba la totalidad de normas locales, nacionales, constitucionales y convencionales, para darles su pleno alcance y vigencia.

Que tampoco fue analizada la norma en cuestión, desde la perspectiva propuesta, en los precedentes utilizados como base para la decisión impugnada, razón por la cual entendió que no deben ser aplicados sin más para la solución del caso.

Solicitó que se revoque la decisión puesta en crisis y se disponga la inmediata libertad del nombrado.

Citó jurisprudencia.

Hizo reserva del caso federal.

III. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública, en la que estuvieron presentes: el Dr. Ricardo CANCELA, Defensor General, y el Dr. Rómulo PATTI, Fiscal Jefe. En la misma, ambas partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro audiovisual del día 9/5/17) y en ese contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En síntesis, el Dr. CANCELA sostuvo y ratificó la impugnación extraordinaria efectuada por el Dr. POMBO a favor del señor F.. Dijo que los agravios son: uno, la posibilidad de permanecer en libertad mientras dura el proceso como lo establece el artículo 9 del C.P.P.N. y dos, que al ejecutarse la sentencia que todavía no se encuentra firme se afecta el principio de inocencia. Argumentó a favor de la admisibilidad de esta vía, que se habilita la cuestión federal.

Expuso que en el proceso penal hay un principio rector, el de inocencia, lo que significa que todo encarcelamiento previo a una sentencia firme, siempre es cautelar. Que se trata de determinar cuándo una condena es firme y cuándo se puede ejecutar. Que el carácter cautelar, lo estableció la C.S.J.N. en "LOYO FRAIRE" y "MERLINI". Refirió a criterios de algunos integrantes del tribunal de impugnación, criticó lo sostenido en anteriores pronunciamientos de la Sala Penal de este T.S.J. Que se confunde firmeza con ejecutabilidad. Las sentencias quedan firmes una vez que la C.S.J.N. rechaza el recurso de queja. Lo que no hizo, la Corte es decir desde cuándo se puede ejecutar. Hay un principio general, sólo se pueden ejecutar las sentencias condenatorias firmes. Agregó que hay dos tipos de prescripciones en el proceso penal, de la acción y de la pena. En muchas oportunidades –"VITA", "SQUILARIO", por ejemplo-, la Corte en la queja le dijo a este T.S.J. "por qué no observan porque parece que está prescripta la acción". Quiere decir que si se puede interponer la prescripción de la acción es porque el proceso está vivo, existe, no porque está finalizado.

La ejecución significa que un proceso terminó. Que el artículo 285 del C.P.C.C.N. se utiliza con disposiciones civiles. Lo que no hizo la Corte es diferenciar qué sentencias pueden ser ejecutables y cuáles no. Es cierto que hay sentencias que son ejecutables en materia civil, las de carácter patrimonial, porque se puede establecer una fianza, que en caso de que sea revocado, se pueda

responder por los eventuales daños y perjuicios. Las sentencias civiles no patrimoniales no pueden ejecutarse, citó los Fallos 288:412 “POWER TANKERS” (aunque doble instancia, no podrá darse fianza). Con mayor razón, una sentencia penal, “¿cómo se puede hacer una contracautela a alguien privado de la libertad?”. Son disposiciones civiles, no está en juego el principio de inocencia y no tiene una forma de responder, en caso de que sea revocado. También, en “CABALLERO”, la Corte dijo que la interposición del recurso extraordinario no obsta a que se agoten las instancias locales, las instancias se agotan en ese Cimero Tribunal. Y en “GARCÍA”, la Corte Suprema como intérprete último de la Constitución, sostuvo que quedan firmes las condenas cuando definen que no hacen lugar al recurso de queja. Por lo tanto, no se puede ejecutar una sentencia que no está firme. Solicitó que se deje sin efecto la decisión y que el señor F. recupere la libertad hasta tanto la C.S.J.N. se pronuncie al respecto.

Luego, cedida la palabra a la Fiscalía, el Dr. PATTI expuso que no tiene objeciones en lo formal, que corresponde habilitar la vía para que se trate la cuestión planteada por la Defensa. Aclaró que F. fue condenado por un hecho cometido en el año 2015, se lo encontró responsable por el delito de abuso sexual con acceso carnal, en calidad de autor y se le impuso la pena de 6 años de prisión efectiva. Manifestó que el planteo no es novedoso, en pos de determinar esta cuestión: si hay facultad para comenzar a ejecutar una resolución al finalizar un juicio, con las diversas instancias en el plano local o una vez agotadas todas las instancias, con la C.S.J.N. Que este T.S.J., con otra integración, ya dio los fundamentos, a partir de “DIAZ SERRANO”, “SALCEDO”, “RUSSO”. Se ha entendido, básicamente, que hace principio de ejecución lo resuelto por los tribunales habiéndose agotado las vías en el campo interno y denegado el recurso extraordinario federal. Que la queja, conforme al artículo 285 del C.P.C.C.N., habilitaría que se comiencen a ejecutar estos pronunciamientos. Que por sentido común, no interpretarlo así también provocaría el absurdo de que nunca una sentencia quedaría firme porque siempre podría presentarse un in pauperis, una revisión interpuesta por un defensor y, en ese contexto, contraría la doctrina de los actos públicos y su cumplimiento, como sería, en este caso, una sentencia, que aparece con plenas garantías porque el proceso neuquino cuenta con varias instancias de contralor de las decisiones. También entendió que no hay afectación a las garantías del debido proceso y que “LOYO FRAIRE” tiene una interpretación concreta y acabada que no es extensible al caso que se trae a conocimiento en el orden local.

Solicitó que se rechace el planteo y se confirmen las resoluciones dictadas en todas las instancias anteriores.

En uso de la última palabra (artículo 85, segundo párrafo, in fine, del C.P.P.N.), el Dr. CANCELA dijo: primero, que el T.S.J. tenga un criterio respecto al tema de las sentencias firmes no significa que esté bien, ni tampoco que se pueda cambiar. Que abriga la esperanza, que se pretenda cambiar esto que no se condice con lo estipulado por la Corte. Segundo, que el principio de inocencia mengua, se limita, se debilita, son expresiones justificantes de algo que todos saben, que dicho principio no desaparece. Que va a “menguar”, no hay ninguna disposición que pueda avalarlo. El principio de inocencia existe, perdura, es inmutable hasta que una sentencia lo declare culpable a cualquier ciudadano.

IV. Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Oscar E. MASSEI y Dr. Evaldo D. MOYA.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo:

El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, contra una decisión impugnable (artículos 242, primer párrafo, 233, 239 y 249 del rito local).

Además, el remedio intentado resulta autosuficiente dado que resulta posible conocer cómo se configuran –a juicio del recurrente- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución que propone.

El Ministerio Fiscal, atendiendo a la naturaleza de la cuestión planteada, no formuló objeciones a la admisibilidad formal de la vía intentada por la Defensa.

Considerando que se encuentra en discusión la afectación del principio de inocencia y al derecho a la libertad del imputado durante el proceso (artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 7.5 y 8.2 de la C.A.D.H.; 14.2 del P.I.D.C.yP. y concordantes) por la aplicación del artículo 285 del C.P.C.C.N., que ocasionaría al recurrente un agravio de imposible o difícil reparación ulterior, y que la decisión ha sido contraria al derecho constitucional invocado por el apelante, se estima que existe una cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria local, al verificarse uno de los supuestos en los que, luego, podría intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del recurso extraordinario federal (artículo 14 inciso 3 de la Ley 48).

Por lo expuesto, corresponde declarar la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria local deducida por Á. G. F., con la asistencia técnica de la Defensa Oficial. Tal es mi voto.

El Dr. Evaldo D. MOYA dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer

término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la segunda cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo que: Luego de analizado el recurso deducido, el pronunciamiento cuestionado y las demás constancias del legajo, como así también, oídas las partes, se propone al Acuerdo que la impugnación extraordinaria de la Defensa sea declarada improcedente.

1) En primer lugar, se verifica que el Tribunal de Impugnación, tras escuchar a las partes y pedir aclaraciones, dio una respuesta razonada a los agravios defensistas, en la audiencia del día 17/01/2017, a partir de las circunstancias concretas del caso (cfr. registros audiovisuales identificados como “LEG 14353 – FLORES – (SALA 2) – PARTE 1-3”/ “3-3”: En “1-3” y “2-3” constan los planteos y argumentos de las partes; en “3-3”, las razones y resolutorio del a quo).

En tal sentido, el Dr. TRINCHERI solicitó precisiones sobre el tiempo en que el imputado estuvo privado de su libertad, previo al 03/01/2017 (fecha en la que se ordenó el comienzo de ejecución de la condena impuesta, tras la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario federal) y las partes informaron que FLORES estuvo un mes en prisión preventiva, luego, un mes y quince días en prisión domiciliaria, y posteriormente, obtuvo la libertad con la obligación de presentaciones periódicas.

Al momento de comunicar la decisión, el magistrado aclaró que la misma fue adoptada por unanimidad y que, como el propio impugnante reconoció, no se trata de una cuestión novedosa sino que planteos similares ya fueron resueltos en esa instancia y también por este Tribunal Superior.

Aludió a las características del presente caso, que se dictó una condena respecto a Á. G. F., la que fue confirmada en todas las instancias provinciales, incluso que se desestimó el recurso extraordinario federal, restando sólo la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Refirió a los criterios sentados por este Tribunal Superior sobre la cuestión, que con el rechazo del recurso extraordinario federal se habilita el comienzo de ejecución de la pena impuesta dado que la queja ante el Máximo Tribunal Nacional no tiene efecto suspensivo conforme al artículo 285 del C.P.C.C.N.

Agregó que se comparten los lineamientos allí sentados e incluso, algunos integrantes del Tribunal de Impugnación son más exigentes, dado que estiman que resulta suficiente el doble conforme de la sentencia condenatoria para que comience dicha ejecución.

Señaló que, como en este legajo, a la Defensa únicamente le restaba plantear el recurso de queja ante la C.S.J.N., resultaba de aplicación lo sostenido en los precedentes “DÍAZ-SERRANO” y “RUSSO” de este Tribunal Superior; se explayó sobre cada una de las consideraciones relevantes que consideró aplicables en el presente caso y sostuvo que, aun cuando la asistencia técnica dijo que expuso argumentos nuevos, en realidad, en tales fallos constan las respuestas a todos los cuestionamientos efectuados ante esa instancia. En particular, que lo previsto en el artículo 8 del C.P.P.N., contemplado también en el anterior código procesal penal local, no impide la interpretación seguida en tales precedentes, en los que se tiene en cuenta lo allí establecido, como así también, puso de relieve que las normas constitucionales no requieren la firmeza del fallo. En relación a la aplicación del artículo 285 del C.P.C.C.N. para los casos penales, aclaró que no fue declarado inconstitucional y descartó la aplicación del artículo 231 del código procesal provincial en la esfera de los recursos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. reg. cit.).

2) Lo hasta aquí expuesto, permite verificar las razones dadas por el Tribunal de Impugnación (reseñadas en el punto anterior y desarrolladas en la audiencia antes mencionada), que justifican una interpretación posible del artículo 285 del C.P.C.C.N., la que le permitió arribar a una solución acorde a las circunstancias del caso (el imputado estuvo privado de su libertad por un escaso lapso temporal previo a la confirmación de la condena en todas las instancias del orden local) y que concuerda con el criterio expuesto en anteriores precedentes de la Sala Penal de este Tribunal Superior, por lo que se descarta la pretendida arbitrariedad de sentencia.

3) Sentado ello, resulta conveniente aclarar que, actualmente, se encuentra en trámite un recurso de queja presentado in pauperis por el imputado, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la denegación del recurso extraordinario federal deducido en el principal (cfr. constancia del 6/2/2017 en el sistema Dextra y www.csjn.gov.ar, CSJ 000396/2017-ES01-00).

4) En el presente incidente, la Defensa reconoce -en el libelo recursivo- que los cuestionamientos traídos a conocimiento de esta Sala son reediciones de los presentados en la impugnación ordinaria, verificándose que los mismos recibieron una adecuada y fundada respuesta.

Es decir, que la cuestión gira en torno a la interpretación del artículo 285 del C.P.C.C.N., en referencia al último párrafo, y su aplicación en los procesos penales.

5) En cuanto a la interpretación, “una directriz muy repetida de la Corte Suprema puntualiza que ‘cuando la letra de la ley es clara no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente´, con prescindencia de otras consideraciones (Corte Sup. Fallos 324:1740, 3143 [JA 202-II-459] y 3345)…” (SAGÜES, Néstor P. Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos), JA 2003-iv-1220, 2003, Abeledo Perrot on line Nº

0003/010029/010131/010167).

Asimismo, se sostuvo reiteradamente que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (conf. doctrina de Fallos: 319:3148; 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros)” (CSJ 3341/2015/RH1, “GONZÁLEZ CASTILLO, [C. M.] y otro s/ robo con arma de fuego”, del 11/5/2017).

6) A la luz de tales directrices, resulta posible afirmar que la letra del artículo 285, último párrafo, del C.P.C.C.N. es clara, en cuanto establece que:

“…Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso”.

Resta verificar si su sentido y alcance pueden armonizarse con el orden constitucional y convencional.

Al respecto, no se desconoce el principio de inocencia ni el derecho a la libertad durante el proceso, sin embargo, el ejercicio de los derechos no es absoluto, dado que no sólo están sujetos a las leyes que los reglamentan sino que, principalmente, deben compatibilizarse con otros derechos de igual jerarquía constitucional. Así, el Estado argentino se constituyó en garante no sólo de los derechos de los imputados sino también del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas (cfr. www.corteidh.or.cr, Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina, sentencia del 25/11/2013, serie C Nº 271), conforme a los artículos 14, 18, 28, 31, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 25 y 26 de la D.A.D.H.; 9 y 11.1 de la D.U.D.H.; 1.1, 7, 8.1, 8.2 y 25 de la C.A.D.H.; 9.1, 9.3, 14.1 y 14.2 del P.I.D.C.yP. y concordantes.

En ese marco, se vislumbra como posible la armonización entre los derechos de jerarquía constitucional –tanto de los imputados como de las víctimas- y la aplicación del artículo 285 del C.P.C.C.N.

Ello, en tanto se efectúe una valoración judicial de las circunstancias concretas de cada caso, de la que surja su razonabilidad atendiendo a su compatibilidad con las distintas normas de máxima jerarquía. A título ejemplificativo, cuando se trate de víctimas especialmente protegidas por el sistema constitucional y convencional (Convención de Belem do Pará, C.E.D.A.W., Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras), o resulte proporcional considerando el tiempo transitado en libertad durante el proceso y la pena impuesta por un delito grave (por ejemplo, delitos contra la vida, la integridad física y/o sexual), entre otras consideraciones.

7) En ese orden de ideas, se comparte el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a que las sentencias adquieren firmeza cuando se expide ese Máximo Tribunal en la queja por recurso extraordinario federal denegado.

Justamente, a partir de tal afirmación, cobra sentido la regla establecida en el artículo 285 del C.P.C.C.N., dado que permite la ejecutabilidad de la sentencia aún no firme.

8) Cabe aclarar, que el mencionado artículo no resulta aplicable “supletoriamente” al proceso penal, sino que las normas del Código procesal civil y comercial de la Nación (Título IV, Capítulo IV – Recursos, Secciones N° 4 – Apelación extraordinaria ante la Corte Suprema, N° 6 –Procedimiento ante la Corte Suprema y N° 7 – Queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, artículos 285 a 287), entre otras, son las que rigen lo atinente al procedimiento de los recursos presentados ante la C.S.J.N. Dada la distribución de competencias en el Estado federal argentino, le compete al Congreso la facultad para el dictado de tales normas con alcance general (artículos 1, 75 inciso 32 y 117 de la Constitución Nacional).

También, corresponde agregar que la doctrina enseña que: “En los Estados federales, como la Argentina, se dan respuestas jurídicas diferentes, en distintas provincias, aun cuando se aplique, por ejemplo, el mismo código de fondo. Éste es un costo inevitable del sistema político y de la realidad social” (SAGÜES, Néstor P., Manual de derecho constitucional, Ed. Astrea, 2° ed. actualizada y ampliada, 2° reimpresión, Bs. As., 2012, p. 39). A igual conclusión se puede arribar si se considera la vigencia y aplicación de distintos códigos procesales conforme a la facultad reservada por los estados provinciales de dictar los mismos.

9) Contrariamente a lo que pretende la parte recurrente, se destaca que la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló la diferencia entre la ejecutabilidad y la firmeza de las sentencias, precisamente en un caso penal (cfr. Fallos 330:2826, considerando 7 del voto de la mayoría, de los Dres. FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI; las disidencias de las Dras. HIGTHON de NOLASCO y ARGIBAY propusieron la aplicación del artículo 280 del C.P.C.C.N.).

El Máximo Tribunal Nacional, en otra causa penal, compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal, remitiendo a sus términos. La cuestión central versaba sobre la prescripción o no de la acción penal y en particular, en lo que interesa al presente caso, el Dr. CASAL tras reafirmar que la sentencia adquiere firmeza sólo cuando la C.S.J.N. se expide en el recurso de queja deducido ante ese órgano, señaló que: “…estimo necesario aclarar que las consideraciones precedentes son independientes del carácter suspensivo del efecto de la interposición del recurso de queja por apelación federal denegada (de

acuerdo a la doctrina que surge de Fallos: 193:138; 253:445; 258:351; 259:151; 305:1483; 311:1042; 319:398) y a las previsiones del artículo 285 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto refiere a que mientras la Corte no haga lugar a esa vía no se suspenderá el curso del proceso, pues estas cuestiones se refieren a la posibilidad de lograr la ejecución inmediata de la resolución impugnada durante el plazo para recurrir, pero no definen la firmeza de la decisión en los términos que aquí interesan para dilucidar los agravios propuestos" (sic, cfr. Recurso de hecho. "García, Gustavo Alberto y otros s/ peculado y malversación culposa de caudales públicos –causa N° 314/99-, C. 2533.XLI.", del 18/9/2007).

10) En cuanto a las circunstancias concretas del caso, el señor F. fue condenado como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal a la pena de seis años de prisión de efectivo cumplimiento, cometido en perjuicio de M.B.K. (cfr. fs. 1/2), sentencia que fue confirmada en todas las instancias de control en el ámbito provincial e incluso, fue declarado inadmisible el recurso extraordinario federal deducido a favor del nombrado (R.I. Nro. 182/2016 del registro de la Sala Penal del T.S.J. de fecha 29/12/16), encontrándose pendiente de resolución la queja por recurso denegado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. www.csjn.gov.ar, CSJ 000396/2017-ES01-00).

Además, con anterioridad al 3/1/2017 (fecha de la primera decisión cuestionada en este incidente), FLORES estuvo un mes en prisión preventiva, luego, un mes y quince días en prisión domiciliaria, y posteriormente, obtuvo la libertad con la obligación de presentaciones periódicas (cfr. registro audiovisual de la audiencia ante el a quo del día 17/01/2017).

En ese contexto, se comparte lo sostenido por el a quo, en el sentido de que resulta aplicable el artículo 285 del C.P.C.C.N. y los lineamientos sentados con anterioridad por la Sala Penal de este Tribunal Superior (cfr. Acuerdos Nro. 3/2016 y Nro. 5/2016, R.I. Nro. 83/2016, del registro de la Secretaría Penal del T.S.J. de Neuquén, entre otros).

11) A mayor abundamiento, se reitera lo pertinente de los precedentes antes mencionados:

"De cara a la precisión con que fue redactada la norma legal [en referencia al artículo 285, último párrafo, del C.P.C.C.N.], el Cimero Tribunal determinó que: '…la deducción de un recurso de hecho ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con motivo de una apelación federal denegada, no suspende el curso del proceso principal hasta tanto el Tribunal no haga lugar a dicho remedio (…). No [se] desconoce la doctrina emanada del precedente 'Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada –causa n° 161.070-' (L.196.XLIX), en donde el Cimero Tribunal compartió, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador Fiscal, quien, en uno de los párrafos de su dictamen, aseveró que: '…el encarcelamiento no deja de ser cautelar, y entonces la decisión debe contener la motivación suficiente…' (cfr. pto. III, del dictamen del Dr. Eduardo Ezequiel Casal). Sin embargo, lo cierto es que el Máximo Tribunal de la Nación no tachó de inconstitucional al art. 285 del C.P.C.C.N., por lo que mantiene plena vigencia. Es más, su texto es tan claro y exacto que no admite distintas interpretaciones…" (Acuerdo Nro. 3/2016, voto de la Dra. GENNARI).

También se sostuvo que: "…No es un dato menor que la misma Procuración General que dictaminó en el citado caso "Loyo Fraire" (…), haya cambiado en cierta medida su postura en el expediente 5731/2014/CS1, volviendo a poner de resalto la previsión legal del artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en los siguientes términos: '(…) el 1° de julio del corriente el a quo declaró inadmisible el recurso extraordinario que dedujo la defensa de T contra el rechazo de la casación interpuesta contra la sentencia de condena. Y si bien esa decisión motivó la presentación directa del 16 de julio que dio origen al expediente CSJ 003869/2015-00, 'T., Carlos Humberto s/ homicidio calificado', hasta el momento la Corte no habría hecho lugar a esa queja –de acuerdo con la información disponible en su página web- por lo que estimo que adquiere especial significación en el caso lo dispuesto en el artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto establece que mientras aquello no ocurra no se suspenderá el curso del proceso, en la medida en que se vincula con la posibilidad de lograr la ejecución inmediata de la resolución impugnada…´ (cfr. dictamen del Dr. Eduardo Ezequiel Casal, de fecha 25 de septiembre de 2015, [subrayado parcial en el voto del Dr. MOYA]).

Aun cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación tenía la oportunidad de consagrar su propia doctrina desestimando el razonamiento antes transcripto por no someterse a sus precedentes (C.S.J.N., Fallos 315:2386 y sus citas), no ha hecho semejante cosa y, en su lugar, ha decidido tornar abstracta la cuestión al declarar -en la misma fecha- la inadmisibilidad del recurso de queja deducida en los autos principales (cfr. sentencia de fecha 15/03/16 en expte. CSJ 5731/2014/CS1 ya citado, y sentencia de igual fecha, dada en expte. CSJ 3869/2015/RH1 'Traberg, Carlos Humberto s/ homicidio calificado´). (…) Se agregó que: "los artículos 8 y 231 del Código Procesal Penal de Neuquén [tampoco impiden] aplicar el criterio [antes] fijado (…). Obsérvese que la presunción de inocencia que consagra el primero tiene su equivalente en otros ordenamientos rituales, incluso en aquel que rigió en esta Provincia hasta hace poco tiempo (vgr. art. 1°, L. 1677 y modificatorias); la misma fórmula se repite en el Código Procesal Penal de la Nación (vgr. art. 1°, L. 23.984); en igual sentido, el artículo 1° del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, etc. En lo que respecta al efecto suspensivo de los recursos que trae el artículo 231 del C.P.P.N., es obvio que ello se

relaciona con los recursos locales y no con los atinentes a la instancia federal, en tanto es un tradicional principio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el Recurso Extraordinario Federal es regulado exclusivamente por las normas rituales nacionales que se han dictado para organizarlo (C.S.J.N., Fallos 303:435; 310:2092 y 323:4006, entre otros), lo que incluye, claro está, a las normas y los procedimientos posteriores a su rechazo en la instancia…" (cfr. Acuerdo cit, voto del Dr. MOYA).12) Por último, cabe poner de relieve que la Defensa no se afligió del tiempo que lleva privado de libertad el imputado y a partir de lo informado por las partes al a quo (cfr. punto 1 de la presente), se estima que dicho período no resulta desproporcionado frente a la pena impuesta de seis años de prisión de efectivo cumplimiento (cfr. fs. 1/2).

De tal modo, se descarta toda situación de excepción, como las contempladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su doctrina de Fallos 294:327, ya que no se verifican razones de orden institucional o de interés público para incumplir el trámite fijado por la ley (cfr. Acuerdo Nro. 5/2016).

13) En suma, se colige que el artículo 285 del C.P.C.C.N. resulta compatible con el bloque constitucional, como así también que, en el presente legajo, el Tribunal de Impugnación dio una respuesta debidamente motivada a los agravios planteados por la Defensa y confirmó las decisiones de los magistrados de las instancias anteriores, a partir de las constancias del caso y conforme a los lineamientos sentados por este Tribunal Superior de Justicia sobre la cuestión llevada a su conocimiento, por lo que se descarta la presunta arbitrariedad de sentencia.

En consecuencia, en el presente legajo, se descarta la afectación a principios, derechos y garantías constitucionales, no verificándose los agravios planteados por la parte recurrente (artículo 248 inciso 2, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria debe ser declarada improcedente. Tal es mi voto.

El Dr. Evaldo D. MOYA dijo: Que comparto la solución sustentada por el señor Vocal preopinante en primer término, atento los fundamentos dados a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo: Atento al modo en que se resolviera la cuestión anterior, el tratamiento de la presente, deviene abstracto. Tal es mi voto.

El Dr. Evaldo D. MOYA dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo: Atento a la naturaleza de la cuestión planteada, corresponde eximir del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

El Dr. Evaldo D. MOYA dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el señor Vocal de primer voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación extraordinaria deducida por el señor Á. G. F., in pauperis y fundada por la Defensa Oficial, contra la resolución interlocutoria Nro. 6/2017 del Tribunal de Impugnación, de fecha 17/01/17, en el Legajo MPFJU Nro. 14353/2015 (artículos 242, primer párrafo, 233, 239 y 249 del rito local).

II. NO HACER LUGAR a la impugnación antedicha, por no verificarse los agravios planteados (artículo 248 inciso 2, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

III.- EXIMIR del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

IV. Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. OSCAR E. MASSEI - EVALDO D. MOYA

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

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

"CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 10380/2014) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 06/06/2017

DERECHO PENAL: Extraordianarios locales.

QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. SENTENCIA. EJECUCION DE SENTENCIA.

La queja, aún pendiente de resolución, planteada ante la C.S.J.N por la denegatoria del recurso extraordinario federal, no suspende la ejecución de la sentencia. En el caso la pena que se impuso fue a 10 años de prisión por homicidio simple.

Texto completo:

ACUERDO N° 5 /2017: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los 06 días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el Dr. Oscar E. MASSEI y la Dra. María Soledad GENNARI, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para resolver en los autos caratulados: "CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO" (Legajo MPFNQ N° 10380/2014).

ANTECEDENTES:

I. Que por interlocutoria Nº 52/2017 del Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los magistrados Alejandro CABRAL, Mario RODRIGUEZ GOMEZ y Héctor Guillermo RIMARO, de fecha 29/3/17, se resolvió confirmar las decisiones del tribunal del Colegio de Jueces y de la Jueza de Ejecución, en cuanto se dispuso que Antolin CERDA comience a ejecutar la pena impuesta, encontrándose pendiente de resolución una queja deducida por recurso extraordinario federal denegado ante la C.S.J.N.

Asimismo, se aclaró que el rechazo de ese planteo principal implicó el del subsidiario, respecto a la pretendida aplicación del artículo 231 del C.P.P.N. (cfr. Legajo de referencia, en Cícero, registro audiovisual de la audiencia de fecha 29/3/2017).

II. Contra el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación (T.I.), los Dres. Marcelo INAUDI y María Guadalupe INAUDI, defensores particulares, interpusieron una impugnación extraordinaria a favor de Antolin CERDA.

La Defensa encauzó la pretensión por el artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N.

Adujo que se vulneraron derechos tutelados en la legislación provincial, nacional, constitucional y supranacional, en particular, el debido proceso, los principios de inocencia y del juez natural, como así también, la libertad durante el proceso (artículos 5, 6 y 18 de la Constitución Nacional; 8.2 y 28 de la C.A.D.H.; 14.2 del P.I.D.C.yP.; 26 de la D.A.D.H.; 11.1 de la D.U.D.H.; 64 de la Constitución de Neuquén; 8, 9, 37 y 231 del C.P.P.N.).

Expresó que los tres jueces del T.I. discreparon con el criterio expuesto por este T.S.J., en los precedentes "RUSSO", "DÍAZ y SERRANO" y "SALCEDO", sin embargo, hubo consenso en respetar esos lineamientos como "única razón" para avalar la ejecución de una condena no firme y encarcelar a un imputado aún inocente.

Que se rechazaron los planteos defensistas por razones de "seguridad jurídica" (CABRAL), "economía procesal" (RIMARO) y, por una "cuestión de interpretación que no comparte y razones de economía procesal" (RODRIGUEZ GÓMEZ). Ello, sin percatarse sobre la posibilidad de incorporar nuevas argumentaciones que permitan apartarse fundadamente del mencionado criterio, dada la improcedencia de la aplicación de una norma del proceso civil, en referencia al artículo 285 del C.P.C.C.N., para adelantar la ejecución de una pena de prisión.

Criticó que la solución propiciada por este T.S.J. no encuentra respaldo alguno en fallos de la C.S.J.N. que hagan referencia específica a esta cuestión: presunción de inocencia, firmeza y ejecutabilidad de las sentencias condenatorias a penas de cumplimiento efectivo; más allá del voto solitario de la Dra. ARGIBAY en el caso "CHACOMA" o los fallos de contenido patrimonial, extraños al proceso penal, citados para avalar la aplicación del artículo 285 del C.P.C.C.N. Que no existe un solo fallo de la C.S.J.N. que avale lo sostenido por la Dra. ARGIBAY en el citado precedente.

Sobre el principio de inocencia sostuvo que perdura hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza, esto es, hasta la resolución del recurso de queja ante la C.S.J.N. Lo que se encuentra establecido en la normativa procesal (local y comparada). Al igual que el derecho del imputado a permanecer en libertad durante el proceso, la interpretación restrictiva de las normas que coarten su libertad y el efecto suspensivo a las decisiones judiciales mientras tramite su impugnación.

Afirmó que la C.S.J.N. definió el momento en que puede considerarse que una sentencia adquiere firmeza y la consecuente inmutabilidad propia de la cosa juzgada: con la desestimación de la queja dispuesta por ese Máximo Tribunal Nacional (in re "OLARIAGA").

Que en circunstancias como las que median en este caso, se ha admitido la suspensión de los trámites ante los jueces de la causa, en la que se había interpuesto el recurso de queja con invocación del interés público o institucional.

Manifestó que todo encarcelamiento que se disponga previo a la firmeza de la condena es de carácter preventivo o cautelar y debe responder a los lineamientos establecidos por la C.S.J.N., en “LOYO FRAIRE”, “MERLINI”, entre otros.

Aludió a que el C.P.C.C.N. fue sancionado con anterioridad a la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional, que resguardan el principio de inocencia y la libertad de los imputados durante el proceso. Que no existe una remisión expresa a ese código para su aplicación supletoria.

Alegó que ninguna sentencia penal condenatoria puede ser ejecutoriada por aplicación extensiva del artículo 285 del C.P.C.C.N., lo que se encuentra vedado por el artículo 64 de la Constitución de la Provincia de Neuquén.

Que se vulneró la doctrina de los fallos de la C.S.J.N., que distinguen una sentencia “firme” de lo que es una sentencia “ejecutoria” (artículo 258 del C.P.C.C.N.).

Adujo una nueva arbitrariedad por el rechazo del planteo subsidiario, respecto a que no se ejecutara la sentencia impugnada en los términos del artículo 231 del C.P.P.N., ya que se informó al tribunal que se deduciría el recurso extraordinario local. Que para tal rechazo, los jueces se remitieron a lo ya decidido.

Mencionó que el citado artículo separa perfectamente la decisión judicial por un lado y su ejecución por el otro, subordinando ésta al plazo y a la tramitación de la instancia de control.

Solicitó que se deje sin efecto la decisión impugnada, se anule el proceso de ejecución de sentencia y se disponga la libertad del señor CERDA.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Hizo reserva del caso federal.

III. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública, en la que estuvieron presentes: el Dr. Marcelo INAUDI y la Dra. María Guadalupe INAUDI, defensores particulares del señor CERDA, y el Dr. Pablo VIGNAROLI, Fiscal Jefe. En la misma, las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro audiovisual del día 11/5/17 y acta de fs. 28/31) y en ese contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En primer lugar, el Dr. INAUDI argumentó en torno a la admisibilidad de la vía extraordinaria local. Dijo que se trata de una resolución equiparable a definitiva, que afecta el principio de inocencia y la libertad del imputado durante el proceso, como así también, que ocasiona un gravamen de imposible reparación ulterior. Aclaró que interpuso un recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado ante la C.S.J.N., que tramita por expediente CSJ 000315/2017-00. Luego, hizo remisión a los argumentos expuestos en el libelo recursivo (cfr. fs. 5/18).

Agregó que la situación se agrava porque se internó a CERDA en el establecimiento carcelario de Senillosa, en el que fue sometido a una golpiza y a tres días de tortura. Que se radicó la denuncia pertinente, intervino la Fiscalía y lo derivaron al Hospital Regional Neuquén, en el que se constataron las fracturas de tres costillas y hematomas en todo el cuerpo. En el presente caso, la cuestión fue entre dos policías, su defendido mató a quien era un agente penitenciario y le habían referido que lo estaban esperando. Cree que esta cuestión necesita ser ameritada por este Tribunal, que se mostró proclive a la aplicación de la Convención sobre la Tortura.

Sostuvo que la C.S.J.N. admitió excepciones a la aplicación del artículo 285 del C.P.C.C.N. frente a circunstancias excepcionales o a razones de interés público institucional, criterios que invocó supletoriamente en relación a lo que le pasó a su defendido en Senillosa.

Solicitó que se revoque la decisión impugnada, se suspendan las tareas de ejecución iniciadas y subsidiariamente, teniendo en cuenta las circunstancias antes referidas, peticionó que se aparte del artículo 285 de manera excepcional y se disponga la libertad de CERDA hasta que la C.S.J.N. se pronuncie.

Luego, cedida la palabra a la Fiscalía, el Dr. VIGNAROLI expuso que no tiene objeciones en lo que respecta a la admisibilidad. En cuanto al fondo del asunto, entendió que no resulta procedente la postura propuesta por la Defensa.

Afirmó que las provincias se reservaron la facultad de dictar las normas procesales. Que el C.P.P.N. no prevé cuándo una decisión penal resulta ejecutable a diferencia de los demás ordenamientos citados por la Defensa. Ese vacío fue interpretado por este T.S.J., con la doctrina sentada a partir de distintos fallos “DIAZ y SERRANO”, “RUSSO”. En el último, el Dr. ELOSU LARUMBE explicó que resulta aplicable el artículo 285 del C.P.C.C.N. También coincidió con el voto de la Dra. GENNARI, en el sentido de que la Corte nunca declaró la inconstitucionalidad del artículo 285 del C.P.C.C.N. en relación a casos penales, por lo que resultan aplicables esos principios. Entendió que el artículo 231 del C.P.P.N., da la pauta en base a la cual se puede decir en qué casos una sentencia dictada en un proceso penal resulta ejecutable, siendo receptada en el caso “RUSSO” y otros, porque lo que se respeta no es sólo la instancia de control ordinario sino hasta la extraordinaria, desechándose sólo la queja ante la C.S.J.N.

Que el fundamento que los Dres. CABRAL y RIMARO dieron para confirmar la decisión de la Dra. GASS, más allá de su opinión

personal, fue que existe una doctrina sentada por este T.S.J. respecto a cuándo una decisión resulta ejecutable. Sobre el voto del Dr. RODRIGUEZ GOMEZ, dijo que el artículo 8 de la C.A.D.H. no establece que para que una persona sea considerada culpable tenga que existir una sentencia firme, sino que sea declarada culpable y que tiene derecho al doble conforme. Por lo tanto, entendió que una vez revisada y confirmada, la condena resulta ejecutable. Que dentro del derecho penal el concepto de sentencia firme puede discutirse, dado que después de la queja ante la Corte, todavía existe un recurso de revisión, siempre habría algún recurso pendiente que presentar. Que los recursos extraordinarios sólo versan sobre un control de constitucionalidad distinto a lo que tiene que ver con el hecho y la responsabilidad del imputado.

Agregó que la circunstancia de que haya otras provincias que han contemplado esta situación, no afecta el criterio sostenido en "RUSSO" y "DÍAZ y SERRANO".

Asimismo, en estos fallos se tuvo en cuenta el plazo de privación de la libertad y, en este caso, no es desmedido teniendo en cuenta la pena impuesta.

El principio de libertad se respetó durante todo el proceso, CERDA lo afrontó en libertad, inclusive el plazo para decidir el recurso extraordinario federal.

Solicitó que no se haga lugar a la impugnación de la Defensa. Respecto al pedido subsidiario, manifestó que más allá de lo sucedido en la unidad de detención, el caso seguirá adelante y se determinarán las responsabilidades, pero que no habilita una excepción como la solicitada.

Para finalizar, el Dr. INAUDI no hizo uso de la última palabra que le confiere el artículo 85, segundo párrafo, in fine, del C.P.P.N.

IV. Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Oscar E. MASSEI y Dra. María Soledad GENNARI.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo:

El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, contra una decisión impugnable (artículos 242, primer párrafo, 233, 239 y 249 del rito local).

Además, el remedio intentado resulta autosuficiente dado que resulta posible conocer cómo se configuran –a juicio del recurrente- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución que propone.

El Ministerio Fiscal, atendiendo a la naturaleza de la cuestión planteada, no formuló objeciones a la admisibilidad formal de la vía intentada por la Defensa.

Considerando que se encuentra en discusión la afectación del principio de inocencia y al derecho a la libertad del imputado durante el proceso (artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.2 de la C.A.D.H.; 14.2 del P.I.D.C.yP.; 26 de la D.A.D.H.; 11.1 de la D.U.D.H. y concordantes) por la aplicación del artículo 285 del C.P.C.C.N., que ocasionaría al recurrente un agravio de imposible reparación ulterior, y que la decisión ha sido contraria al derecho constitucional invocado por el apelante, se estima que existe una cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria local, al verificarse uno de los supuestos en los que, luego, podría intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del recurso extraordinario federal (artículo 14 inciso 3 de la Ley 48).

Por lo expuesto, corresponde declarar la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria local deducida por la Defensa a favor de Antolin CERDA. Tal es mi voto.

La Dra. María Soledad GENNARI dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión.

Mi voto.

A la segunda cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo que: Luego de analizado el recurso deducido, el pronunciamiento cuestionado y las demás constancias del legajo, como así también, oídas las partes, se propone al Acuerdo que la impugnación extraordinaria de la Defensa sea declarada improcedente.

1) En primer lugar, se verifica que el Tribunal de Impugnación, tras escuchar a las partes y pedir aclaraciones, dio una respuesta razonada a los agravios defensistas, en la audiencia del día 29/3/2017, a partir de las circunstancias concretas del caso (cfr. registro audiovisual, en Cícero, de la citada audiencia y acta de fs. 4/vta.).

En tal sentido, el Dr. CABRAL solicitó precisiones sobre la sentencia de condena y el Dr. INAUDI informó que CERDA fue condenado a diez años de prisión por el delito de homicidio simple.

Al momento de comunicar la decisión, el citado magistrado aclaró que la misma fue adoptada por unanimidad y tras reseñar los

agravios, desarrolló una serie de consideraciones respecto a la posibilidad de distinguir o no entre la ejecución y la firmeza de las sentencias, destacó que hay distintas interpretaciones y que la C.S.J.N. no estableció criterios definitivos respecto al momento en que puede ejecutarse. Expuso que este T.S.J. sostuvo que, conforme al artículo 285 del C.P.C.C.N., una sentencia puede ser ejecutable a partir de la desestimación del recurso extraordinario federal por parte de este Tribunal. Aclaró que tiene una opinión personal respecto a que la sentencia no queda firme y por lo tanto no es ejecutable hasta que el último órgano de Argentina, la C.S.J.N., se pronuncie en el recurso de queja. Aludió a otros criterios, que refieren a los órganos internacionales, pero sostuvo que ellos no tienen competencia respecto a estos temas y que, en todo caso, lo que pueden hacer es sancionar al Estado Argentino, independientemente del fallo BULACIO, que es una excepción. También, que tiene una posición tomada respecto a la prisión preventiva, que el plazo del artículo 119 del C.P.P.N. es un término hasta la condena y que después, continúa siendo prisión preventiva pero no queda comprendida en esa norma. Agregó que lo cierto es que el T.S.J., a efecto de unificar la jurisprudencia del tribunal de impugnación, que es muy variada, interpretó que el rechazo del recurso extraordinario federal por parte del T.S.J. hace ejecutable la sentencia de condena. Entendió que por razones de seguridad jurídica, dado que este Tribunal unificó jurisprudencia, no se apartará de lo allí establecido y votó en el mismo sentido que el unificado por este T.S.J.

El Dr. RODRIGUEZ GOMEZ sostuvo que el T.I., en diferentes integraciones, ya trató esta cuestión e hizo referencia a que, en uno de los primeros casos, en relación a la diferencia entre sentencia firme y sentencia en condiciones de ser ejecutada, se tuvo como parámetro la garantía del doble conforme. Que se asoció la ejecución de sentencia no a la firmeza sino a la presunción de inocencia. Que el artículo 8 de la C.A.D.H. refiere a que la persona sea “declarada legalmente culpable”, que bastaría con el fallo que así lo declara.

Lo que fue materia de un proyecto de reforma en el convenio INECIP – T.S.J., que fue con un despacho en disidencia del Colegio de Abogados de la provincia.

También, que siguiendo un criterio garantista, por la incorporación de los pactos a la Constitución nacional, se consideró que la sentencia se encontraba en condiciones de ser ejecutada a partir de que sea confirmada por un T.I., es decir, cuando se haya garantizado la revisión amplia en la segunda instancia.

Expresó que no se siguió el concepto de sentencia firme, por lo difuso que es y por las distintas interpretaciones jurisprudenciales que hay. Que podría pensarse, siguiendo algunos fallos de la C.S.J.N., con algunas disidencias o votos solitarios, que es cuando se rechaza el recurso de queja ante un Tribunal nacional pero que también, se podría postular que los tribunales internacionales ejercen una cuarta instancia, que habría que esperar la firmeza con éste último, por ejemplo, el caso BULACIO. Que sería una interpretación válida, conforme a un criterio garantista e in bonam parte. Que también podría decirse que el concepto de firmeza no existe en el proceso penal porque se puede interponer el recurso de revisión. Que por ello, se entendió que la sentencia, con el doble conforme, ya estaba en condiciones de ser ejecutada. No obstante ello, que por un criterio o interpretación in bonam parte, dado por el T.S.J. en el caso “SALCEDO”, sostuvo que es cuando se rechaza el recurso extraordinario federal, si bien no comparte ese concepto, y por una cuestión de economía procesal, acompañó a los otros dos magistrados para confirmar por unanimidad la decisión del tribunal de revisión. Asimismo, no compartió lo expuesto por el Ministerio Fiscal respecto a la bilateralidad de las garantías por la incorporación de los pactos internacionales de derechos humanos, con la reforma constitucional.

En tercer lugar, el Dr. RIMARO aclaró que existió coincidencia en la resolución de fondo de la cuestión. Que por una cuestión de economía procesal, dado que este T.S.J. ya se expidió en reiteradas ocasiones sobre la cuestión, en los casos “SALCEDO”, “DÍAZ - SERRANO”. Que sólo dejará sentado su punto de vista que es más próximo al del Dr. CABRAL, dijo que lo ideal sería que estén “atados” los conceptos de ejecutoriedad y firmeza. Aclaró que, en este caso, no hay un pronunciamiento firme porque falta que se expida la C.S.J.N. en la queja incoada. Pero que el tema ya fue abordado en muchas ocasiones y analizó otros casos. Aclaró que, más allá de los distintos puntos de partida, en alusión al “doble conforme” que refirió el Dr. RODRIGUEZ GOMEZ, coinciden en que no se puede desoír la manda del artículo 248 inciso 3 del C.P.P.N., que una hipótesis de deducción de ese recurso se da cuando el T.I. dicta una sentencia contraria a la jurisprudencia de este T.S.J., entonces, más allá de dejar a salvo sus criterios, sólo respecto al punto de partida, se expiden en el mismo sentido en cuanto al fondo del asunto.

Por último, tras un pedido de aclaratoria de la Defensa (sobre la pretendida aplicación del artículo 231 del C.P.P.N.), el a quo sostuvo que el rechazo de la cuestión principal implicó el del planteo subsidiario. Que al confirmar el pronunciamiento se da por sobreentendido que se debe continuar con el comienzo de la ejecución de sentencia (cfr. reg. cit.).

2) Lo hasta aquí expuesto, permite verificar las razones dadas por el Tribunal de Impugnación (reseñadas en el punto anterior), cuyos integrantes expusieron claramente su razonamiento y la postura personal asumida ante la cuestión planteada, incluso, producto de un análisis prolongado en el tiempo. Como así también, hicieron referencia al criterio sentado por este T.S.J. sobre la temática, en particular, sobre la exégesis del artículo 285 del C.P.C.C.N. y justificaron la aplicación de tales lineamientos conforme

al artículo 248 inciso 3 del C.P.P.N. De tal modo que, la solución a la que arribaron por unanimidad concuerda con el criterio expuesto en anteriores precedentes de la Sala Penal de este Tribunal Superior, por lo que se descarta la pretendida arbitrariedad de sentencia.

3) Sentado ello, resulta conveniente aclarar que, actualmente, se encuentra en trámite un recurso de queja presentado a favor de CERDA, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la denegación del recurso extraordinario federal deducido en el principal (cfr. www.csjn.gov.ar, CSJ 000315/2017-00).

4) En el presente incidente, la cuestión gira en torno a la interpretación del artículo 285 del C.P.C.C.N., en referencia al último párrafo, y su aplicación en los procesos penales.

5) En cuanto a la interpretación, se señaló que "para determinar [su] validez (…) debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769)" (cfr. A. 2186. XLI. "ACOSTA", del 23/4/2008).

Asimismo, se sostuvo reiteradamente que "la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (conf. doctrina de Fallos: 319:3148; 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros)" (CSJ 3341/2015/RH1, "GONZÁLEZ CASTILLO, [C. M.] y otro s/ robo con arma de fuego", del 11/5/2017).

6) A la luz de tales directrices, resulta posible afirmar que la letra del artículo 285, último párrafo, del C.P.C.C.N. es clara, en cuanto establece que:

"…Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso".

Resta verificar si su sentido y alcance pueden armonizarse con el orden constitucional y convencional.

Al respecto, no se desconoce el principio de inocencia ni el derecho a la libertad durante el proceso, sin embargo, el ejercicio de los derechos no es absoluto, dado que no sólo están sujetos a las leyes que los reglamentan sino que, principalmente, deben compatibilizarse con otros derechos de igual jerarquía constitucional. Así, el Estado argentino se constituyó en garante no sólo de los derechos de los imputados sino también del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas (cfr. www.corteidh.or.cr, Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina, sentencia del 25/11/2013, serie C Nº 271), conforme a los artículos 14, 18, 28, 31, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 25 y 26 de la D.A.D.H.; 9 y 11.1 de la D.U.D.H.; 1.1, 7, 8.1, 8.2 y 25 de la C.A.D.H.; 9.1, 9.3, 14.1 y 14.2 del P.I.D.C.yP. y concordantes.

En ese marco, se vislumbra como posible la armonización entre los derechos de jerarquía constitucional –tanto de los imputados como de las víctimas- y la aplicación del artículo 285 del C.P.C.C.N.

Ello, en tanto se efectúe una valoración judicial de las circunstancias concretas de cada caso, de la que surja su razonabilidad atendiendo a su compatibilidad con las distintas normas de máxima jerarquía. A título ejemplificativo, cuando se trate de víctimas especialmente protegidas por el sistema constitucional y convencional (Convención de Belem do Pará, C.E.D.A.W., Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras), o resulte proporcional considerando el tiempo transitado en libertad durante el proceso y la pena impuesta por un delito grave (por ejemplo, delitos contra la vida, la integridad física y/o sexual), entre otras consideraciones.

7) En ese orden de ideas, se comparte el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a que las sentencias adquieren firmeza cuando se expide ese Máximo Tribunal en la queja por recurso extraordinario federal denegado.

Justamente, a partir de tal afirmación, cobra sentido la regla establecida en el artículo 285 del C.P.C.C.N., dado que permite la ejecutabilidad de la sentencia aún no firme.

8) Cabe aclarar, que el mencionado artículo no resulta aplicable de forma "supletoria" o "extensiva" al proceso penal, sino que las normas del Código procesal civil y comercial de la Nación (Título IV, Capítulo IV – Recursos, Secciones N° 4 – Apelación extraordinaria ante la Corte Suprema, N° 6 –Procedimiento ante la Corte Suprema y N° 7 – Queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, artículos 285 a 287), entre otras, son las que rigen lo atinente al procedimiento de los recursos presentados ante la C.S.J.N. Dada la distribución de competencias en el Estado federal argentino, le compete al Congreso la facultad para el dictado de tales normas con alcance general (artículos 1, 75 inciso 32 y 117 de la Constitución Nacional).

También, corresponde agregar que la doctrina enseña que: "En los Estados federales, como la Argentina, se dan respuestas jurídicas diferentes, en distintas provincias, aun cuando se aplique, por ejemplo, el mismo código de fondo. Éste es un costo inevitable del sistema político y de la realidad social" (SAGÜES, Néstor P., Manual de derecho constitucional, Ed. Astrea, 2° ed.

actualizada y ampliada, 2° reimpresión, Bs. As., 2012, p. 39). A igual conclusión se puede arribar si se considera la vigencia y aplicación de distintos códigos procesales conforme a la facultad reservada por los estados provinciales de dictar los mismos.

9) Contrariamente a lo que pretende la parte recurrente, se destaca que la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló la diferencia entre la ejecutabilidad y la firmeza de las sentencias, precisamente en un caso penal (cfr. Fallos 330:2826, considerando 7 del voto de la mayoría, de los Dres. FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI; las disidencias de las Dras. HIGTHON de NOLASCO y ARGIBAY propusieron la aplicación del artículo 280 del C.P.C.C.N.).

El Máximo Tribunal Nacional, en otra causa penal, compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal, remitiendo a sus términos. La cuestión central versaba sobre la prescripción o no de la acción penal y en particular, en lo que interesa al presente caso, el Dr. CASAL tras reafirmar que la sentencia adquiere firmeza sólo cuando la C.S.J.N. se expide en el recurso de queja deducido ante ese órgano, señaló que: "…estimo necesario aclarar que las consideraciones precedentes son independientes del carácter suspensivo del efecto de la interposición del recurso de queja por apelación federal denegada (de acuerdo a la doctrina que surge de Fallos: 193:138; 253:445; 258:351; 259:151; 305:1483; 311:1042; 319:398) y a las previsiones del artículo 285 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto refiere a que mientras la Corte no haga lugar a esa vía no se suspenderá el curso del proceso, pues estas cuestiones se refieren a la posibilidad de lograr la ejecución inmediata de la resolución impugnada durante el plazo para recurrir, pero no definen la firmeza de la decisión en los términos que aquí interesan para dilucidar los agravios propuestos" (sic, cfr. Recurso de hecho. "García, Gustavo Alberto y otros s/ peculado y malversación culposa de caudales públicos –causa N° 314/99-, C. 2533.XLI.", del 18/9/2007).

10) En cuanto a las circunstancias concretas del caso, el señor CERDA fue condenado como autor del delito de homicidio simple a la pena de diez años de prisión de cumplimiento efectivo, sentencia que fue confirmada en todas las instancias de control en el ámbito provincial e incluso, fue declarado inadmisible el recurso extraordinario federal deducido a favor del nombrado (cfr. reg. cit. de la audiencia ante el T.I. y R.I. N° 24/2017 del registro de la Sala Penal del T.S.J. de fecha 23/2/17), encontrándose pendiente de resolución la queja por recurso denegado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. www.csjn.gov.ar, CSJ 000315/2017-00).

Además, con anterioridad al 20/3/2017 (fecha de la primera decisión cuestionada en este incidente), CERDA transitó el proceso en libertad y sólo, con posterioridad (ya confirmada dicha resolución por el tribunal de revisión), fue privado de la misma (cfr. fs. 1/2 vta.).

En ese contexto, se comparte lo sostenido por el a quo, en el sentido de que resulta aplicable el artículo 285 del C.P.C.C.N. conforme a los lineamientos sentados con anterioridad por la Sala Penal de este Tribunal Superior (cfr. Acuerdos N° 3/2016 y N° 5/2016, R.I. N° 83/2016, del registro de la Secretaría Penal del T.S.J. de Neuquén, entre otros).

11) A mayor abundamiento, se reitera lo pertinente de los precedentes antes mencionados:

"De cara a la precisión con que fue redactada la norma legal [en referencia al artículo 285, último párrafo, del C.P.C.C.N.], el Cimero Tribunal determinó que: '…la deducción de un recurso de hecho ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con motivo de una apelación federal denegada, no suspende el curso del proceso principal hasta tanto el Tribunal no haga lugar a dicho remedio (…). No [se] desconoce la doctrina emanada del precedente 'Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada –causa n° 161.070-' (L.196.XLIX), en donde el Cimero Tribunal compartió, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador Fiscal, quien, en uno de los párrafos de su dictamen, aseveró que: '…el encarcelamiento no deja de ser cautelar, y entonces la decisión debe contener la motivación suficiente…' (cfr. pto. III, del dictamen del Dr. Eduardo Ezequiel Casal). Sin embargo, lo cierto es que el Máximo Tribunal de la Nación no tachó de inconstitucional al art. 285 del C.P.C.C.N., por lo que mantiene plena vigencia. Es más, su texto es tan claro y exacto que no admite distintas interpretaciones…" (Acuerdo N° 3/2016, voto de la Dra. GENNARI).

También se sostuvo que: "…No es un dato menor que la misma Procuración General que dictaminó en el citado caso "Loyo Fraire" (…), haya cambiado en cierta medida su postura en el expediente 5731/2014/CS1, volviendo a poner de resalto la previsión legal del artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en los siguientes términos: '(…) el 1° de julio del corriente el a quo declaró inadmisible el recurso extraordinario que dedujo la defensa de T contra el rechazo de la casación interpuesta contra la sentencia de condena. Y si bien esa decisión motivó la presentación directa del 16 de julio que dio origen al expediente CSJ 003869/2015-00, 'T., Carlos Humberto s/ homicidio calificado', hasta el momento la Corte no habría hecho lugar a esa queja –de acuerdo con la información disponible en su página web- por lo que estimo que adquiere especial significación en el caso lo dispuesto en el artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto establece que mientras aquello no ocurra no se suspenderá el curso del proceso, en la medida en que se vincula con la posibilidad de lograr la ejecución inmediata de la resolución impugnada…´ (cfr. dictamen del Dr. Eduardo Ezequiel Casal, de fecha 25 de septiembre de 2015, [subrayado parcial en

el voto del Dr. MOYA]).

Aun cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación tenía la oportunidad de consagrar su propia doctrina desestimando el razonamiento antes transcripto por no someterse a sus precedentes (C.S.J.N., Fallos 315:2386 y sus citas), no ha hecho semejante cosa y, en su lugar, ha decidido tornar abstracta la cuestión al declarar -en la misma fecha- la inadmisibilidad del recurso de queja deducida en los autos principales (cfr. sentencia de fecha 15/03/16 en expte. CSJ 5731/2014/CS1 ya citado, y sentencia de igual fecha, dada en expte. CSJ 3869/2015/RH1 'Traberg, Carlos Humberto s/ homicidio calificado´). (…) Se agregó que: "los artículos 8 y 231 del Código Procesal Penal de Neuquén [tampoco impiden] aplicar el criterio [antes] fijado (…). Obsérvese que la presunción de inocencia que consagra el primero tiene su equivalente en otros ordenamientos rituales, incluso en aquel que rigió en esta Provincia hasta hace poco tiempo (vgr. art. 1°, L. 1677 y modificatorias); la misma fórmula se repite en el Código Procesal Penal de la Nación (vgr. art. 1°, L. 23.984); en igual sentido, el artículo 1° del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, etc. En lo que respecta al efecto suspensivo de los recursos que trae el artículo 231 del C.P.P.N., es obvio que ello se relaciona con los recursos locales y no con los atinentes a la instancia federal, en tanto es un tradicional principio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el Recurso Extraordinario Federal es regulado exclusivamente por las normas rituales nacionales que se han dictado para organizarlo (C.S.J.N., Fallos 303:435; 310:2092 y 323:4006, entre otros), lo que incluye, claro está, a las normas y los procedimientos posteriores a su rechazo en la instancia…" (cfr. Acuerdo cit, voto del Dr. MOYA).

12) Cabe poner de relieve que la Defensa no se afligió del tiempo que lleva privado de libertad el señor CERDA y a partir de las constancias del caso (cfr. punto 10 de la presente), se estima que dicho período no resulta desproporcionado frente a la pena impuesta de diez años de prisión de efectivo cumplimiento (cfr. R.I. N° 24/2017 del registro de la Sala Penal del T.S.J. de fecha 23/2/17, fs. 1/2 vta., reg. cit. de la audiencia ante el a quo del 29/3/17).

13) Por último, tampoco tendrá respuesta favorable el planteo subsidiario efectuado por la Defensa, en cuanto solicitó una excepción a la aplicación del artículo 285 del C.P.C.C.N. conforme a la doctrina del Cimero Tribunal Nacional.

Si bien la asistencia técnica puso en conocimiento de esta Sala, una serie de acontecimientos de los que habría sido víctima el señor CERDA mientras se encontraba detenido en el establecimiento de Senillosa, en primero término, esa misma parte indicó que se formalizó la respectiva denuncia y que intervino oportunamente el Ministerio Fiscal, por lo que la determinación de las responsabilidades que correspondan será objeto de dichas actuaciones (cfr. registro audiovisual del 11/5/2017 y fs. 28/31).

Segundo, en cuanto al pedido defensista, cabe poner de relieve que el artículo 285 del C.P.C.C.N. sólo recepcionó en su texto, el efecto no suspensivo de la interposición del recurso de queja. En cambio, la jurisprudencia desarrollada por la C.S.J.N. sobre las excepciones a esa regla, por razones de orden institucional o de interés público (Fallos 294:327), no se plasmaron en dicha norma u otra.

En tal sentido, la doctrina sostuvo que "(…) el actual art. 285 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación únicamente admite la posibilidad de dar efecto suspensivo a la queja cuando la Corte hiciera lugar a ella, y por tanto, decidiese intervenir en la apelación extraordinaria, reputándola formalmente procedente (admisible). Conforme a esa directriz legislativa, calificada como 'categórica´ por el alto tribunal [], ¿tiene la Corte el derecho de dar a la queja efecto suspensivo, antes de declararla admisible? El texto de la ley, [] no le concede tal facultad; y si la Corte la asume, está operando una interpretación mutativa por adición [], lo que equivale sumar, al supuesto legal de suspensión, otro más, que surge del derecho judicial (…)" (SAGÜES, Néstor P., Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario, tomo 2, Ed. Astrea, 4° ed. actualizada y ampliada, 1° reimpresión, Bs. As., 2002, p. 498).

En ese marco, se entiende que sólo le compete a la Corte Suprema de Justicia de la Nación hacer lugar o no a excepciones como la pretendida por la Defensa, conforme a los criterios jurisprudenciales desarrollados por ese Máximo Tribunal. Así las cosas, le incumbe al interesado formalizar tal requerimiento al momento de la interposición de la queja por recurso extraordinario federal denegado.

En consecuencia, en esta instancia, corresponde no hacer lugar al pedido subsidiario de la asistencia técnica.

14) En suma, se colige que el artículo 285 del C.P.C.C.N. resulta compatible con el bloque constitucional y aplicable al presente caso, atendiendo a las circunstancias concretas antes mencionadas, como así también que, en el presente legajo, el Tribunal de Impugnación dio una respuesta debidamente motivada a los agravios planteados por la Defensa y que se confirmaron las decisiones de los magistrados de las instancias anteriores, conforme a los lineamientos sentados por este Tribunal Superior de Justicia sobre la cuestión llevada a su conocimiento, por lo que no se verifica la presunta arbitrariedad de sentencia.

En conclusión, en el presente legajo, se descarta la afectación a principios, derechos y garantías constitucionales, no verificándose los agravios planteados por la parte recurrente (artículo 248 inciso 2, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria debe ser declarada improcedente. Tal es mi voto.

La Dra. María Soledad GENNARI dijo: por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del señor vocal preopinante a esta segunda

cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo: Atento al modo en que se resolviera la cuestión anterior, el tratamiento de la presente, deviene abstracto. Tal es mi voto.

La Dra. María Soledad GENNARI dijo: Adhiero a la solución que propone el Dr. Oscar Massei a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo: Atento a la naturaleza de la cuestión planteada, corresponde eximir del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. María Soledad GENNARI dijo: Adhiero a la solución dada a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE:

I. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación extraordinaria deducida por los Dres. Marcelo INAUDI y María Guadalupe INAUDI, defensores particulares, a favor de Antolin CERDA, contra la resolución interlocutoria Nº 52/2017 del Tribunal de Impugnación, de fecha 29/3/17, en el Legajo MPFNQ N° 10380/2014 (artículos 242, primer párrafo, 233, 239 y 249 del rito local).

II. NO HACER LUGAR a la impugnación antedicha, por no verificarse los agravios planteados (artículo 248 inciso 2, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

III. EXIMIR del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

IV. Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. Oscar E. MASSEI - Dra. María Soledad GENNARI

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

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

"MUÑOZ MARCELO GERMÁN S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO" – Tribunal Superior de Justicia- Sala Penal – (Expte.: 2/2017) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 14/06/2017

JURADO DE ENJUICIAMIENTO: Remoción de Jueces.

IMPUGANCION EXTRAORDINARIA. MAGISTRADOS. JURADO DE ENJUICIAMIENTO. REMOCION DE MAGISTRADOS. NEGATIVA AL REALIZARSE EL CONTROL DE ALCOHOLEMIA. ALEJARSE DEL LUGAR DEL ACCIDENTE DE TRANSITO SIN AUXILIAR A LAS VICTIMAS. PROCESO DE ENJUICIAMIENTO. COMISION ESPECIAL. FUNCIONES. ACUSACION FISCAL. DETERMINACION DE LOS HECHOS. PRODUCCION DE PRUEBA. CONTROL. PRUEBA IRREPRODUCIBLE. PROCEDIMIENTO CONTRAVENCIONAL. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. CALIFICACION DE LA CONDUCTA DEL MAGISTRADO. AUSENCIA DE CUESTION FEDERAL.

1.- La impugnación extraordinaria deducida contra la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento que dispuso la destitución del cargo de un Juez de Garantías, decisión adoptada al tener por acreditados los cargos de haberse negado a realizarse el control de alcoholemia, y alejarse del lugar de la colisión sin auxiliar a las víctimas que se desplazaban en el rodado embestido, deber ser rechazada, por cuanto los reparos planteados sólo trasuntan en meras discrepancias en relación a la valoración de circunstancias de hecho y prueba, no logrando en este tópico demostrar la existencia de una cuestión federal, ni un supuesto de arbitrariedad de

sentencia.

2.- En lo atinente a la violación a la garantía del juez imparcial respecto de la recusación oportunamente efectuada a uno de los miembros de la Comisión Especial, debe ser rechazada, ya que debe tenerse presente que, de conformidad con lo prescripto por el art. 18 de la Ley 1565 (texto según Ley 2698), la Comisión Especial tiene la función de examinar la denuncia y en su caso realizar una información sumaria destinada a reunir pruebas para rechazarla, o bien posibilitar la formalización de los cargos. Su función básicamente consiste en colectar información, y, llegado el caso, solicitar la apertura del procedimiento establecido en el art. 266 de la Constitución Provincial, describiendo los hechos que pudieran constituir mal desempeño o comisión de delito, expresando los fundamentos que respaldan los cargos.

3.- La Comisión Especial se limita a solicitar la apertura del procedimiento, resultando ya función propia del Jurado de Enjuiciamiento la de disponer la apertura o no del Juicio Político; y habilitada esta última opción, juzgar el o los hechos fijados por aquélla (arts. 19 y ccdtes., norma supra citada).

3.- No existen vicios en la determinación de los hechos, si la Fiscalía no excedió el marco que fijó la Comisión Especial en el Acta nro. 59 (Expte. n° 40-JE). Ello es así, ya que si bien en la acusación Fiscal (Expte. 40-JE), se mencionan las “cuestiones adicionales” a la que hace referencia el voto del magistrado preopinante, obsérvese que en el Acuerdo 282-JE se deja expresa constancia de que las mismas no iban a ser tenidas en cuenta a los fines de la resolución del caso, puesto que, conforme lo sostenía la defensa, ampliaban el campo de la imputación y no habían sido contempladas por la Comisión Especial.

De ello, se infiere que al no haber sido valorado ni tenido en cuenta de modo alguno, la falta de gravamen luce evidente, lo que deviene el planteamiento de una nulidad por la nulidad misma, cuestión vedada en nuestro ordenamiento procesal.

4.- Respecto a la producción de prueba sin control de la defensa, es de destacar que en el sistema de litigación penal adversarial vigente –de aplicación supletoria en el caso- cada parte está facultada a colectar su propia evidencia en pos de acreditar su teoría del caso, no siendo necesario, en principio, el control o notificación a la contraria (salvo, claro está, cuando el acto sea irreproducible, esto es, que no puede repetirse en las mismas condiciones).

5.- En lo atinente a la queja enfocada en que la parte acusada no había sido notificada de un informe efectuado por personal de la Dirección Tránsito Neuquén, que incluyó una video-filmación que determinó la probable trayectoria efectuada por el magistrado imputado el día del evento, tal acto nada tiene de irreproducible, puesto que, a fin de acreditar su propia teoría del caso, la Defensa pudo también haber efectuado su propia constatación con la finalidad, por ejemplo, de acreditar que los hechos se produjeron de una forma distinta a la que determinó el acto en cuestión y que fue incorporada al Juicio a través de la declaración testimonial del efectivo policial. Tal procedimiento, por lo demás, se ajusta a lo establecido por el art. 135 del C.P.P.N., cuando prescribe que “el fiscal, la defensa y la querella (…) practicarán las diligencias y actuaciones de la investigación (…) que no tengan contenido jurisdiccional”, pudiéndose también, en virtud de la facultad conferida por el art. 138, requerir informes de

expertos cuando para descubrir o valorar alguna evidencia sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. Únicamente respecto del reconocimiento de personas se prevé la obligatoria presencia de la defensa (art. 139 C.P.P.N., último párrafo).

6.- La queja del recurrente deviene extemporánea, si en su momento no hizo uso de una facultad a la que estaba autorizado y pretende ahora, por una exigencia no requerida en el sistema procesal actual, que se anule la acusación Fiscal.

Tal actitud trasluce un sometimiento libre y voluntario de su parte a las consecuencias que su decisión acarrearía, no siendo lícito, por lo tanto, hacer valer un derecho en contra de la anterior conducta objetivamente interpretada según la ley, las buenas costumbres o la buena fe (Fallos: 321:2530 y 325:2935).

8.- No era competencia del Jurado de Enjuiciamiento y menos aún de este Tribunal, declarar la nulidad de las actas que documentaban la negativa a la realización del test de alcoholemia y del acta de secuestro del automotor del enjuiciado, pues la alegada nulidad, en todo caso, debía declararse en la instancia correspondiente que la misma parte conoce; máxime si planteadas las nulidades, fueron considerados legítimos el procedimiento y el acta por la autoridad administrativa pertinente (Intendente de la ciudad de Neuquén).

9.- Resultaba innecesario el análisis sobre la aplicación en el caso de la duda razonable, toda vez que en forma contundente y unánime el Jurado de Enjuiciamiento tuvo por acreditadas -con las pruebas producidas en la Audiencia General-, las conductas atribuidas al Juez acusado, con el grado de convicción requeridos en la instancia para resolver como lo hizo, sin que siquiera se expusiera la existencia de alguna duda en alguno de los Miembros del Jurado de Enjuiciamiento.

10.- Es doctrina de CSJN que "…lo concerniente al encuadramiento o calificación que los miembros del Jurado llevaron a cabo respecto a la conducta reprochada, esta Corte ha subrayado que ni la subsunción de los hechos en las causales de destitución ni la apreciación de los extremos fácticos o de derecho que han llevado al jurado al juicio de remoción e inhabilitación constituyen materia de pronunciamiento, dado que no se trata de que el órgano judicial convertido en un tribunal de alzada sustituya al criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado…" (causa "Trova, Facundo Martín s/ jurado de enjuiciamiento", T 400.XLIV, 10/11/2009). Y en tanto no se de una alteración de los hechos, no se configura el agravio al art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 310:2845, voto de los jueces Fayt y Belluscio, consid. 11, y de los jueces Petracchi y Bacqué, consid. 7 y 8). Por lo que no corresponde ingresar al tratamiento de la cuestión planteada.

11.- En cuanto al criterio interpretativo adoptado por el Jurado de Enjuiciamiento, debe tenerse presente que la tarea hermenéutica realizada por aquél órgano, inherente a la función juzgadora, constituye materia ajena al control judicial, y extraña, por ende, a la jurisdicción de la Corte en la instancia del art. 14 de la ley 48.

12.- Es competencia exclusiva y excluyente del Jurado de Enjuiciamiento la valoración de si el

magistrado reúne o no las condiciones para continuar en su cargo, y no este Tribunal, pues de lo contrario este órgano judicial sustituiría la voluntad del órgano político sobre el cual nuestra Constitución Provincial depositó tan delicada función, violándose así el principio de división de poderes consagrado por la Constitución Nacional, que hace a la esencia del sistema republicano y al que deben inequívocamente sujetarse los Estados provinciales (art. 5° CN). Planteos de esta naturaleza no configuran una cuestión federal apta para ser examinada, vía el remedio intentado, pues la materia es manifiestamente insustancial y no se presta a controversia (Fallos: 316:2747; 323:732 y 736, entre otros) frente a la reiterada doctrina del Máximo Tribunal Nacional de que no hay lugar alguno para la revisión judicial sobre el aspecto valorativo de la decisión destitutoria (causa “Torres Nieto, Mirta Carmen”, Fallos 330:725; “De la Cruz, Eduardo Matías” (Fallos: 331:810), entre otros).

Texto completo:

ACUERDO N°6 /2017: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se constituye el Tribunal Superior de Justicia en Pleno, integrado en la oportunidad por los señor Juez Dr. OSCAR E. MASSEI y los Conjueces, Dres. DANIEL GUSTAVO VARESSIO, CARLOS ALBERTO MIGUEL y DANTE ALBERTO HUARTE, y la Conjueza Dra. MARIA BELÉN DE LOS SANTOS, con la intervención del señor Subsecretario, Dr. JORGE E. ALMEIDA, para dictar sentencia en los autos caratulados “MUÑOZ MARCELO GERMÁN S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO (Legajo N° SPTSJ QUE 2/2017).

ANTECEDENTES:

I.- Por Acuerdo n° 282 J.E., de fecha 10 de febrero de 2017, el Jurado de Enjuiciamiento -integrado por el señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia, Dr. EVALDO DARIO MOYA, los señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, Dr. RICARDO T. KOHON y Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE, la señora Diputada MARIA LAURA DU PLESSIS, el señor Diputado GUILLERMO OSCAR CARNAGHI y los profesionales de la Matrícula de Abogados designados por la Honorable Legislatura, Dr. CARLOS A. FAZZOLARI y Dr. LUIS OSVALDO ARELLANO- resolvió, en lo que aquí interesa: “(…) 1°) Rechazar las nulidades articuladas en el alegato de la defensa, por las razones expuestas. 2°) Tener por acreditados los cargos de haberse negado al control de alcoholemia, y el alejamiento del lugar sin auxiliar a las víctimas y en consecuencia disponer la inmediata remoción del Dr. Marcelo Germán Rubén Muñoz del cargo de Juez de Garantías del Colegio de Jueces de la I Circunscripción, por los fundamentos expuestos, a partir de la fecha de notificación del presente (Art. 267 Constitución de Neuquén, Art. 32 Ley 2698)….” (fs. 540/552).

II.- En contra de tal Acuerdo, dedujo impugnación extraordinaria el Dr. Marcelo Germán Rubén Muñoz, por derecho propio, con el patrocinio letrado de los Dres. Joaquín Andrés Imaz y Juan Manuel Coto, de conformidad con lo normado por el artículo 248 del C.P.P.N., aplicable –según asevera- en virtud de lo establecido por el art. 46 de la Ley 1.565 (texto según Ley N° 2698).

El mismo fue elevado para su tratamiento a la Sala Penal de este Tribunal (fs. 35) y a fs. 43 se dispuso constituir el Tribunal en pleno.

III.- En su presentación escrita de fs. 1/34 el recurrente postula la declaración de nulidad del proceso y subsidiariamente de la decisión cuestionada por violación al debido proceso, en cuanto a la necesidad de contar con una acusación válida y con fundamento en la doctrina de arbitrariedad de sentencia, siendo ambos, afirma, supuestos de interposición del recurso extraordinario federal en los términos del art. 248 inc. 2° del CPP.

Luego de dar cuenta de las circunstancias del caso que guardan relación con el recurso deducido, el presentante expone cinco agravios:

1) Nulidad del procedimiento por violación a la garantía del juez imparcial (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 8.1 de la C.A.D.H., art. 14.1 del P.I.D.C. y P. y art. 11 de la Ley n° 1565): en el punto se agravia de la intervención que le cupo al Dr. Etelvino Todero en la Comisión Especial, en ocasión de dictarse el Acta N° 59 por la cual se postuló la admisión del proceso; situación que, en su visión, constituye un vicio grave del procedimiento (art. 34 ley 1565 –texto según ley 2698-) y configura cuestión federal suficiente por afectación al derecho que tiene todo justiciable de contar con un juzgador imparcial durante todas las instancias. Tacha de arbitrario el tratamiento al modo en cómo se resolvió la incidencia, puesto que al rechazarse el planteo, se omitió el análisis del concepto de “temor de parcialidad”, ya que lo que se denunció fue un acto objetivo de parcialidad (vinculado con diferentes

publicaciones en redes sociales que daban cuenta del sentido de su votación a favor de la admisibilidad de las denuncias) por posible adelantamiento de opinión o posible injerencia externa en la opinión del Sr. Miembro de la Comisión Especial. Refiere que no era suficiente la negativa expresada por el Dr. Todero en su descargo, puesto que ello colisionaba con los documentos agregados a fs. 52/54 del Expte. 40-JE, y cuyo análisis no efectuó la Comisión Especial, siendo que esas publicaciones eran previas al descargo y concomitantes a una de las reuniones que la Comisión Especial realizó.

Afirma que con el solo hecho de que el Dr. Todero haya negado haber realizado las afirmaciones fue suficiente para la Comisión Especial para dar por cierto que ello era así y tomar la decisión; con lo cual se observa el deficiente tratamiento de la recusación, sin aludir al temor de parcialidad, que expresamente se invocó, con cita de los precedentes "Llerena" (Fallos 328:1491) y "Zenzerovich" (Fallos 322:1941); y no un hecho objetivo.

Agrega que se omitió analizar otro aspecto del mismo planteo relativo a qué sucedía si no eran ciertas las versiones periodísticas agregadas a fs. 52/54, incluso en ese caso, existía un temor de parcialidad por las injerencias externas que podrían provocar esas manifestaciones periodísticas. Aquí hay un supuesto de incongruencia omisiva, pues no se hizo mención alguna a esta cuestión, limitándose La Comisión a dar argumentos sobre la inexistencia de prejuzgamiento sin considerar si esas publicaciones podrían condicionar el ánimo del Dr. Todero en perjuicio del justiciable.

Destaca que existió una asombrosa celeridad en la toma de decisiones, que evidenció que el procedimiento ante la Comisión Especial fue un mero escollo formal; lo cual también evidencia que la posición de los miembros de la Comisión Especial había sido adoptada previamente a la formulación del descargo, evidenciando con ello que el temor de parcialidad que su parte alegaba estaba fundado en bases sólidas y que las versiones periodísticas de las cuales surgió ese temor tenían fuentes fiables.

2) Nulidad del procedimiento, a partir de la intervención del Sr. Fiscal General, por haberse presentado una acusación violatoria del debido proceso (arts. 18 de la C.N., art. 95 del C.P.P.N. y art. 19 de la Ley n° 1.565): sostiene que la presentación de la acusación fiscal efectuada a fs. 251/267, adolece de numerosos vicios tanto en la determinación de los hechos a los cuales debía ceñirse así como en la producción de prueba, por haber sido obtenida sin el control adecuado de la defensa y de manera ilegítima, circunstancias que evidencian que no era posible dictar un fallo porque no existió una acusación válida. Dentro de este agravio particularmente articula dos ejes de críticas: por un lado, la arbitrariedad en la desestimación del planteo por parte del Jurado de Enjuiciamiento, y por el otro, la nulidad de la acusación.

a) Respecto de la primera cuestión, afirma que el Jurado de Enjuiciamiento desestimó de manera arbitraria el planteo de nulidad formulado en ocasión de la defensa escrita y el otro planteo de nulidad realizado en la Audiencia General, porque a fs. 356 el Jurado aludió al principio de congruencia como una cuestión de partes, cuando el planteo de la defensa siempre se vinculó con el límite impuesto a la labor fiscal por la Ley n° 2698, a partir de la modificación del art. 19 de la Ley 1.565. El Fiscal General no puede formular la acusación en base a los hechos que él considere pertinentes sino que debe ceñirse estrictamente a la decisión de admisibilidad y los hechos que la Comisión Especial fija, pues es ésta quien fija los hechos, y el Fiscal General es un mero instrumento para su probanza.

Tacha de aparente la fundamentación dada en el acuerdo cuestionado, al considerar que: "…se trata de una apreciación de su parte que no es novedosa para el Jurado, pues la temática atinente a que la misma se basa en un 'procedimiento contravencional ilegítimo' la sugirió ante este Jurado el pasado 12 de diciembre en el marco de otro planteo de nulidad (cfr. punto IV.1.h. titulado 'el escandaloso proceso contravencional ante el juez de faltas'); lo que ya fue sustanciado y resuelto por este Jurado" (fs. 545vta.)".

Pero la afirmación no guarda relación con las constancias de la causa, pues en el Punto IV.1.h. referido al proceso contravencional, se explicó que la razón por la cual el recurrente había sido sancionado contravencionalmente era porque el juez había excedido su competencia deliberadamente.

En ocasión de la Audiencia General el planteo fue diferente, se sostuvo que el Sr. Fiscal General aun sabiendo todas estas irregularidades basaba sus conclusiones en este procedimiento contravencional del cual obtenía la documentación de la negativa al control de alcoholemia y un vehículo secuestrado en términos cuestionables, como lo reconoce la decisión que se ataca. Que en el caso, el propósito de la audiencia preliminar de fs. 362/363, fue lograr convenciones probatorias que posibiliten reducir la lista de testigos a aquellos que sean estrictamente necesarios pero en ningún caso discutir la validez de la acusación o vicios que pudieran existir en ella como puede ser la exclusión de evidencias para que no se produzcan durante la Audiencia General.

Refiere que en este proceso no existe un equivalente a la audiencia de control de acusación del art. 168 CPP, sino que la admisión la hace el Jurado de Enjuiciamiento sin audiencia previa. Y que en el caso, el propósito de la audiencia preliminar de fs. 362/363, fue lograr convenciones probatorias que posibiliten reducir la lista de testigos a aquellos que sean estrictamente necesarios pero en ningún caso discutir la validez de la acusación o vicios que pudieran existir en ella. Que la nulidad procede por imperio de lo normado por el art. 95 del C.P.P.N., que establece que no pueden ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados

como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución de la Nación, en la Constitución de la Provincia y en ese Código. Cita en apoyo de su postura el art. 97 del C.P.P.N., a contrario sensu.

En lo que se vincula a la pericia accidentológica, y el argumento de que el planteo sería abstracto, porque no se utilizó para adoptar la decisión, estima que no es correcto, puesto que sí fue utilizada para sostener que su vehículo se detuvo por una falla mecánica (fs. 550/vta. último párrafo) y esto sirvió para fundamentar la sanción aplicada.

Tampoco se fundamentó, a su entender, la razón por la cual sería válida toda la investigación que el Sr. Fiscal General realizó en base a la utilización de sábanas de llamadas telefónicas y del testimonio del Subcomisario Llaytuqueo, lo que evidencia que la misma se valió de "frutos venenosos". La mera supresión mental hipotética de aquellos vicios efectuada por el Jurado de Enjuiciamiento, no purga, según su visión, los vicios de la acusación ni convalidan una decisión, pues el art. 95 del C.P.P.N. impide valerse de este tipo de actos para adoptar una decisión.

b) respecto de la segunda cuestión, postula la nulidad de la acusación:

b1.- porque se basó en hechos no incluidos en la decisión de admisión del jurado contraviniendo la legislación (art. 19 de la Ley 1565 -texto según Ley 2698-), que establece que el Fiscal no puede incluir en la acusación hechos distintos a los considerados para la apertura del procedimiento. La cuestión fue planteada oportunamente, al contestar la acusación escrita, por violación al principio de congruencia, donde se sostuvo que "El Dr. Gerez en su escrito alude a todos los hechos previo al siniestro vial y sobre ellos determina, según su parecer, ciertas 'inconductas' que son objeto de reproche. Así destaca que el recurrente consumió bebidas alcohólicas durante el almuerzo a sabiendas de la prohibición de beber alcohol en la Ciudad de Neuquén al conducir; que manipuló su teléfono celular durante la conducción, y pese a que antes había dudado, ello se produjo en los momentos previos al siniestro vial. Menciona intentos deliberados que habrían existido por encubrir el siniestro. Ninguno de estos hechos están incluidos entre los que debía formular la acusación el Fiscal General. (fs. 288)" (fs. 20 vta.).

Destaca que pese a plantearse antes, el Jurado dio un tratamiento deficitario en ocasión anterior pues no aludió a la violación del art. 19 sino que se refirió solo a la congruencia como principio de correlación entre acusación y defensa, mientras que su parte planteaba que el Sr. Fiscal General excedía su competencia pues daba a la acusación hechos distintos a aquellos a los cuales debía atarse. Luego el propio Jurado reconoció que esos hechos eran excesivos pero circunstanciales refiriendo que ellos amplían indebidamente el campo fáctico de la imputación, en tanto ello no estuvo contemplado por la Comisión Especial ni por ese Jurado de Enjuiciamiento (fs. 546). Pero esos hechos no son circunstanciales, pues gran parte de la argumentación de la acusación se basa en esos hechos que ampliaron indebidamente el marco fáctico.

b2.- porque adoptó medidas probatorias sin control de la defensa y presentó una pericia que se realizó con posterioridad a la acusación y modificó su contenido para la audiencia general: sostiene que el Fiscal había comenzado una investigación sin notificación a la defensa, tal como quedó demostrado con el testimonio del Subcomisario Andrés Borra, se llevaron a cabo actos irreproducibles sin participación de la defensa, pese a que está expresamente prevista esa participación. Durante el testimonio de este efectivo policial se exhibió un video sobre el lugar del accidente y se mostró una posible trayectoria que habría llevado a cabo, sin que en ninguno de esos actos participe la defensa. La pericia accidentológica fue presentada el día 21/11/2017, días después que se presentó la acusación de fecha 17/11/2017 (cargo de fs. 251). La sentencia utilizó esa pericia, pues a fs. 550 el Dr. Moya expresó que lo que logró detener la marcha del Dr. Muñoz fueron los problemas mecánicos de su automóvil. Si bien no se menciona la fuente de esa conclusión, es claro que esa información la obtuvieron del aporte documental y testimonial del Subcomisario Andrés Borra.

b3.- porque se valió de un procedimiento contravencional ilegítimo, pues el tipo contravencional que se le imputa es una falta que se comete al instante y con el solo hecho de negarse al test de alcoholemia, y esa negativa se habría verificado en la ciudad de Plottier, es decir el magistrado contravencional carecía de jurisdicción. A ello, se suma el secuestro ilegítimo del vehículo, realizado por el Oficial Zenteno, con la participación de un testigo que no fue debidamente identificado, y con datos falsos, que la sentencia menciona a fs. 547vta./548.

b4.- porque se valió de pruebas documentales ofrecidas de manera contraria a la legislación especial, ya que el Dr. Gerez ofreció la prueba documental a fs. 266vta/267, limitándose a señalarla, sin acompañarla ni individualizar el lugar en que la misma se hallaba, sin cumplir con lo dispuesto por el art. 19 de la Ley 1565. En la Audiencia General el Ministerio Fiscal, se valió de esa prueba documental que no había ofrecido en forma correcta pues en ocasión de recibir el testimonio del Subcomisario Llaytuqueo se utilizó esa documentación (cfr. pág. 13 de la versión taquigráfica del juicio, audiencia del día 30/01/17) y si bien el acuerdo cuestionado no menciona en ninguna parte al testigo Llaytuqueo, la decisión se vale de ese contenido cuando evalúa la existencia o no de un ataque isquémico transitorio, al decir el Dr. Moya a fs. 549, que manejó la agenda de su teléfono, llamó a la grúa, buscó

y se comunicó con otras personas.

b5.- porque obtuvo evidencias de manera ilegítima y sobre la base de ellas produjo prueba durante la Audiencia General. La obtención y utilización de "sábanas" de llamadas telefónicas en contravención a normas expresamente reguladas en el digesto adjetivo y en leyes especiales (arts. 150 del C.P.P.N., art. 6 Ley 25520). En tal sentido, no existió orden judicial ni del propio Fiscal, que fundamente y justifique las razones por las cuales en este caso era necesaria la obtención de esa prueba. Esto contraviene las disposiciones relativas a la fundamentación de las decisiones del Ministerio Fiscal prevista en el art. 69 del CPP.

3) Nulidad del Acuerdo N° 282- J.E., por fundamentación aparente al haber valorado de manera absurda la prueba como supuesto de caso federal (art. 18 C.N.): en este punto, sostiene: a) que omite referirse a la duda razonable que debe regir en los proceso de jurado de enjuiciamiento como en el caso, cuestión planteada durante la Audiencia General; b) valora arbitrariamente la prueba pues secciona los testimonios del personal de la Dirección de Tránsito de la Policía de la Provincia de Neuquén, dejando de lado su animadversión hacia el enjuiciado; c) confunde el diagnóstico médico valorando de manera incorrecta los testimonios de los diferentes galenos que declararon; y d) da por ciertas conductas no probadas.

Respecto de la cuestión referida en el inciso a), sostiene que luce ausente en el Acuerdo 282-JE la discusión sobre la aplicabilidad o no de la garantía del in dubio pro reo en procesos de destitución de Magistrados, entendiendo que tal proceder no fue correcto, ya que el órgano debió preguntarse qué sucedía si se demostraba de manera probable que hubiera existido un episodio de accidente isquémico transitorio. Y que ello tenía relevancia, según su opinión, en virtud de que el Dr. Muñoz era juzgado por un hecho puntual, lo que no era un dato menor pues en la generalidad de los casos en los cuales se ventila un jurado de enjuiciamiento se trata de varios hechos que se discuten.

La crítica efectuada en el apartado b), se efectúa particularmente en relación a los testimonios de los efectivos policiales Ávila, Asselborn y Zenteno, quienes se desempeñaban en la Dirección Tránsito e intervinieron luego del siniestro, habiéndose efectuado a su respecto un recorte arbitrario de sus testimonios, ya que no solo omitió considerar ciertos aspectos de sus dichos, sino que se le dio poco valor a otros aspectos sumamente graves de los mismos: en el caso de Ávila, haber omitido dejar asentado alguna constancia de los puntos de alcohol que dijo haber apreciado en el apelante, o en su caso, haber dispuesto su traslado para realizar un examen médico, a lo que se suma el hecho de no haber aportado las filmaciones que realizó en el lugar del hecho; respecto de Asselborn, fue aún más evidente, puesto que en todo momento afirmó haber sentido un fuerte aliento etílico pero, al igual que Ávila y Zenteno, tampoco lo dejó asentado en ningún documento. También se segmenta el testimonio de Zenteno, pues sólo recoge "…una ínfima parte perjudicial para mis intereses…" (fs. 28/vta).

En c) el cuestionamiento se vincula con la confusión en el diagnóstico médico, valorando de manera incorrecta los testimonios de los diferentes galenos que depusieron en la audiencia. En este sentido, sostiene que se valoró parcialmente el testimonio del Dr. Gordillo para afirmar que no conocía casos similares, cuando en realidad éste dijo que estaba descripta en la bibliografía que él mismo citaba. Por otro lado, critica que se hayan valorado los testimonios de Zimerman y Vicente, cuando ninguno de los dos siquiera entrevistó al enjuiciado, a lo que se suma que no tenían experiencia en pericias médicas y la única información que recibieron fue la aportada por el Sr. Fiscal General.

Finalmente, critica la valoración de la prueba, al dar por ciertas, en forma arbitraria, conductas no probadas (d). Explica que a fs. 549 se dan una serie de conductas que serían significativas a la hora de determinar la existencia de un episodio de isquemia transitoria, pese a que también se reconoció otras que no coinciden con esa explicación. Al respecto, el Dr. Moya expresó que "…contrasta con ciertas acciones realizadas por el Dr. Muñoz inmediatamente después del accidente: manejó la agenda de su teléfono, llamó a la grúa, buscó y se comunicó con otras personas, ató sus zapatos, interactuó con los policías que se hicieron presentes en el lugar, dialogó con ellos, aportó sus datos personales y hasta les aclaró que se encontraba bien de salud" (fs. 549). Y ello, según su visión, no coincide con los datos que brindaron los primeros testigos que llegaron al lugar del hecho, como el propio Solorza lo señaló al decir que lo vio desorientado al Dr. Muñoz. Tampoco se valoró lo que dijo el Dr. Cabral respecto de esta desorientación. Por ello sostiene que se ha efectuado una valoración arbitraria.

A modo de corolario del tercer agravio, refiere que este caso escapa a la lógica habitual de este tipo de procesos constitucionales donde, por lo general, se discuten varios hechos y no hay controversia sobre su ocurrencia y circunstancias, sino que, por el contrario, aquí sí fue controversial y sólo en relación a un hecho. La valoración de la prueba fue deficitaria pues se seleccionó el material probatorio que benefició a la acusación fiscal, omitiendo considerar aquellas constancias que contradecían la 'confusa' teoría del caso que la fiscalía utilizó, ya que, por un lado trataba de demostrar la existencia de una intoxicación alcohólica, y por el otro, la lucidez que descartaba el episodio médico.

4) Falta de fundamentación sobre la determinación de la conducta como constitutiva de mal desempeño como supuesto de caso federal (art. 18 C.N.): considera, subsidiariamente, que el Acuerdo 282-JE es nulo parcialmente por haber fundado, de manera

aparente, la causal por la cual fue destituido el Dr. Muñoz. Considera que existe una omisión absoluta en la determinación del "mal desempeño" en este caso, limitándose el Jurado a afirmar que lo acreditado, pese a sus críticas, constituyó un comportamiento inapropiado por su investidura y una cita genérica a fs. 551, respecto a un fallo de la C.S.J.N., en el caso "Boggiano" (Fallos 329:3235).

Refiere que en la fundamentación se explicó que la conducta era un comportamiento inapropiado para su investidura y opuesto a lo que la comunidad tenía derecho a esperar, sin explicar cuáles eran las fuentes sobre las cuales surgía esa afirmación. No se menciona si existen fuentes legales del mal desempeño o tampoco en base a qué consideraciones puede señalarse cuál era la conducta esperable y la forma en que podría conocer cualquier magistrado cuáles son las conductas que socialmente se esperan de él. Ni siquiera el Jurado de Enjuiciamiento tomó la serie de normas que el Fiscal General "desperdigó" en su alegato.

A ello se suma que se dio por acreditada la negativa al control de alcoholemia, mencionándose que para el Jurado ello era insuficiente para generar la apertura del procedimiento constitucional. Que con tal mención, más aún se agudizaba el deber de fundamentación, pues el propio Jurado aclaró que uno de los hechos que dio por acreditado era insuficiente, siquiera para la apertura, con lo cual cabe deducir que no puede tratarse ese de un comportamiento esperado por la sociedad. Por ello corresponde se nulifique el acuerdo por no constituir una sentencia que haya respetado el debido proceso dado la falta de fundamentación de la causal por la cual se consideraron probados los cargos.

5) Falta de fundamentación en la determinación de la sanción aplicable como supuesto de caso federal (art. 18 C.N.): en este último motivo, subsidiario al anterior, plantea la nulidad de la aplicación de la sanción destitutoria, por carecer de fundamentación adecuada, ya que el Jurado de Enjuiciamiento omitió analizar cuáles eran las constancias que existían para mensurar la sanción aplicable.

Sostiene que tal como quedó demostrado a través del testimonio del Dr. Inaudi, que –antes de la reforma introducida por la ley 2698, no había término medio en la decisión final del jury, puesto que sólo se podía "remover" o "absolver" al enjuiciado. Y que por ello se decidió incorporar el mecanismo de la suspensión.

Aclaró también el testigo que la ley no brindaba ningún tipo de instrumento para determinar el tipo de sanción aplicable.

Que a raíz de este testimonio era claro que debía fundamentarse por qué se optaba entre las sanciones posibles, y tal faena no fue cumplida, pues el Jurado de Enjuiciamiento omitió analizar cuáles eran las constancias de que existían para mensurar la sanción aplicable. El propio Acuerdo sostuvo que la negativa al control de alcoholemia no era un hecho que alcanzare siquiera para la apertura de la instancia, debiendo sumarse a ello, en opinión de la defensa el accidente que pudo haberse causado, pues el propio voto del Dr. Moya reconoce que no pasó a mayores. Entonces, estima que este Tribunal Superior debe analizar qué valor tienen estos dos hechos, dado que no se consideró ningún otro más para aplicar la sanción máxima, dado que se denegó la propuesta de la parte de tener como pauta valorativa de mensura de la sanción su desempeño en la judicatura. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Efectúa reserva del caso federal.

IV.- En fecha 8 de mayo del corriente año se llevó a cabo la audiencia para ampliación y refutación de argumentos. A la misma asistieron el Dr. Muñoz y sus abogados patrocinantes, Dres. Juan Manuel Coto y Joaquín Imaz, así como el señor Fiscal General, Dr. José Ignacio Gerez.

En primer término hizo uso de la palabra el Dr. Coto, quien desarrolló sus agravios de un modo plenamente coincidente con la presentación escrita.

A continuación tomó la palabra el señor Fiscal General Dr. Gerez y refutó las alegaciones de la parte recurrente, expresando que se reeditan en esta instancia, los planteos que ya se efectuaron con anterioridad y que son nulidades resueltas y rechazadas en los Acuerdos 279 y 282. Que de la lectura del recurso escrito se advierten algunas falencias que justifican su rechazo, puesto que no se cumple con el requisito de autosuficiencia, expone de manera parcial y sesgada los argumentos que tuvo en cuenta el Jurado de Enjuiciamiento al momento de rechazar las nulidades propuestas por la misma, y no expone los argumentos de la Fiscalía General, teniendo en este sistema la carga de hacerlo.

Afirma que además el recurso es inadmisible y si bien la defensa lo trata como un recurso de carácter extraordinario, el art. 34 de la ley es bien claro y establece que contra el fallo, "solo" es admisible la casación y por vicios graves en el procedimiento. El recurso que establece la ley es autónomo y esa autonomía viene dada por la causal única que establece la ley para recurrir la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento por vicios graves. Que la reforma de la ley 1565 por ley 2698, si bien incorpora el recurso de casación, lo hace como única vía recursiva del fallo. La aplicación supletoria del C.P.P.N. dispuesto por el art. 46 de la ley, solo se aplica para la tramitación del recurso, más no para el recurso mismo. No se le pueden agregar causales a la procedencia y la causal es: "solo por vicios graves en el procedimiento". La materia de este recurso, son los vicios graves que se producen durante el juicio político,

quedan afuera aquellos vicios ajenos o previos, por eso queda fuera la supuesta ilegitimidad del proceso contravencional.

En este caso, la defensa dijo que son solo dos vicios del procedimiento denunciados (recusación de Todero y la acusación defectuosa) y los otros tres van contra la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento, y eso es verdad; con lo cual esos tres son irrevisables, aunque el defensor pretenda una doble instancia revisora. Cita fallos de la C.S.J.N. que confirman que no se admite la revisión judicial de los procesos políticos. Concretamente, la causal de mal desempeño y la decisión destitutoria no constituyen causal de revisión o materia de pronunciamiento y son irrevisable por este Tribunal; con lo cual los tres agravios que la misma defensa le achaca al acuerdo cuestionado no son revisables en esta instancia.

Considera que la defensa plantea la nulidad por la nulidad misma en los dos casos, y en nuestro proceso los planteos deben demostrar qué efectos producen o cómo afectan a la garantía, pero la defensa no lo hace. En este caso se le atribuye a Muñoz haber chocado, haber abandonado a las víctimas y haberse negado a realizar la alcoholemia. Eso se juzga en única instancia, conforme está legislado en nuestra Constitución Provincial, le corresponde al Jurado de Enjuiciamiento decidir y no puede ser revisado tal como lo dice hace cincuenta años la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Expuso fundamentos para sostener que no se produjeron los vicios de procedimiento que alega la defensa y concluyó que el Jurado de Enjuiciamiento decidió destituir a Muñoz con la prueba producida en la Audiencia General, donde la defensa contestó la acusación, ofreció prueba, produjo prueba y hubo un contradictorio donde ambas partes interrogaron y contrainterrogaron a los testigos. No cabe duda que se trató de un juicio justo y respetuoso de las garantías constitucionales y no existieron vicios graves en el procedimiento que afectaran el debido proceso ni el derecho de defensa en los términos que lo requiere la Corte.

Sostiene que el temor de parcialidad que alegan no estaba acreditado. Cita el caso “Badano”, para rechazar el agravio sobre la violación de la garantía.

Afirma que la acusación fue lo suficientemente clara para que Muñoz conozca los hechos reprochados y cómo se consideran esos hechos por la Fiscalía como constitutivos de mal desempeño. Frente a la acusación fue posible que el acusado y su defensa la contestaran y ofrecieran prueba; y sirvió para satisfacer la secuencia del juicio, esto es: acusación, defensa, prueba y sentencia. En cuanto a los hechos, la acusación respetó el marco fáctico, conforme a la propuesta de la Comisión Especial en el Acta 59. Esa acusación de alguna manera fortalece ese cuadro fáctico propuesto. La fiscalía hace una investigación que tiende a desacreditar la base de la defensa técnica del Dr. Muñoz que alegaba que había sufrido un ataque isquémico transitorio. Niega que la investigación comenzara antes de la admisibilidad por la Comisión Especial.

La misma comenzó con el decreto del 18 de octubre de 2016, mediante el cual se inicia una investigación preliminar y se disponen medidas urgentes con el fin de que no desaparezcan los objetos del juicio en particular.

Sobre el hecho de la negativa del Juez Muñoz a hacer el test de alcoholemia en la ciudad de Neuquén o en Plottier y sobre el acta de secuestro del vehículo, hay que tener en cuenta que ni él ni su defensa pusieron en duda que ocurrió el accidente y los daños del vehículo. Muñoz dijo choqué y no me di cuenta. Hay video-filmaciones de los daños que sufrió el vehículo, por lo cual el acta de procedimiento no nulifica el proceso del juicio político. Además, hay un acta que obra a fs. 201 que está firmada por el propio Muñoz, donde él se niega a hacer el test de alcoholemia, tiene su firma y que acredita que estaba consciente al momento de firmar. También hay tres testigos de actuación que escucharon a viva voz decir que se negaba hacer el test de alcoholemia, y eso es lo que se le reprocha, como funcionario público negarse a hacer el test de alcoholemia.

En cuanto al secuestro del automotor, este Tribunal Superior no es competente para declarar la nulidad del acta, así como tampoco lo era el Jurado de Enjuiciamiento y esa acta es un acto administrativo que está vigente porque está confirmado por el Intendente Municipal. En última instancia le quedaría realizar una acción procesal administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia impugnando la decisión del Intendente, para que diga que es nula.

En relación al registro de llamadas entrantes y salientes, eso no es lo mismo que una interceptación telefónica, con lo cual no necesitaba una orden del juez; no estaba escuchando las comunicaciones porque no le interesaba eso, le interesaba saber con quién se comunicó en ese momento, para revertir y desacreditar el principal argumento de Muñoz que estaba amnésico e isquémico.

Por eso necesitaba el registro de llamadas, como la amnesia no puede ser comprobada en el momento, como no puedo comprobar si estaba amnésico o no, tenía que saber qué actividades desarrolló antes y después del impacto. Se trató de un registro de llamadas y su investigación estaba respaldada por la Ley 19798. Además, en el Acta 59, la Comisión Especial resolvió que se investigue si Muñoz llamó a la Grúa y si se entrevistó con los periodistas, por lo cual ¿de qué otra manera habría podido investigar esas circunstancias, sino lo hacía de ese modo? La manipulación del teléfono por parte de Muñoz se acredita con los dichos de los testigos, por eso no se aplica la teoría del árbol envenenado.

Básicamente, el fallo está debidamente fundado, razonado, fuera del alcance de revisión todo lo que es la subsunción, la

calificación y el mal desempeño. Cita el caso “Echazú” de la C.S.J.N., que si se le cambia el nombre y apellido es igual a este caso, que se encuadró en el mal desempeño.

Sobre la proporcionalidad de la sanción de destitución, precisa que el Juez Muñoz perdió la credibilidad social. Sostiene que los jueces tienen que ser sujetos hábiles moralmente y a ellos la sociedad les exige un estándar de conducta superior que al del hombre común. Se pregunta ¿cuál es la autoridad moral que tiene Muñoz para juzgar a sus pares cuando él mismo ni siquiera auxilió a las personas que chocó, ni luego le interesó su estado de salud?. El juez Muñoz perdió la autoridad moral para juzgar, por eso no le cabía la suspensión. Considera que el enjuiciado tuvo un juicio justo y un debido proceso revestido de todas las garantías constitucionales y obtuvo una sentencia razonablemente fundada; no existieron vicios graves en el procedimiento de la manera pretendida por la Corte, por lo cual corresponde el rechazo del recurso.

Finalizada la exposición de la Fiscalía, tomó la palabra el Dr. Coto y expresó que el Dr. Muñoz deseaba hacer uso de la palabra, por lo que, cedida que le fue la misma, expresó que ante la Comisión Especial no se le permitió hablar; que en ningún momento se fundamenta por qué es mal desempeño, no dice nada. Que la sanción tiene como fundamento un solo renglón y no se tiene en cuenta que era un buen Juez; como Juez de Instrucción era el que elevaba más causas a juicio y como Juez de Garantías el que más audiencias hacía. Además declararon varias personas: empleados judiciales, funcionarios policiales y abogados de la matrícula que declararon en su favor, todos dijeron que tuvo un buen desempeño y ninguna de esas cosas fueron valoradas. Pide que sean justos, que se pondere la prueba y revisen si realmente hubo mal desempeño y correspondía la sanción.

V.- Culminada la audiencia el Tribunal pasó a deliberar en sesión secreta con la presencia del señor Subsecretario, 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, Dra. María Belén De Los Santos, Dr. Daniel Gustavo Varessio, Dr. Dante Alberto Huarte y Dr. Carlos Alberto Miguel.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?, 3°) En su caso, ¿qué solución corresponde adoptar?; y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo:

El escrito recursivo se encuentra presentado en término, ante el órgano que dictó la sentencia recurrida (cfr. cargo impuesto a fs. 34) y por quien se encuentra legitimado para ello.

Si bien ha existido controversia entre las partes en torno a si el Control Extraordinario regulado en el novel Código Procesal Penal (Ley 2784) es asimilable a la casación que habilita la Ley de Enjuiciamiento provincial (cfr. art. 34 L. 1565 y mod. 2698), considero –en consonancia con una interpretación armónica de esta última normativa- que más allá de que ese término (casación) no se haya adaptado a las terminologías atinentes a los recursos procesales vigentes, es el Control Extraordinario ante el Tribunal Superior de Justicia el medio idóneo para examinar la pieza sentencial de destitución venida en recurso, claro está con el limitado margen previsto en la Ley.

Tal conceptuación ha sido implícitamente prohijada en el decreto de ordenación dispuesto a fs. 35 (que integró el Pleno del Cuerpo para tal menester) y la consignada a fs. 89, mediante la cual se señaló audiencia para su tratamiento.

No obstante la idoneidad de este medio recursivo, debe recordarse que su procedencia se ciñe a “graves defectos de procedimiento…”. Y si bien el recurso se encamina en esa dirección, un análisis pormenorizado de las censuras propuestas, a la luz de los fundamentos que informa la decisión apelada, se concluye que la tacha alegada por la parte no se verifica. Veamos.

El remedio extraordinario deducido por el Dr. Muñoz, ha sido encausado bajo el carril previsto en el inciso 2 del artículo 248 del C.P.P.N., que tiene por objeto someter a la instancia local aspectos vinculados a cuestiones federales que luego podrían articularse ante el Máximo Tribunal Nacional por vía del Recurso Extraordinario Federal; asegurándose con ello no sólo el planteo tempestivo de los agravios de pretensa naturaleza federal sino también la indelegable intervención del tribunal superior de la causa, exigencias que no sólo derivan de la propia ley, sino también de copiosa jurisprudencia de la CSJN (cfr. IMAZ, Esteban – REY, Ricardo, “El recurso extraordinario”, 2da. edición, Ed. Nerva, Bs As, págs.. 219 y 223 y ss).

Sabido es que el recurso extraordinario referenciado en la norma bajo análisis, por su fin y naturaleza, es excepcional y de aplicación restrictiva, por la gravedad de la función que, por esa vía, pudiera cumplir luego la Corte en cualquiera de los tres supuestos establecidos en la ley 48.

Por otro lado, resulta imperioso tener presente que, conforme doctrina de Fallos 308:961, las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera local, cuyos trámites se efectúan ante órganos ajenos a este Poder Judicial, constituyen un ámbito en el que sólo es posible la intervención judicial en la medida que se aduzca y demuestre inequívocamente por el interesado la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 de la Constitución

Nacional.

Bajo tales parámetros habrán de analizarse los agravios expuestos por la parte, para determinar –como se adelantó- que el recurrente no ha logrado acreditar, en forma nítida, inequívoca y concluyente, la violación a las garantías constitucionales alegadas.

1.- El Dr. Marcelo Germán Rubén Muñoz fue sometido al proceso constitucional regulado por el Capítulo I del Título VII de la Constitución Provincial, por los siguientes hechos (conforme Acuerdo 276-JE): "Que el Dr. Marcelo Muñoz, conducía el vehículo VW Bora, Patente ODR 644, el día 24 de septiembre del año 2016, e impactó a un Renault Sandero en su parte trasera, siendo aproximadamente las 18.30 horas. Que producto del impacto, el rodado cayó dentro del desagüe, con dos personas en su interior. Que Marcelo Germán Muñoz continuó conduciendo su vehículo y no se detuvo. Que el vehículo en cuestión (…) tenía los airbags activados y la parte delantera muy deteriorada por el impacto, y a pesar de ello condujo aproximadamente 2 km. Que detuvo su marcha en calle Avda. del Trabajo y Río Colorado, estacionando el rodado en un lugar en el que obstruía la circulación, lo que generó la concurrencia de la policía por encontrarse mal estacionado. Que cuando llegó la policía, y le preguntó sobre su estado y qué había pasado, dijo 'que estaba bien', que no era necesario llamar a la ambulancia y que se había llamado a la grúa'. Expresó 'que había chocado un árbol a la vuelta'. Que tal aseveración no era cierta.

Que cuando llegó el personal de la División Tránsito, se negó a realizar el control de alcoholemia (…) Que no prestó asistencia a las víctimas del impacto ni al momento de ocurrido el accidente ni luego" (el resaltado me pertenece).

2.- Culminada la Audiencia General, desarrollada los días 26, 27, 30 y 31 de enero, y 1 y 3 de febrero del corriente año, el Jurado de Enjuiciamiento dictó el Acuerdo nro. 282-J.E., fechado el 10/02/2017, mediante el cual se dispuso la remoción del Dr. Muñoz por haberse constatado los cargos de negarse al control de alcoholemia, y el alejamiento del lugar sin auxiliar a las víctimas (cfr. punto 2, Acuerdo 282-JE).

Para así resolver, el voto que inaugura el fallo –al que luego adhieren por unanimidad el resto de los miembros del Jurado- comenzó aclarando que las nulidades articuladas por la Defensa, vinculadas con la 'ilegitimidad' del procedimiento contravencional así como la 'ilegalidad' de la pericia accidentológica, habían sido ya resueltas "…por [ese] Jurado en un sentido contrario a su interés (cfr. Acuerdo n° 278, fs. 316/329 vta)…" –el primer planteo- y declarado abstracto –el segundo- puesto que la pericia, no fue "…tenida en cuenta como prueba de cargo contra el enjuiciado…". Por otro lado también se dejó constancia que "…ciertas cuestiones adicionales…", como por ejemplo la alegación Fiscal de la "conducción imprudente", "temeraria", "en exceso de velocidad", "bajo los efectos del alcohol" o "manipulando un teléfono celular", no fueron tenidas en cuenta a los fines de la resolución del caso y fueron excluidas, por ser circunstancias que ampliaban indebidamente el campo fáctico de la imputación, en tanto ello no estuvo contemplado por la Comisión Especial ni por el Jurado de Enjuiciamiento, sin perjuicio de constituir "…una referencia contextual de la conducta analizada" (cfr. fs. 13 del Acuerdo citado).

A continuación, se deja claramente establecido que "…el reproche al magistrado Muñoz no trasunta por presuntas deficiencias o contravenciones durante la conducción de su rodado particular. Lo que se le imputa son diversas conductas posteriores al siniestro vial, centradas fundamentalmente en que '…se negó a realizar el control de alcoholemia…' y en que '…no prestó asistencia a las víctimas del impacto ni al momento de ocurrido el accidente ni a continuación…" (cfr. Acta n° 59 de la Comisión Especial, fs. 163 y vta., y Acuerdo n° 276-JE, fs. 204 vta./5)" (lo resaltado en negrita figura de ese modo en el original).

Vale decir que el análisis de la cuestión, a fin de corroborar si aquéllas conductas encuadraban o no en la causal de mal desempeño, se ciñó exclusivamente a esos dos puntos: 1) negativa a realizar el control de alcoholemia, y 2) falta de asistencia a las víctimas –durante y después del accidente-.

Respecto de la primera, el voto ponente explicó que resultaba un dato incontrovertido que el Dr. Muñoz no prestó consentimiento a la realización del control de alcoholemia, y que la divergencia entre Fiscalía y Defensa giraba en torno a determinar si el acto había sido efectuado en forma consciente o no, puesto que el Ministerio Público sostenía que fue deliberada su negativa, mientras que el enjuiciado, si bien reconoció haber suscripto el acta respectiva, afirmó no recordar los pormenores que rodearon tal acto puesto que se encontraba afectado por un estado limitativo de sus facultades mnemónicas derivadas de un accidente isquémico transitorio (en adelante, AIT). El Jurado de Enjuiciamiento se inclinó por la primera posibilidad, y fundó tal postura en base a lo declarado por los diferentes efectivos policiales que intervinieron en el suceso, como ser el Crio. Inspector Ávila, quien declaró haber recibido un llamado del Crio. Asselborn, dando cuenta de un siniestro vial respecto del cual la persona protagonista se estaba negando al test de alcoholemia, información que luego fue corroborada por el Oficial Zenteno –que acudió al lugar-, ante lo cual se dio la directiva de actuar conforme el procedimiento establecido para estos casos. Aduna a ello la nueva negativa al examen, efectuada por el Dr. Muñoz en el despacho del Crio. Inspector Ávila, ante su requerimiento.

Para tener por desacreditada la alegación de la defensa en cuanto a que el Dr. Muñoz no recordaba los pormenores de dichas

circunstancias, por haber sufrido en aquél momento un estado de AIT, el voto que se viene analizando sostuvo que "…el magistrado admitió como suya la rúbrica del acta contravencional (…) aunque dijo no memorar que se le hubiera pedido ese test [alcoholemia] lo que supone –de acuerdo a su descargo- una laguna mnemónica puntual en este tópico.

En abono de esta hipótesis se presentó el (…) certificado médico suscripto por el Dr. Miguel Javier Ayup (…) Sin embargo, el neurólogo Carlos Gordillo (…) aclaró en la Audiencia General (…) que la asociación de la pérdida de memoria con la isquemia transitoria 'es muy poco frecuente' (…) Incluso expresó que una persona con la dolencia descripta sólo podría realizar movimientos que impliquen cierto automatismo. Tuvo ante sí el certificado del Dr. Ayup y reconoció (…) que el mismo no era claro (…). Expresó además que no podría por sí solo suministrar el horario del accidente, ni el lugar específico y que, inclusive, aún a poco de recuperarse de ese síndrome no podría llamar al seguro ni solicitar la grúa…" lo que "…contrasta con ciertas acciones realizadas por el Dr. Muñoz inmediatamente después del accidente: manejó la agenda de su teléfono, llamó a la grúa, buscó y se comunicó con otras personas, ató sus zapatos, interactuó con los policías que se hicieron presentes en el lugar, dialogó con ellos, aportó sus datos personales y hasta les aclaró que se encontraba bien de salud (…) lo que no se corresponde con la sintomatología que describieron los galenos". Destaca asimismo que "…su firma se encuentra prolijamente inserta en el sector pertinente, infiriéndose cierta operación intelectual no sólo para leer y firmar dicho documento, sino para hacerlo en un campo concreto del papel como consta en las actuaciones, lo que claramente es incompatible con un estado de automatismo inherente a un padecimiento como el aducido". Concluye, entonces, que "…el síndrome asociado a la alegada isquemia transitoria y que se asienta en el certificado expedido por el Dr. Ayup como 'amnesia global' no resulta compatible con las actividades motrices e intelectuales verificadas a lo largo de este juicio…", teniendo por acreditado así que la negativa a la realización del control de alcoholemia obedeció a un acto "…provisto de discernimiento, sin que sufriera algún tipo de afectación en su voluntad como consecuencia de la causal médica que alega".

Con relación al alejamiento del lugar sin auxiliar a las víctimas, se sostuvo que: "…se [encuentra] probado que el Dr. Muñoz continuó su marcha luego del accidente, sin dar auxilio a los potenciales ocupantes del automóvil afectado en la colisión que él mismo produjo. Las explicaciones que (…) brindó el Dr. Muñoz frente a este dato objetivo han sido dos: a)(…) el accidente isquémico y el consecuente estado de obnubilación o de confusión, y b) que (…) sí se preocupó por el estado de salud de W. Córdoba y P. Sette, primero a través del Dr. Cabral apenas éste se apersonó donde estaba el magistrado aquí denunciado (…) también intentó ofrecerles disculpas por interpósita persona (…) mediante llamados telefónicos y una carta que no retiró. Al respecto debo señalar que los argumentos relacionados con el AIT deben ser descartados por lo ya expresado (…) y en lo concerniente a la asistencia que alega haber brindado a las víctimas, tampoco encuentro acreditado que ello haya sido así, en tanto no se comprobó que concomitantemente al accidente existiera una preocupación sincera por las mismas, sino que (…) su conducta tuvo claramente otros propósitos". Afirma que "…ha quedado debidamente probada, tanto en forma objetiva como subjetiva la omisión por parte del Dr. Muñoz, de detenerse a prestar auxilio luego de producido el impacto, comportamiento que es reprochable a cualquier ciudadano y más aún respecto de un magistrado…", aclarando que si bien la negativa a prestarse al test de alcoholemia, en abstracto, era inviable para generar la apertura de un procedimiento constitucional, en este caso en particular "…[ese] hecho necesariamente se concatena con un siniestro vial que [el Dr. Muñoz] provocó, generando no sólo los daños y eventuales lesiones, sino también el desvío de la trayectoria del auto embestido, su despiste y posterior caída a un desagüe (…) En este contexto, era claramente perceptible para el magistrado Muñoz que en aquel automóvil se trasladara, al menos, un ocupante (…) Podía inferir también que frente a una situación crítica de esas características, su rápida ayuda podía implicar una diferencia entre la vida y la muerte para los potenciales afectados (…) [sin embargo] ninguna de estas situaciones se verificó en un plano fáctico o real, pero era una probabilidad que necesariamente debió representarse el Dr. Muñoz cuando decidió alejarse del lugar sin siquiera averiguar la envergadura del daño que había causado (…) [y tras la detención de su rodado por] los problemas mecánicos (…) tuvo una nueva chance de auxiliar rápidamente a las posibles víctimas (…) En su lugar dijo que colisionó contra un árbol a la vuelta, que estaba bien, que no necesitaba nada, etc. No mejora su situación pretender averiguar por interpósitas personas (…) el estado de la pareja (…) o intentar eventuales pedidos de disculpa, ya que eso no estuvo orientado a los elementales deberes de auxilio que hubieren correspondido, sino más bien a intentar establecer con precisión la extensión del daño que ya había causado para ejercitar su defensa…" (fs. 551, primer párrafo).

3.- De lo transcripto surge, por un lado, que el Jurado de Enjuiciamiento se encargó pormenorizadamente de fundar la conclusión destitutoria a la que por unanimidad se arribó, tras ponderar y analizar en forma global la prueba producida en la Audiencia General; por lo que estimo que la afectación a garantías constitucionales alegada por el recurrente, lo ha sido al sólo efecto de intentar sortear la falta de cuestión federal en el caso, puesto que las críticas resultan ser reiteraciones de las quejas que la parte oportunamente introdujo y que pormenorizadamente tanto la Comisión Especial como el propio Jurado de Enjuiciamiento se

encargaron de responder acabadamente, por lo que concluyo bajo tales parámetros, que el planteo efectuado carece de todo desarrollo razonado con referencia a los términos del pronunciamiento. Ello así, pues el impugnante se limita a sostener dogmáticamente la violación a la garantía del juez imparcial y del debido proceso, sin contrarrestar los fundamentos vertidos en el Acuerdo 282-JE, limitándose solamente a discrepar con dichas conclusiones.

En efecto, una atenta lectura de todos los agravios expuestos permite observar que los mismos se vinculan con cuestiones de estricta naturaleza local, ajenas al caso federal, sin que se haya siquiera demostrado la alegada –y genérica- violación a garantías constitucionales, puesto que los agravios de la defensa aparecen como una reiteración de las objeciones oportunamente vertidas con relación a la valoración de los elementos de prueba en contra del Dr. Muñoz, y se traducen, reitero, en una mera expresión de discrepancia subjetiva con las conclusiones que han extraído los jueces a partir de la correlación de toda la prueba de cargo y descargo vertida en juicio.

La ausencia de cuestión federal no se suple con la alegación de la doctrina de la sentencia arbitraria, que, además de invocada, debe ser demostrada por la parte recurrente; y tal circunstancia luce ausente en autos. Veamos por qué.

A) En el primer agravio, se denuncia la violación a la garantía del juez imparcial respecto de la recusación oportunamente efectuada a uno de los miembros de la Comisión Especial, el Dr. Etelvino Todero. Se denuncia, además, que resultó arbitrario el modo en que se resolvió la cuestión, ya que la tacha de parcialidad se vinculó con diferentes publicaciones en redes sociales que daban cuenta del sentido de su votación, y que nada se dijo sobre el temor de parcialidad alegado, por lo que se configuraría, según su visión, un supuesto de incongruencia omisiva.

Para principiar el tratamiento de este agravio, debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha encargado de establecer, con total claridad, que en razón de la naturaleza propia del Juicio Político, los estándares de imparcialidad que rigen el mismo, no son los propios de un proceso jurisdiccional ordinario, sino que resultan más laxos (Fallos: 329:3235, del dictamen del Procurador Fiscal al que remite la Corte).

Además, en relación a tal naturaleza, el análisis de las recusaciones que se pudieren formular, debe ser extremadamente cuidadoso “a fin de evitar la desintegración del cuerpo y que por ese camino se frustre la finalidad de este procedimiento” (del dictamen del Procurador Fiscal, en Fallos: 329:3235). Ello es así, en razón de que bastaría la recusación indiscriminada de todos –o casi todos- los miembros del órgano legislativo, para tornar ilusorio el control entre poderes del Estado. Bajo este parámetro, el rechazo de la recusación por la causal de prejuzgamiento o temor de parcialidad, resulta correcta.

A ello se suma que el mencionado Acuerdo por el que se rechaza la recusación del Dr. Todero, no solo tuvo en cuenta la inexistencia de prejuzgamiento por parte del recusado, sino que además consideró expresamente que “…ni se encuentra fundado en debida forma, eventualmente, cuál sería el interés del Sr. Integrante de esta Comisión, en el presente procedimiento de orden político…”, y tampoco lo hace la parte recurrente en las siguientes instancias, con lo cual el planteo deviene infundado, incumpliendo de esta manera uno de los requisitos esenciales para la procedencia del remedio intentado.

Por otro lado, debe tenerse presente que, de conformidad con lo prescripto por el art. 18 de la Ley 1565 (texto según Ley 2698), la Comisión Especial tiene la función de examinar la denuncia y en su caso realizar una información sumaria destinada a reunir pruebas para rechazarla, o bien posibilitar la formalización de los cargos. Su función básicamente consiste en colectar información, y, llegado el caso, solicitar la apertura del procedimiento establecido en el art. 266 de la Constitución Provincial, describiendo los hechos que pudieran constituir mal desempeño o comisión de delito, expresando los fundamentos que respaldan los cargos. Se limita a solicitar la apertura del procedimiento, resultando ya función propia del Jurado de Enjuiciamiento la de disponer la apertura o no del Juicio Político; y habilitada esta última opción, juzgar el o los hechos fijados por la Comisión Especial (arts. 19 y ccdtes., norma supra citada). Es decir, que la Comisión Especial no juzga, sino que investiga y llegado el caso, solicita la apertura del procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento.

En tal contexto, no resulta posible alegar violación a la garantía del juez imparcial, puesto que tal Comisión no ejerce actividad juzgadora.

Pero además, obsérvese que a fs. 52/54 del Expte 40-JE, lucen agregadas copias –aportadas por la defensa- de capturas de pantallas obtenidas de diferentes redes sociales (en el caso, de la página de Facebook de ‘Canal Siete Neuquén Telefé’ y de la cuenta de Twitter del periodista Alejandro Polizzo). En la primera se puede observar que se menciona que el Dr. Etelvino Todero “…habría plasmado hoy su firma y de esta manera habilitar el Jury de enjuiciamiento al Dr. Marcelo Muñoz…”, mientras que en las otras dos, pertenecientes a la cuenta @alepolizzo se anuncia “Ya hay una firma que habilito el Jury…” (fs. 53) y “Etelvino Todero es el integrante (…) que habría firmado para iniciar el juicio” (fs. 54).

Del informe labrado por el Dr. Todero a fs. 147/8 (Expte. 40-JE), surge la negativa del adelantamiento de opinión, por lo que solicita el rechazo de la recusación planteada. Y es así finalmente resuelto en el Acta nro. 58 de la Comisión Especial (fs. 150/154), en

base a los fundamentos allí vertidos.

De tal modo, estimo que debe reafirmarse la rectitud jurídica de las resoluciones (Acta nro. 58 y Acuerdo 282-JE) en este punto, puesto que la parte no fundó en forma seria, categórica y precisa el agravio, y además se apartó de las constancias de la causa, ya que ninguna de aquéllas capturas de pantallas tienen, prima facie, directa y estricta relación con las que eventualmente podrían pertenecer al Dr. Etelvino Todero, sino que las mismas constituyen informaciones periodísticas, atribuidas en forma potencial al Dr. Todero. Ergo, la violación a garantías constitucionales luce ausente, y por ello el remedio deducido corresponde ser rechazado en este punto.

B.- Con respecto al segundo agravio, se denuncia que a partir de la intervención del Sr. Fiscal General se produjo la nulidad del procedimiento por haberse formulado una acusación violatoria del debido proceso, en base a dos ejes: 1) existencia de vicios en la determinación de los hechos, por haberse excedido el marco que fijó la Comisión Especial en el Acta nro. 59 (glosada a fs. 157/171 –Expte. n° 40-JE); y 2) acusación nula por basarse en: a) hechos no incluidos en la decisión de admisión del jury; b) medidas probatorias efectuadas sin control de la defensa; c) un procedimiento contravencional ilegítimo por haberse labrado el acta que documentaba la negativa al test de alcoholemia y el secuestro del automotor por un juez incompetente; d) prueba ofrecida de manera contraria a lo establecido por la ley, y e) obtención ilegítima de evidencia –sábanas de llamadas-. Sin embargo, obsérvese que el recurrente nuevamente se aparta de las constancias de la causa y no rebate los fundamentos dados en el Acuerdo 282-JE sobre el punto, sino que insiste en su visión.

En efecto, sobre los supuestos vicios en la determinación de los hechos, como me encargué de resaltar en el punto 1.- de estos considerandos, la acusación efectuada a Muñoz concretamente consistió en que conducía su vehículo -VW Bora- el día 24 de septiembre del año próximo pasado; impactó contra el vehículo conducido por Córdoba –Renault Sandero-; producto del impacto este último cayó al desagüe; no se detuvo; se negó al control de alcoholemia y no prestó asistencia a las víctimas.

Y si bien en la acusación Fiscal agregada a fs. 251/267 del Expte. 40-JE, se mencionan las “cuestiones adicionales” a la que hace referencia el voto del Dr. Moya, obsérvese que en el Acuerdo 282-JE se deja expresa constancia de que las mismas no iban a ser tenidas en cuenta a los fines de la resolución del caso, puesto que, conforme lo sostenía la defensa, ampliaban el campo de la imputación y no habían sido contempladas por la Comisión Especial.

De ello, se infiere que al no haber sido valorado ni tenido en cuenta de modo alguno, la falta de gravamen luce evidente, lo que deviene a mi entender, el planteamiento de una nulidad por la nulidad misma, como bien lo sostiene el Sr. Fiscal General en la audiencia de ampliación de fundamentos ante este Tribunal (cuyo acta obra a fs. 93/99, de este Legajo); cuestión vedada en nuestro ordenamiento procesal.

Con relación a las cuestiones planteadas en 2), y específicamente sobre la nulidad de la acusación por basarse en hechos no incluidos en la decisión de admisión del Jurado, contraviniendo legislación expresa, como ya se adelantó, tales circunstancias no fueron tenidos en cuenta por el Jurado de Enjuiciamiento, para fundar la destitución del Magistrado acusado, con lo cual corresponde remitirme a lo ya explicado precedentemente: no hay agravio, y sin agravio, es inexistente la lesión constitucional alegada y, consecuentemente no hay cuestión federal.

Respecto a la producción de prueba sin control de la defensa (b), es de destacar que en el sistema de litigación penal adversarial vigente –de aplicación supletoria en el caso- cada parte está facultada a colectar su propia evidencia en pos de acreditar su teoría del caso, no siendo necesario, en principio, el control o notificación a la contraria (salvo, claro está, cuando el acto sea irreproducible, esto es, que no puede repetirse en las mismas condiciones).

Así, conforme lo sostiene destacada doctrina en la materia, en “…el modelo adversarial, la investigación penal debe ser informal, rápida y preparatoria, en tanto esta característica es de la esencia misma por su exclusivo fin de averiguar si la hipótesis delictiva ha existido y quién fue su autor con alto grado de probabilidad (…) [y] sólo tiende a preparar el juicio…” (JAUCHEN, EDUARDO M. – “Proceso Penal – Sistema Acusatorio Adversarial”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1ra. Ed. revisada, Buenos Aires, 2015, pág. 180). El principio general cede ante aquéllos actos que, por sus características intrínsecas, sean irreproducibles, y que, por tal circunstancia, requieren determinadas formalidades para su registración, escapando así a la regla general que es la informalidad.

En el caso, la parte se queja de no haber sido notificada de un informe efectuado por personal de la Dirección Tránsito Neuquén, que incluyó una video-filmación que determinó la probable trayectoria efectuada por el Dr. Muñoz el día del evento. Tal acto nada tiene de irreproducible, puesto que, a fin de acreditar su propia teoría del caso, la Defensa pudo también haber efectuado su propia constatación con la finalidad, por ejemplo, de acreditar que los hechos se produjeron de una forma distinta a la que determinó el acto en cuestión y que fue incorporada al Juicio a través de la declaración testimonial del efectivo policial Borra.

Tal procedimiento, por lo demás, se ajusta a lo establecido por el art. 135 del C.P.P.N., cuando prescribe que “el fiscal, la defensa y la querella (…) practicarán las diligencias y actuaciones de la investigación (…) que no tengan contenido jurisdiccional”,

pudiéndose también, en virtud de la facultad conferida por el art. 138, requerir informes de expertos cuando para descubrir o valorar alguna evidencia sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. Únicamente respecto del reconocimiento de personas se prevé la obligatoria presencia de la defensa (art. 139 C.P.P.N., último párrafo).

A mayor abundamiento, el recurrente durante el juicio, y al momento de la declaración del efectivo policial Borra, tuvo la posibilidad de contrainterrogar al mencionado testigo (fs. 56/58 versión taquigráfica del juicio que tengo a la vista), garantizándose de tal forma el contradictorio que rige el sistema acusatorio (art. 184 del C.P.P.N.).

En base a lo explicado, considero que en todo caso, la queja del recurrente deviene extemporánea, puesto que en su momento no hizo uso de una facultad a la que estaba autorizado y pretende ahora, por una exigencia no requerida en el sistema procesal actual, que se anule la acusación Fiscal. Tal actitud trasluce un sometimiento libre y voluntario de su parte a las consecuencias que su decisión acarrearía, no siendo lícito, por lo tanto, hacer valer un derecho en contra de la anterior conducta objetivamente interpretada según la ley, las buenas costumbres o la buena fe (Fallos: 321:2530 y 325:2935).

Igual falta de gravamen se observa respecto de la pretensa nulidad del procedimiento contravencional desplegado y en virtud del cual se labró el acta contravencional nro. 1004447 de fecha 25/09/16 (fs. 20, anexo expte. 11856/16 “TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SOBRE INFORMACION SUMARIA – INFORMACION PERIODISTICA – ACCIDENTE AUTOMOVILISTICO PROTAGONIZADO POR M.M.”); y acta de secuestro del automotor VW Bora, perteneciente al Juez Muñoz, cuya copia obra a fs. 50 del Expte. 40-JE, (inciso c), ya que el recurrente omite tomar en consideración que la génesis de tales actividades estuvo dada por el accidente de tránsito protagonizado por el Dr. Muñoz en proximidades del cementerio “Jardín del Recuerdo” de esta ciudad, y no en una actividad autónoma o independiente motivada en una circunstancia ajena al hecho investigado, como podría serlo, por ejemplo, un control vehicular de rutina que pudiera estar desarrollándose en las inmediaciones del lugar donde se detuvo el VW Bora del Dr. Muñoz (detención que, claro está, sí se produjo en el ejido urbano ya de la ciudad de Plottier). Ergo, el vicio alegado es inexistente.

Por lo demás, como bien lo sostiene el Señor Fiscal General, no era competencia del Jurado de Enjuiciamiento y menos aún de este Tribunal, declarar la nulidad de las actas que documentaban la negativa a la realización del test de alcoholemia y del acta de secuestro del automotor del enjuiciado pues la alegada nulidad, en todo caso, debía declararse en la instancia correspondiente que la misma parte conoce; ya que planteadas las nulidades, fueron considerados legítimos el procedimiento y el acta por la autoridad administrativa pertinente (Intendente de la ciudad de Neuquén).

La misma ausencia de cuestión federal se vislumbra en las críticas mentadas en los incisos d) y e), cuyo tratamiento abordaré en forma conjunta pues, desde distintas ópticas, se cuestiona el testimonio del efectivo policial Llaytuqueo y la información que éste intentó introducir, vinculada con un listado de llamadas entrantes y salientes de los teléfonos celulares del Dr. Muñoz (personal y laboral). Repárese que en la sentencia no fue valorada su declaración, justamente por aquella cuestión puesta de resalto a fs. 546, segundo párrafo del Expte. n° 40-JE. Por lo tanto, luce ausente el gravamen, y en consecuencia la pretensa cuestión federal.

C.- Respecto de las críticas puestas de resalto en el tercer agravio, por ser el objetivo del juicio político el determinar si el Magistrado investigado ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de la función para la que ha sido designado, el sentido de un proceso de esta naturaleza es muy diverso al de las causas de naturaleza judicial, por lo que sus exigencias revisten una mayor laxitud (cfr. Fallos: 3016:2940; 326:4816; 328:3148; 332:2504, entre muchos otros).

Por ende, “…quien pretenda el ejercicio de aquel escrutinio deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente, con flagrancia, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa en función de la directa e inmediata relación que debe tener la cuestión federal invocada con la materia del juicio (art. 18 de la Constitución Nacional: arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15 de la ley 48)” (consid. 3ro, CSJN, B. 32. XLVII).

De una atenta lectura a los reparos propuestos en este agravio, se concluye que el recurrente no ha demostrado inequívocamente la afectación federal propuesta, sino que más bien sus críticas sólo trasuntan en meras discrepancias subjetivas con relación a la valoración de circunstancias de hecho y prueba, no logrando en este tópico demostrar la existencia de una cuestión federal, ni un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

En tal sentido, se advierte –por ejemplo- que resultaba innecesario el análisis sobre la aplicación en el caso de la duda razonable, toda vez que en forma contundente y unánime el Jurado de Enjuiciamiento tuvo por acreditadas -con las pruebas producidas en la Audiencia General-, las conductas atribuidas al Juez Muñoz, con el grado de convicción requeridos en la instancia para resolver como lo hizo, sin que siquiera se expusiera la existencia de alguna duda en alguno de los Miembros del Jurado de Enjuiciamiento.

Sobre el tópico Julio B.J. Maier ha dicho que: “El aforismo in dubio pro reo representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia (CN, 18), cuyo ámbito propio de actuación es la sentencia (o una decisión definitiva equiparable), pues exige

que el tribunal alcance la certeza sobre todos los extremos de la imputación… para condenar y aplicar una pena, exigencia que se refiere meramente a los hechos… la regla es así, un criterio político transformado en precepto jurídico para poder decidir cuando se carece de seguridad afirmando o negando un hecho jurídicamente importante..” (Aut. Cit. Tomo I, Fundamentos, Ed. Del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2012, 2da. Ed., 4ta. Reimpresión, pág. 505, lo destacado me pertenece).

D.- Con relación al cuarto agravio, es doctrina de CSJN que “…lo concerniente al encuadramiento o calificación que los miembros del Jurado llevaron a cabo respecto a la conducta reprochada, esta Corte ha subrayado que ni la subsunción de los hechos en las causales de destitución ni la apreciación de los extremos fácticos o de derecho que han llevado al jurado al juicio de remoción e inhabilitación constituyen materia de pronunciamiento, dado que no se trata de que el órgano judicial convertido en un tribunal de alzada sustituya al criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado…” (causa “Trova, Facundo Martín s/jurado de enjuiciamiento”, T 400.XLIV, 10/11/2009). Y en tanto no se de una alteración de los hechos, no se configura el agravio al art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 310:2845, voto de los jueces Fayt y Belluscio, consid. 11, y de los jueces Petracchi y Bacqué, consid. 7 y 8). Por lo que no corresponde ingresar al tratamiento de la cuestión planteada.

E.- Por último, el planteo efectuado como quinto agravio, en cuanto al criterio interpretativo adoptado por el Jurado de Enjuiciamiento, debe tenerse presente que la tarea hermenéutica realizada por aquél órgano, inherente a la función juzgadora, constituye materia ajena al control judicial, y extraña, por ende, a la jurisdicción de la Corte en la instancia del art. 14 de la ley 48.

Es además competencia exclusiva y excluyente del Jurado de Enjuiciamiento la valoración de si el magistrado reúne o no las condiciones para continuar en su cargo, y no este Tribunal, pues de lo contrario este órgano judicial sustituiría la voluntad del órgano político sobre el cual nuestra Constitución Provincial depositó tan delicada función, violándose así el principio de división de poderes consagrado por la Constitución Nacional, que hace a la esencia del sistema republicano y al que deben inequívocamente sujetarse los Estados provinciales (art. 5° CN). Planteos de esta naturaleza no configuran una cuestión federal apta para ser examinada, vía el remedio intentado, pues la materia es manifiestamente insustancial y no se presta a controversia (Fallos: 316:2747; 323:732 y 736, entre otros) frente a la reiterada doctrina del Máximo Tribunal Nacional de que no hay lugar alguno para la revisión judicial sobre el aspecto valorativo de la decisión destitutoria (causa “Torres Nieto, Mirta Carmen”, Fallos 330:725; “De la Cruz, Eduardo Matías” (Fallos: 331:810), entre otros).

Sin perjuicio de ello y atento las manifestaciones del enjuiciado en la audiencia de ampliación de fundamentos ante este Tribunal, se advierte que el Acuerdo que se pone en crisis, al valorar la conducta del Magistrado, luego de descartar la alegada AIT, de considerar acreditadas las conductas achacadas, y al momento de merituar la sanción a imponer, si tuvo en cuenta la solución alternativa requerida por la parte, más la descartó por entender que la gravedad de las conductas reprochadas excedían a una medida disciplinaria de ese tenor.

En este sentido sostuvo que: “No soslayo que la Ley 2698, modificatoria de la Ley de Enjuiciamiento prevé una salida menos lesiva (cfr. art. 32, referido a la suspensión del Magistrado de 1 a 60 días). Sin embargo, la gravedad de la conducta reprochada excede a una medida disciplinaria de ese tenor”. Y agregó:

“La entidad de los hechos reprochados no pueden neutralizarse o minimizarse por la contracción al trabajo que tiene el Magistrado Muñoz, su compromiso y pulcritud en el marco de sus tareas diarias (…) ha sido probada de manera cabal por los múltiples testimonios brindados en la Audiencia General, es por ello que esta decisión se vuelve aún más difícil. Se ha expresado en tal sentido que ‘… el Juez debe tomar conciencia de su responsabilidad, de que es objeto de permanente escrutinio público y que su desempeño y conducta, tanto en el ámbito de lo público cuanto en lo privado, no deben dar motivo o duda de ninguna especie respecto de su integridad, imparcilidad y capacidad…’ (cfr. Fayt, Carlos: Principios y Fundamentos de la Etica Judicial, ed. La Ley, 2006, p.XV).”.

Por consiguiente, los reparos propuestos hasta aquí sólo trasuntan en meras discrepancias en relación a la valoración de circunstancias de hecho y prueba, no logrando en este tópico demostrar la existencia de una cuestión federal, ni un supuesto de arbitrariedad de sentencia. Y bajo tales parámetros, el planteo efectuado carece de todo desarrollo razonado con referencia a los términos del pronunciamiento, por lo que habrá de declararse la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria intentada.

En definitiva, el Dr. Marcelo Germán Rubén Muñoz fue imputado por un cargo definido en base a conductas descriptas con precisión; tuvo las oportunidades procesales para ejercer su defensa –mediante descargo, recusaciones, ofrecimiento de prueba, su producción y control de la producida por el Ministerio Público Fiscal-; su conducta fue evaluada con arreglo a los recaudos de la normativa aplicable al caso, y destituido por el órgano en cuyas manos nuestra Constitución Provincial depositó la atribución ejercida, mediante una decisión unánime que estimó acreditada la causal de mal desempeño. En estas condiciones, estimo que luce ausente, como adelanté al comienzo de mi voto, la demostración en forma nítida, inequívoca y concluyente de la lesión a las

reglas estructurales del debido proceso, lo que no hace más que confirmar la regla general expuesta al comienzo de mi exposición, en cuanto a que la decisión del Jurado de Enjuiciamiento no es revisable judicialmente, salvo demostración de palmaria violación a garantías constitucionales, lo que no ha ocurrido en el presente caso. El apelante sólo ha expresado su desacuerdo con la interpretación realizada por el Jurado de Enjuiciamiento, sin haber demostrado una grosera equivocación en el pronunciamiento para dar lugar a un supuesto inequívoco de carácter excepcional como es la arbitrariedad.

Por todo lo expuesto, y respondiendo a la primera cuestión planteada en este Acuerdo, considero que la impugnación extraordinaria deducida, debe ser declarada inadmisible. Mi voto.

La Dra. MARÍA BELEN DE LOS SANTOS, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

El Dr. DANIEL GUSTAVO VARESSIO, dijo: Que comparto la solución sustentada por el Vocal preopinante en primer término, atento los fundamentos dados a la presente cuestión. Mi voto.

El Dr. DANTE ALBERTO HUARTE, dijo: Por compartir las conclusiones dadas por el señor Vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto.

El Dr. CARLOS ALBERTO MIGUEL, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la segunda y tercera cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, el tratamiento de los planteos realizados en segundo y tercer término, deviene abstracto. Tal es mi voto.

La Dra. MARÍA BELEN DE LOS SANTOS, dijo: Comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante, atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto.

El Dr. DANIEL GUSTAVO VARESSIO, dijo: Por compartir la solución dada a la segunda y tercera cuestión, por el Dr. Oscar E. Massei, voto en igual sentido.El Dr. DANTE ALBERTO HUARTE, dijo: Atento los fundamentos propiciados a la primera cuestión planteada, comparto la solución dada por el señor Vocal de primer voto a la segunda y tercera cuestión.

El Dr. CARLOS ALBERTO MIGUEL, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a la segunda y tercera cuestión.

A la cuarta cuestión, el Dr. OSCAR E. MASSEI dijo: sin costas en la instancia por la naturaleza de la cuestión debatida y por estimarse que el recurrente presuponía razones plausibles para el acudimiento a este Tribunal en Pleno (art. 268, 2do. párrafo in fine del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. MARÍA BELEN DE LOS SANTOS, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Oscar E. Massei. Así voto.

El Dr. DANIEL GUSTAVO VARESSIO, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta cuarta cuestión. Mi voto.

El Dr. DANTE ALBERTO HUARTE, dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el Dr. Oscar E. Massei. Así voto.

El Dr. CARLOS ALBERTO MIGUEL, dijo: Debe eximirse de costas a la recurrente tal como fuera propuesto por el Dr. Oscar E. Massei. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE, por unanimidad:

I.- DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Dr. MARCELO GERMÁN RUBÉN MUÑOZ, por derecho propio, con el patrocinio letrado de los Dres. Juan Manuel Coto y Joaquín Imaz (fs. 1/34 del presente), en contra de la sentencia de destitución dispuesta por el Jurado de Enjuiciamiento por Acuerdo n° 282-J.E. (art. 248 inc. 2°, a contrario sensu del C.P.P.N., en función del artículo 227, del mismo Cuerpo Legal; art. 34 ley 1565 –texto según ley 2698-).

II.- EXIMIR del pago de las costas a la parte recurrente (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del CPP).

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. OSCAR E. MASSEI - Vocal. Dr. DANIEL GUSTAVO VARESSIO - Conjuez. Dra. MARÍA BELÉN DE LOS SANTOS - Conjueza.

Dr. DANTE ALBERTO HUARTE - Conjuez. Dr. CARLOS ALBERTO MIGUEL - Conjuez

Dr. JORGE ALMEIDA - Subsecretario

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"VERDUGO DANIEL ANDRES C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGUROS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 448753/2011) – Sentencia: 91/17 – Fecha: 11/05/2017

DERECHO COMERCIAL: Seguro.

SEGURO COLECTIVO. SEGURO POR INCAPACIDAD. INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE. PÓLIZA DE SEGURO. ASEGURADOR. ALCANCE DE LA COBERTURA. EXCEPCION DE PRESCRIPCION. PLAZO ANUAL.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechazó la demanda tendiente a obtener el cobro de un seguro por incapacidad total y permanente, pues al momento del cese de la relación laboral, la póliza con la aseguradora demandada no tenía vigencia (del voto del Dr. Pascuarelli, en mayoría).

2.- Trasladando la decisión del TSJ en el Acuerdo 29/16 en autos "YAÑEZ DEL VALLE, JUAN DE LA CRUZ CONTRA NACIÓN SEGUROS S.A. SOBRE COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD", el plazo de prescripción a considerarse es el anual, toda vez que la ley de Defensa al Consumidor no fue puntualmente invocada por el actor, mas, aún cuando se entendiera que el reclamo no se hallaba prescripto, el accionante no acreditó haber alcanzado el porcentaje mínimo de incapacidad requerido para cobrar los seguros que reclama. (del voto de la Dra. Pamphile, por sus fundamentos).

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VERDUGO DANIEL ANDRES C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGUROS", (JNQLA3 Exp. Nº 448753/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 419/422 el A-quo rechazó la demanda deducida por el actor, con costas.

A fs. 426/430 vta. el actor dedujo recurso de apelación y expresó agravios.

Dice, que el Sentenciante confunde el momento de la verificación del siniestro con el de la configuración del riesgo que amparan las pólizas en cuestión.

Alega, que recién toma conocimiento de la vigencia temporal de las pólizas en cuestión a partir de la declinación de cobertura comunicada por la demandada mediante carta documento.

Agrega, que el riesgo que cubren las pólizas además de la muerte del asegurado es la incapacidad total y permanente del mismo y ésta se configuró a partir del dictamen de la junta médica.

Señala, que el decreto de baja laboral del actor, por el cual se dispone el cese de servicios del mismo para pasar a situación de retiro obligatorio es del 26 de junio de 2009, y entonces resulta claro que las pólizas de la Caja de Seguros S.A. se encontraban vigentes al momento de configurarse el riesgo ya que estas cesaron a partir del día 30 de junio de 2009.

Agrega, que conforme lo dictaminado por la última junta médica psiquiátrica realizada el 27/10/2008 padece una enfermedad incurable.

También se agravia porque considera que se equivoca el A-quo en su razonamiento, ya que conforme se advierte de la lectura del fallo esa parte no tenía certeza de la vigencia de las pólizas en cuestión puesto que carecía de todo tipo de conocimiento del

alcance de sus cláusulas.

Alega, que la declaración receptiva que exige a toda aseguradora el art. 56 de la LS se halla sometida a los principios generales de toda exteriorización de voluntad contractual, máxime por hallarse dicho pronunciamiento dentro de la etapa de ejecución contractual.

A partir de lo expuesto, se agravia porque el fallo se asienta en las prescripciones del art. 18 de la ley 17.418 desconociendo por completo la jurisprudencia del más alto Tribunal local en los autos “Gelis Ana María c/ Caja de Seguros S.A. s/ Cobro de Seguros por Incapacidad”.

Agrega, que debe tenerse en consideración el carácter de orden público que tiene la Ley de Defensa del Consumidor.

La contraria no contestó los agravios.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, adelanto que el recurso de la actora no resulta procedente. Es que, comparto lo expuesto por el Sentenciante en cuanto a que al momento del cese de la relación laboral la Póliza con la Caja de Seguros S.A. ya no se encontraba vigente.

Ello, porque conforme sostuvo esta Alzada “lo que el seguro indemniza es la pérdida del ingreso como consecuencia del cese de la actividad laboral”, (“ORELLANA ELIA ROSA CONTRA LA CAJA DE SEGUROS S.A. S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD”, Expte. Nº 316007/4).

El fallo citado además señala: “Bien se ha dicho: “A fin de fijar el dies a quo de la prescripción en un contrato de seguro de vida e incapacidad total y permanente, cabe aclarar que la definición contractual de riesgo cubierto debe ser interpretada literalmente, que el interés asegurable debe ser determinado de manera precisa y que el siniestro se configura, en el seguro de personas, recién cuando las consecuencias del daño -pérdida del derecho a la percepción de haberes como dependiente en actividad y la imposibilidad de realizar una actividad remunerada similar a la que realizaba- se producen en la persona del asegurado” (cfr. Halperin - Barbato, "Seguros", cap. Iv n° 52.A.P., Cap. Vii n°1, p. 386, 891, Y 949, ed. 2001).”

En el caso de autos, a fs. 255 la Policía de la Provincia del Neuquén informó que a partir del 22 de Julio de 2009 el actor pasó a situación de retiro obligatorio, de lo cual había sido notificado el 21 de Julio de 2009 (cfr. cédula de notificación de fs. 128vta.).

Luego, el informe de fs. 333 señala: “A tal efecto informo que el Sr. Verdugo Daniel Andrés se encontraba con cobertura de seguros de vida por la ASEGURADORA SMG LIFE Seguros de Vida S.A., dispuesta por el Estado Provincial para todo el personal de la Administración Pública de la Provincia del Neuquén, con vigencia conforme Decreto 1197/09 desde el 01 de Julio de 2009 y por un lapso de cuatro años renovable por otro período similar”.

Luego, conforme surge de fs. 94, cuya constancia fue desconocida genéricamente (Cfr. Sala II en autos “CARMONA RUBEN ADRIAN CONTRA AMERICAN JET S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, Expte. Nº 413393/2010), y lo informado a fs. 333 por la Policía de la Provincia del Neuquén, la Póliza de la Caja de Seguros S.A. tenía vigencia desde el 01/07/2005 hasta el 30/06/2009.

A partir de lo expuesto, corresponde desestimar el recurso del actor, en tanto de acuerdo a lo expresado, cuando se produjo la pérdida del ingreso del actor como consecuencia del cese en su actividad laboral, la cobertura correspondía al seguro vigente en ese momento, SMG Life Seguros.

En este sentido se ha sostenido que: “Tal como ha quedado planteado el litigio recursivo, el “quid” a determinar para dilucidar la comprensión de la actora en la cobertura de la póliza de seguro de vida colectiva concertada entre la empleadora y la recurrente, consiste en fijar la fecha en que nació el derecho de la beneficiaria a reclamar el pago del seguro.”

“La cuestión ha sido analizada por el suscripto en varias causas antecedentes. Así in re: “MALDONADO JOSE EDUARDO C/LA BUENOS AIRES NEW YORK LIFE S.A. S/COBRO SEGURO POR INCAPACIDAD” (Expte. Nº774-CA-99), tuve ocasión de citar la jurisprudencia que sostuvo: “Si se inicia acción judicial por la cual se reclama cierta indemnización de una compañía de seguros por haber sobrevenido la incapacidad laboral del pretensor (el cual era beneficiario de un seguro de vida colectivo acordado entre su ex empleadora y la accionada), resulta procedente la excepción de prescripción opuesta por la demandada en los términos de la ley 17418: 58, toda vez que -tal como acontece en el caso- procede considerar como dies a quo del comienzo del plazo de prescripción anual previsto por la citada norma, el día que concluyó incontrovertidamente el contrato de trabajo entre el reclamante y la ex empleadora de éste y no, tal como postulaba el pretensor, el tiempo en que le fue acordada su jubilación por invalidez. Por su parte, la circunstancia de que la solicitud de beneficio por incapacidad haya sido entregada en sede de la ex empleadora, no constituye una actuación con virtualidad suficiente para interrumpir el curso del plazo de prescripción anual. CCom: D (ROTMAN - CUARTERO - ALBERTI) - 08/05/97 ARES, Celso c/SUD AMERICA CIA. DE SEG. DE VIDA Y PATRIMONIALES SA. s/sumario. Ref. (L. 17418: 58)” “[…] La aseguradora, cuyo contrato se encontraba vigente al momento de concluir la relación laboral, resulta responsable frente al actor de la totalidad de la indemnización por incapacidad, sin perjuicio de que ella y la que fue aseguradora

durante el tiempo en que se fue desenvolviendo progresivamente la afección, absorban la indemnización debida." CNAT Sala 5, Sent. 16-12-1988, Juez JOSE EMILIO MORELL VICENTE NICOLAS CASCELLI HORACIO VACCARI OLIVA, Nicolás Esteban c/GAWEN S.A.C.I. s/accidente MAG. VOTANTES: JOSE EMILIO MORELL VICENTE NICOLAS CASCELLI HORACIO VACCARI."

"En tanto la aseguradora asume el compromiso de responder por las incapacidades laborales del personal dependiente del tomador del seguro, sin limitar su responsabilidad por las minusvalías que se por-taren con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, no pueden oponerse defensas que distorsionen la finalidad perseguida mediante el seguro contratado." CNAT Sala 2, Sent. 28-09-1990, Juez GONZALEZ MECERA, Carlos c/SAFRA S.A. s/accidente MAG. VOTANTES: GONZALEZ – RODRIGUEZ."

"Decíamos en dicha causa: "Más allá del conocimiento subjetivo que pudiera atribuirse al asegurado respecto de su estado de salud, la realidad señala que nadie reclama el pago de un seguro de estas características mientras se encuentra técnicamente en actividad, y hasta tanto es dado de baja en razón de su incapacidad, aún cuando el dictamen administrativo en sede previsional no sea obligatorio respecto de la aseguradora. Tan es ello así que, según la rutina habitual, al notificarse al interesado la concesión del retiro obligatorio, se le hace saber "que deberá realizar los trámites correspondientes ante el ISSN, Compañía de Seguros y Mutual Policial." (conf. fs.21)."

"Se trató en la especie de una contratación masiva, en la cual la aseguradora abdicó del derecho a constatar el estado del riesgo al momento de contratar, asumiendo expresamente la cobertura de las incapacidades derivadas de enfermedades o accidentes, anteriores a la vigencia de las respectivas pólizas.

El "siniestro" indemnizable –incapacidad absoluta y permanente- acaece técnicamente cuando cesa la relación laboral en razón de la incapacidad, aunque con anterioridad hubiese estado gozando de licencia por la misma enfermedad, o se hubiese manifestado con anterioridad. Juega en la especie la ley de los grandes números, en función de la cual la aseguradora pondera globalmente la insignificancia del riesgo de asumir casos de pre-existencia de las causas invalidantes. Habiéndose obligado a no invocar tales circunstancias para eximir-se de la cobertura, tal defensa resulta inadmisible en la especie."

"Va de suyo, entonces, que el concepto de "siniestro" a los efectos asegurativos, no coincide con el mero conocimiento de la enfermedad invalidante sino que depende de que el agente sea dado de baja y se le otorgue el beneficio previsional respectivo, ya que a partir de entonces estará legitimado para reclamar el pago del seguro y comenzarán a correr los plazos de caducidad y prescripción."

"Concluyo, pues, en que corresponde tener por cubierto dicho siniestro por la póliza contratada con la recurrente, cuya vigencia coincide con la fecha en que -técnicamente- corresponde tener por acaecido el riesgo previsto. Ello por cuanto tanto la baja del empleo como la concesión del beneficio jubilatorio tuvieron lugar dentro del ámbito temporal de la cobertura de la demandada", (Sala I, autos "SEPULVEDA MARTA SUSANA CONTRA GENERAL AMERICANA SEG. VIDA SA S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD", Expte. Nº 1619-CA-2).

En consecuencia, resulta inoficioso el tratamiento del recurso de fs. 216/217 deducido por la demandada y concedido con efecto diferido a fs. 218.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 426/430 vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 419/422 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios. Sin costas de Alzada atento la falta de contradicción en esta etapa.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- Vigencia del seguro:

A mi criterio el seguro colectivo de vida se hallaba vigente al momento en que se configuró el riesgo que motiva el reclamo de autos.

Tengo en cuenta para ello que por Junta Médica del 27/10/08 se diagnosticó epilepsia y trastorno neurológico y que mediante decreto 2076/09 se entendió configurada la hipótesis prevista en el art. 14, inc. d) de la ley 1131 que prevé la situación del personal que haya alcanzado un máximo de dos años de licencia por enfermedad y no pudiera reintegrarse por subsistir las causas invalidantes (ver hojas 60 y 127).

No habiéndose puesto en tela de juicio estos antecedentes fácticos, y dado que la póliza estuvo vigente desde el 01/07/05 al 30/06/09 (ver hojas 94, 265/269, 322 y 333), es claro que la patología se manifestó y consolidó durante el período de cobertura brindado por la accionada.

Al ser ello así, entiendo que el agravio debe ser acogido y que el motivo por el cual se rechaza la demanda en la sentencia de grado, no resulta ajustado a las constancias de la causa.

Esta solución impone avanzar en el análisis de las demás cuestiones introducidas al debate.

2.- Prescripción:

Sentada entonces la vigencia del seguro, es preciso indagar si se configura la siguiente defensa oportunamente opuesta por la Aseguradora, tal la prescripción del reclamo.

2.1.- Mi posición con respecto al derecho que rige el caso:

En este punto, cuadra resaltar que el actor, desde su presentación inicial, invocó la aplicación al caso de las normas de Defensa al Consumidor.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia ha entendido que el plazo de prescripción de tres años, previsto por el art. 50 de la Ley 24.240, es aplicable a una acción iniciada contra una aseguradora a fin de percibir una indemnización derivada de un seguro de vida colectivo, pues, al debatirse un derecho social, consagrado por el propio Estado para atender a la protección del ser humano, cabe privilegiar una interpretación extensa a favor de quienes las normas, a través de esta herramienta de la Seguridad Social, buscan proteger.

Tratándose de una acción iniciada contra una aseguradora a fin de percibir una indemnización por invalidez total y permanente, que era un riesgo cubierto por el seguro de vida colectivo contratado por el empleador, el plazo de prescripción aplicable es el trienal previsto por el art. 50 de la Ley 24.240, pues ésta tiene jerarquía superior respecto de otras leyes, en tanto desarrolla y hace efectivos los derechos que expresamente reconoce al consumidor la Carta Magna, máxime cuando adherir a esta postura amplia es compatible con el carácter de orden público y protectorio de la normativa consumerista (Ac. Nº 8/13, “MERINO ROSA HERMINIA C/CAJA DE SEGUROS S.A. S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD”, Expte. Nro. 50 - año 2010”).

A la luz de estos lineamientos, la defensa de prescripción no resulta procedente, aun considerando el dies a quo que propone la accionada. Tengo en cuenta los siguientes datos que surgen de la causa: la cobertura del seguro de vida contratado con la accionada se extendió hasta el 30/06/09, la cesación de servicios para pasar a situación de retiro se hizo efectiva a partir del 21/07/09, el reclamo ante la Aseguradora se presenta el 29/07/10 y la demanda judicial el 19/05/11 (ver hojas 32, 43,60,66, 77vta,90, 115/122, 124 y 125).

Aquí debo reconocer que si bien el actor al contestar el traslado de la hoja 209/210vta. no cuestionó específicamente el plazo anual alegado por su contraria (si su cómputo), y tampoco lo hizo en su demanda (véase la hoja 60 vta. donde dice “...no habría transcurrido un año desde el pago de la última prima del seguro, plazo de prescripción legal”), lo cierto es que si invocó, como ya apunté, la aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor en su demanda (ver hoja 71vta en adelante).

Mi posición en estos casos, es que corresponde aplicar la Ley de Defensa al Consumidor, y por ende, el plazo de prescripción trienal allí previsto, atento tratarse de una ley de orden público que conlleva su aplicación de oficio por la magistratura.

Así he señalado:

“A esta altura debo señalar que no desconozco, tal como lo señala la Dra. Clérici, que la ley de defensa del consumidor no fue invocada por la actora en su escrito de demanda, sino que lo hace al contestar la excepción de prescripción.

No obstante ello, considero que los hechos expuestos en la demanda claramente determinan su aplicación, resumiéndose la cuestión en un tema de encuadre normativo.

Por lo demás, su aplicación de oficio se encuentra determinada por el carácter de ley de orden público que encuentra fundamento, no sólo en su art. 65, sino en la base constitucional de la que nace, esto es del Artículo 42 de la Constitución Nacional.

En este aspecto, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha resuelto que: “la declaración de orden público expresamente prevista por el legislador en el art. 65 del mismo cuerpo legal, acarrea la aplicación de oficio del régimen tuitivo”. (Expte: 101125 - Caja de Seguros S.A. En J 86.813/12.698 Lavarello Maria Antonieta C/Caja de Seguros S.A. P/Cuest. Deriv. de Contrato de Seg. S/Cas. Suprema Corte Justicia De Mendoza. fs 57. 23/03/2012).

Indicando, en línea coincidente nuestro TSJ: “…la quejosa omite considerar que la Ley 24.240 es de orden público (Art. 65) y que, por ello, su aplicación es imperativa, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que este Cuerpo adhirió in re: “GÉLIZ ANA MARÍA C/CAJA DE SEGUROS S.A. S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD” (Ac. N°46/10).

El extremo que pasa por alto la impugnante es que no cabe interpretar los términos del contrato con desapego a los alcances de la Ley de Defensa del Consumidor. Y como ya se sostuvo -en el precedente mencionado ut-supra-, por su naturaleza, tal normativa es indisponible para las partes, las que no pueden alterar o modificar sus efectos.

En ese sentido, el orden público consolida derechos que por su trascendencia interesan a toda la comunidad. Y es precisamente este orden público de protección el marco desde el cual cabe interpretar las relaciones jurídicas de consumo. Al respecto, Lorenzetti expresa:

“El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del Consumidor… en los casos que se

presenten colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho consumerista. Se trata de uno de los derechos denominados derechos civiles constitucionalizados" (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2da. Edición Actualizada, año 2009, págs.44/45)…" (cfr. R.I. Nº62/2012, "IVANOFF GLADYS C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/SUMARÍSIMO ART. 321 CPCC" (Expte. N° 55 - año 2011), del Registro de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios del Tribunal Superior de Justicia)" (mi voto en la causa "COSTAMAGNA MARIA ANGELICA C/ INDALO S.A. Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", Expte. Nº 476595/2013, del 5/02/15).

2.2.- Posición del TSJ frente al encuadramiento dado por las partes. Incidencia en esta decisión:

Ahora bien, con posterioridad a este pronunciamiento, el Tribunal Superior de Justicia dictó el Acuerdo 29/16 en autos "YAÑEZ DEL VALLE, JUAN DE LA CRUZ CONTRA NACIÓN SEGUROS S.A. SOBRE COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD".

En ese caso, la Alzada había considerado no aplicable la Ley de Defensa al Consumidor puesto que la parte actora –al contestar el traslado de la excepción de prescripción- en ningún momento había invocado que resultara de aplicación la Ley 24.240, sino que había centrado su defensa en la interrupción del plazo de prescripción operado con la interposición del beneficio de litigar sin gastos. La Sala II entendió, entonces, que el planteo de la apelante resultaba alcanzado por el Art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial, por lo que se encontraba impedida de ingresar a su análisis.

En la etapa casatoria, el Tribunal Superior sostuvo "...de la relectura de los fundamentos expuestos en la decisión de la Alzada se advierte un argumento central de dicha decisión que no fue impugnado por el quejoso y sobre el cual se estructura aquélla sentencia.

Tal, el relativo a que no fue sometido ni, por consiguiente, decidido por la Judicatura de Primera Instancia, la aplicación del plazo de prescripción contenido en el hoy derogado Art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, lo que se cimentó en lo preceptuado por el Art. 277 del Ritual Civil.

Cabe observar que los embates vinculados a la infracción legal que se imputa tienen como premisa común un argumento erróneo. Pues la decisión bajo examen no desconoció el carácter de orden público de la citada norma ni las pautas interpretativas allí indicadas sino que el examen que se formuló fue previo, al considerar que se estaba postulando un tema que no fue juzgado en la instancia anterior.

Así y si bien el agraviado denuncia que, el fallo en crisis denota una aplicación incorrecta de la Ley de Defensa del Consumidor, seguidamente no formula embate alguno con referencia al Art. 277 de Ritual Civil".

Véase, entonces, que trasladando la decisión del TSJ a este caso, el plazo a considerarse es el anual, toda vez que la ley de Defensa al Consumidor no fue puntualmente invocada por el actor: al repeler el planteo de prescripción alegó que el plazo era anual, centrándose en cuestionar su cómputo. A este aspecto debe centrarse el análisis, de acuerdo a la doctrina sentada por el TSJ.

2.3.- En ese cometido, debo señalar que el plazo comienza a correr desde que la acción se halla expedita.

A tales efectos, tengo para mí, que ello sucedió con la notificación de la cesación de servicios dispuesta por la causal "haber transcurrido dos años de licencia por enfermedad y no poder reintegrarse", ocurrida el 21/07/09 (ver copia de la cédula acompañada por ambas partes, en hojas 43vta. y 128 y certificación de servicios de la hoja 32).

Así, teniendo en cuenta que la denuncia del siniestro se realiza el 29/07/10, la excepción de prescripción opuesta por la accionada resulta procedente: el reclamo ante el seguro no tiene virtualidad suspensiva, dado que el plazo ya se había agotado. Tampoco tendría tal efecto suspensivo la presentación de la documentación pertinente ante el Ministerio de Seguridad y Trabajo del 26/07/10, que alega el apelante en la hoja 428, por idénticos motivos.

Nótese que el actor al contestar el traslado de la defensa de prescripción, a mas de la negativa genérica, basa su defensa en la constancia extendida por la empleadora y la notificación del retiro policial obligatorio.

En cuanto al certificado en cuestión (ver hoja 4), éste refiere a la situación del agente hasta el momento de su retiro obligatorio, lo cual aconteció, como emana de la documentación ya referida, el 21/07/09. Sin perjuicio de ello, del informe de la empleadora de la hoja 333 surge que a partir del 01/07/09 el personal de la administración pública se encontraba cubierto con otra compañía de seguros distinta a la accionada.

En lo que refiere a la notificación del beneficio de retiro, surge de su propio texto que éste se acuerda a partir del 21/07/09 (ver hoja 62).

En síntesis, en todas las hipótesis de análisis habilitadas por el art. 277 CPCC, la acción se hallaba prescripta.

3.- Argumento de cierre:

Aún cuando se entendiera que el reclamo no se hallaba prescripto, existe otro impedimento para la procedencia de la acción.

Así, la tercer defensa de la demandada, atañe al estado de incapacidad del actor, en tanto el cuadro incapacitante fue negado por la Aseguradora.

Puntualmente, la demandada planteó que la dolencia que denuncia el actor (epilepsia tipo gran mal y Z:63.7) es de origen psiquiátrico o psicológico y, por ende, expresamente excluida del contrato de seguro. Además, niega que el actor presente el grado de incapacidad que denuncia.

Y bien, aún cuando no se acogiera la primera cuestión señalada, y se entendiera que cabe incluir la epilepsia dentro de los riesgos asegurados, lo cierto y determinante en este caso, es que ningún elemento de la causa permite corroborar que el actor padezca una incapacidad total, absoluta y permanente, que alega en su demanda.

Resalto aquí que la decisión del empleador y de los organismos de la seguridad social no pueden obligar a la Aseguradora, quien tiene derecho a verificar la efectiva ocurrencia del riesgo.

Nuestro Tribunal Superior de Justicia ha sido concluyente en punto a que la incapacidad laborativa es el presupuesto fáctico que debe concurrir para que el beneficiario tenga derecho a las prestaciones previstas en un seguro de vida por incapacidad (Ac. 47/15 “Monte”, 18/14 “Muñoz”, entre otros). Agrego que el actor en su demanda, y en esta instancia, reconoce que el riesgo cubierto es la incapacidad total y permanente.

En autos, el perito médico señaló que conforme los estudios electroencefalográficos realizados, el actor no padece incapacidad alguna.

Puntualmente señaló: “al examen médico realizado al actor, no hay síntomas ni signos clínicos que evidencien alteración neurológica alguna. No manifiesta el actor ni hay constancias, sobre refractariedad de síntomas convulsivos, ni eventos recientes (según relatos del paciente, última crisis en año 2005).

Examen semiológico neurológico normal. El estudio neurológico dinámico por especialista, informa normal. No hay constancias sobre controles por especialista en neurología que evalúe su estado neurológico y/o ajuste de medicación” (hoja 411).

Si bien previo a ello, el actor había solicitado la nulidad de la pericia y requerido una nueva (407/408 vta.), luego solicitó la clausura del período probatorio y en esta instancia omitió el replanteo de prueba que había alegado (hoja 408vta).

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 (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, “Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial” publicado en: LA LEY 1998-F, 274).

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 deban ser dejadas de lado por el magistrado.

En la senda expuesta, esta Sala ha considerado:

“...como se destaca en la resolución impugnada y el recurrente no rebate, estrictamente el acto administrativo es la decisión de otorgar el beneficio, no el dictamen médico, y no obstante que goza de presunción de legitimidad, admite prueba en contrario, conforme el art. 55 inc. a), de la ley 1284.

Al respecto, el TSJ ha sostenido que “[…] si bien es verdad que los actos de la Administración poseen presunción de legitimidad -lo que implica que se presume que éste ha sido dictado conforme al principio de legalidad- como toda presunción, admite prueba en contrario” (R.I. N° 5.897 de la Secretaria de Demandas Originarias del T.S.J.).

Además, cabe considerar que en autos no se discute la validez de los actos administrativos para la concesión del beneficio previsional sino el valor probatorio de las actuaciones administrativas en este proceso donde se discute el cumplimiento de los requisitos para el cobro de los seguros por incapacidad colectivos obligatorio y adicional.

En relación con su valor probatorio, en autos “MARTINEZ ANA MARIA ALEJANDRA CONTRA U.P.C.N. S/COBRO DE APORTES” EXP Nº 357714/7, se citó jurisprudencia que sostiene: “El valor probatorio de los documentos administrativos está ceñido a la sana crítica del juez (cfr. Gordillo, Agustín A.: "Tratado de Derecho Administrativo", T.3, 4° ed., Bs.As. 1999, p. VII.16), habida cuenta que tales actos sólo gozan de una presunción, "no la perfección y certeza indiscutida de su legitimidad" (Fiorini: "Teoría jurídica del acto administrativo", Bs. As. 1969, p. 89. Ver también sobre el alcance del valor probatorio que corresponde atribuir a las

actuaciones administrativas: Fiorini: Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional, LL. 146-1017; Alberto G. Spota: "Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas (nota a fallo)", JA 1955-I-119. Cassagne: "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", ED. 63-899; Inés D'Argenio, "Valor probatorio del expediente administrativo (nota a fallo)", JA. 1994-III-99). (Del voto del Dr. Coviello, consid. 8°).” Autos: Expreso Tigre Iguazú S.R.L. c/ Resol. 473/98 -C.N.R.T.- (Expte. 12.445/98). Buján, Licht (por su voto), Coviello. 04/07/2002 C.NAC.CONT. ADM.FED. Sala I. Exp.nº 4.233/99)”.

Y, conforme se señaló anteriormente, en autos se produjo prueba pericial que determinó la incapacidad de la actora en el 52,47%.

Asimismo, más allá de las alegaciones de la recurrente, referidas al carácter tuitivo de la naturaleza alimentaria del seguro de vida colectivo obligatorio y adicional, lo cierto es que, conforme a la prueba pericial, la accionante no acreditó haber alcanzado el porcentaje mínimo requerido para cobrar los seguros que reclama…” (cfr. esta Sala I, del voto del Dr. Pascuarelli en autos “FARIA MAGDALENA CONTRA CAJA DE SEGUROS S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD”, Expte. Nº 320601/5).

“...En autos no se ha acreditado que la actora cuente con tal grado de incapacidad. La valoración probatoria efectuada no es cuestionada por la recurrente; su único reparo se centra en no hacer prevalecer el dictamen efectuado en sede previsional. Este argumento no es suficiente: no sólo por cuanto la demandada no fue parte en dichas actuaciones y no pudo ejercer el control, sino porque las razones expuestas por la magistrada no han sido rebatidas en los agravios y no constituye prueba irrefutable, conforme se indicara más arriba”, (“GACITUA OLGA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD”, Expte. Nº 354729/2007).

Por estas consideraciones, concluyo que el recurso debe ser desestimado, debiendo asumir el apelante las costas por su intervención. MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante Dr. Jorge Pascuarelli, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta Sala I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 426/430vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 419/422 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Sin costas de Alzada atento la falta de contradicción.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando M. GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"JOUBERT ELIZABET GLADIS C/ IRUÑA S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 506902/2015) – Sentencia: 92/17 – Fecha: 11/05/2017

DERECHO CIVIL: Contratos.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. FALLA EN LA CAJA DE CAMBIOS. SERVICE POST VENTA. PLAZO DE REPARACION INFORMADO POR LA CONCESIONARIA. TIEMPO RAZONABLE PARA EFECTUAR LA REPARACION. CUMPLIMIENTO DE LA GARANTIA. PLAZO MAXIMO. RUBROS INDEMNIZATORIOS. PRIVACION DE USO. DAÑO MORAL. DEFENSA DEL CONSUMIDOR. DAÑO PUNITIVO.

1.- Es procedente la demanda interpuesta contra el concesionario por no haber reparado una

falla en la caja de cambios del vehículo de la actora en el plazo que él mismo había establecido para subsanarla. En efecto, debe considerarse que una cosa es que el plazo máximo de cumplimiento de la garantía sea de 120 días hábiles, y otra, que no se dé cumplimiento en el plazo que razonablemente insuma la reparación. En este caso, conforme surge de la documentación acompañada, el concesionario había señalado que la reparación se haría el día 27/10/2014; nada estableció –ni menos, comunicó- en contrario.

2.- En lo concerniente al gasto que afrontó la actora al verse privada del uso del vehículo, la propia accionante ha sido imprecisa en tanto no ha aportado elementos que permitan determinar los gastos de transporte en los que incurrió. Se limita a indicar que debe establecerse un importe de $300,00 diarios, pero ni siquiera hace referencia a sus actividades cotidianas. Por otra parte, también debe ponderarse el período por el cual es procedente. Por lo tanto, corresponde estimar prudencialmente este valor en la suma de $ 5.000,00, conforme las facultades establecidas en el artículo 165 del C.P.C. y C.

3.- Resulta procedente el resarcimiento del daño moral, toda vez que lo que se trasluce en esta causa, es la manifiesta despreocupación y desinterés de las accionadas en dar pronta solución al problema que afligía a la actora; no habiendo siquiera dado respuestas concretas en punto a la marcada demora registrada para la reparación. En otros términos, no se le dio una solución razonablemente pronta y no se le dio la debida información; las circunstancias expuestas revelan que se configura el daño moral del actor ante el deficiente servicio de postventa o garantía de las demandadas en cuanto a las respuestas a los reclamos y a la demora en la reparación de su automóvil conforme las reglas de la sana crítica. Con relación al "quantum" del daño moral y dado que no se han aportado elementos que den cuenta del preciso estado anímico de la accionante, estimo prudente establecerlo en la suma de $10.000.

4.- Se presenta nítida la falta de respuestas y la falta de compromiso para satisfacer el requerimiento de la consumidora, aspectos que permiten considerar la actitud de las demandadas, de una ostensible falta de interés en los problemas que aquejan al consumidor, lo que configura la hipótesis de daño punitivo prevista en el art. 52 bis de la LDC. Considero configurada aquí una “grave indiferencia” o como refiere Pizarro un “menosprecio del dañador hacia el resultado y por las consecuencias que genera su accionar, aun cuando en el caso concreto pueda no haber mediado beneficio económico derivado del ilícito.” (citado por Picasso, Sebastián en “Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada” Picasso, S. y Vázquez Ferreyra A., Ed. LA LEY, 2009, p. 602 en nota 1332). Y en cuanto a su valuación, teniendo en consideración la reprochabilidad de la conducta y el posicionamiento de las demandadas en el mercado, entiendo que este rubro debe fijarse en la suma de $25.000.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “JOUBERT ELIZABET GLADIS C/ IRUÑA S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” (JNQCI4 EXP 506902/2015) 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 Inés MARTIARENA y, conforme al orden de votación, la Dra. CECILIA

PAMPHILE dijo:

1. La Sra. Jueza de Primera instancia desestima la demanda, en punto a los perjuicios reclamados.

Para así hacerlo, parte de una premisa, cual es, que "De acuerdo a las condiciones de la garantía que agregó la parte actora en la foja 65, el plazo para que la concesionaria repare el automotor no podía excederse de 120 días hábiles".

Pondera que, "…Conforme las constancias de la causa el automotor ingresó a la concesionaria demandada el día 27 de octubre de 2014 (así lo acreditó la actora con la adjunción de la orden de reparación número 287130-3 que emitió la concesionaria demandada y está en la foja 145)."

Y concluye: "Cierto es que cuando la actora demandó –cargo del día 3 de marzo de 2015- el plazo máximo disponible para la concesionaria y la fábrica no había vencido aun pues a ese día habían transcurrido 85 días, por lo que entonces su demanda importaba exigir una obligación que si bien no exigible a esa fecha sí lo era a la fecha de la notificación de la demanda a Iruña S.A.…"

La actora apela, conforme a los términos que surgen de la expresión de agravios obrante en hojas 157/158, los que son contestados en hojas 162/163 por Iruña S.A. y en hojas 164/167 vta. por VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A.

2. Suficiencia recursiva:

En primer término debo señalar que, aún cuando el agravio es planteado en forma escueta, se ajusta al aspecto central de la resolución.

Ello es así, en tanto lo que se cuestiona es que no se haya considerado la fecha establecida para la reparación del vehículo y que, hasta la promoción de la demanda, las accionadas ninguna respuesta dieron a su reclamo.

De ahí que considera que, cuando la demandada anotició que el vehículo estaba reparado y disponible, habían transcurrido siete meses, tiempo excesivo para que el vehículo estuviera indisponible, generándole un perjuicio moral y material.

Sobre estas bases, entiendo que no puede atenderse a la declaración de deserción pedida, debiendo aplicarse "un criterio amplio en la apreciación de los requisitos que debe satisfacer el memorial y aunque el mismo diste de exhibir una adecuada suficiencia técnica, siempre que se exteriorice, aunque mínimamente, el agravio o el esbozo de la crítica, se abre la función revisora en miras de asegurar más adecuadamente el derecho de defensa… los principios y límites en esta materia deben ser aplicados en su justa medida bajo riesgo de caer en rigorismo excesivo por apego a las formas, no querido por el ordenamiento legal…" (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, E. O. A. c. G. G. C. s/ cobro sumario - sumas dinero (exc. alquileres, etc.) • 10/04/2014 Publicado en: LA LEY 13/06/2014 , 4 • LA LEY 2014-C, 488).

Traídos estos conceptos al caso, entiendo que la queja formalmente es admisible, máxime cuando existe un agravio que es al menos atendible y resulta dirimente para la resolución de la litigio.

En mérito a ello, corresponde desestimar el pedido de deserción y proceder al tratamiento y resolución de la cuestión traída a conocimiento.

3. Responsabilidad de las demandadas:

Ahora bien, es cierto que la accionante no ha acreditado que entregara el vehículo con antelación a la fecha indicada por la magistrada.

En rigor de verdad, al estar a las propias misivas enviadas por la actora, el vehículo fue entregado en tal fecha.

Así, en la carta documento obrante en hojas 139, se consiga que el vehículo "se encuentra en el taller desde el 27-10-2014 como consecuencia de una falla de caja de cambios, no subsanada hasta el presente".

Pero en realidad, no es ese el eje del planteo efectuado en autos; de allí quizás, que ni siquiera se consignara la fecha de entrega.

Lo que la actora sostiene es que la fecha comprometida para la reparación era el día 27/10/2014.

Y esto surge del formulario adjuntado en hojas 145, en tanto se indica "Fecha prometida: 27/10/2014" - "Fecha de reparación: 27/10/2014".

Por ello es que, aún habiéndose entregado el automotor en la misma fecha, no puede descartarse que fuera establecido que sería entregado en el día: De hecho, insisto, esto es lo que surge de la documentación acompañada y no existen elementos de prueba en contrario.

3.1. También es cierto que, conforme a los términos de la garantía, se contaba con un plazo máximo de 120 días para cumplimentarla.

Esto tampoco constituye el eje del reclamo y, en mi criterio, no es lo decisivo para resolver. Explicaré por qué así lo considero.

Al determinar los alcances de la garantía, se indica que "…el Concesionario establecerá en cada caso, el plazo aproximado dentro del cual se llevará a cabo el cumplimiento de la garantía, el que no excederá de ciento veinte días hábiles, a partir del pedido efectuado por el usuario, en forma fehaciente y que deberá coincidir con la entrada del vehículo al taller del Concesionario".

Justamente, lo que la actora indica es que, en el caso, el concesionario estableció que el automóvil sería reparado el día 27/10/2014 y no cumplió.

Debe notarse aquí, que el reclamo se basa en el incumplimiento del plazo determinado por el propio Concesionario, extremo que surge del formulario acompañado.

El plazo de ciento veinte días hábiles es el máximo posible, el que no, necesariamente, debe coincidir con el establecido por el concesionario: en este caso, el día 27/10/2014 (aún cuando fuera dentro del día, si se tiene por acreditado que fue entregado en esa fecha).

Y aquí cobra relevancia la absoluta falta de respuesta por parte del concesionario a la requisitoria efectuada. Falta de respuesta que no puede ser suplida por los términos de la contestación, en tanto, no sólo no se condice con su conducta anterior, sino porque, además, los motivos alegados, no han sido objeto de acreditación.

En este punto, la única prueba ofrecida que tiene algún contacto con el tema, es la testimonial, claramente insuficiente para acreditarlos.

Véase en este punto, que el testigo Rodríguez, hace alusión a que cuando es necesario contar con repuestos, generalmente demoran 20 días, pero que no puede hacer ninguna precisión con relación a este caso, en particular.

Lobello, hace alusión a que se trató de una falla de fábrica, que las piezas a reemplazar no estaban en el país, pero no da razón de estos dichos, es decir, de cómo esto le consta. Además, preguntado por el lapso que demandó la reparación, contestó con una referencia vaga en términos de “semanas”. Es que si la reparación demoró “semanas”, tampoco podría comprenderse la desidia en la comunicación al cliente.

3.2. Pero volviendo al plazo establecido por el concesionario, debe considerarse que una cosa es que el plazo máximo de cumplimiento de la garantía sea de 120 días hábiles, y otra, que no se dé cumplimiento en el plazo que razonablemente insuma la reparación.

En este caso, conforme surge de la documentación acompañada, el concesionario había señalado que la reparación se haría el día 27/10/2014; nada estableció –ni menos, comunicó- en contrario.

Y así se ha señalado en razonamiento que es plenamente trasladable al supuesto de autos:

“…lo dirimente para atribuir responsabilidad a los accionados es el "defectuoso cumplimiento de la garantía postventa", demora en la reparación del automotor del actor, tal cual se resolvió en la sentencia bajo examen (cfr. fs. 486, punto IV).

Lo defectuoso se manifiesta en el retardo del arreglo… En efecto, encontrándose en reparación el automóvil del actor y efectuado el pedido del repuesto a fábrica con fecha 23 de enero de 2009, y reiterado el día 20/3/09, fue despachado desde la fábrica recién dos meses después, concretamente el 23/3/09, según la documentación entregada por la concesionaria al perito mecánico interviniente en autos (fs. 72 y 387/395). Vale decir, han existido tiempos muertos entre la primera petición del repuesto —12 de enero— reclamo del 22 de enero y recién se entregó el repuesto el 23 de marzo, por parte de la fábrica; lo que a todas luces pone en evidencia que no poseía el repuesto en el stock.

Por otra parte, cabe ingresar al tiempo fijado para el cumplimiento de la garantía, que los demandados esgrimen que no hubo retardo ya que debía ser efectuado dentro de los 120 días hábiles.

A su vez, el actor señala que reingresado el automotor, el 7 de enero de 2009, éste había sido comprometido para su devolución al día siguiente, y lo fue en la realidad varios meses después.

En este punto si bien el actor no efectuó un embate claro contra la misma por considerarla abusiva, sí lo hace elípticamente al cuestionar la demora en el tiempo en consideración a que se trataba de un automóvil "0 km".

En efecto, adviértase que se trata de un "automotor nuevo" con muy pocos kilómetros y tiempo de uso, que reingresó al service de la concesionaria por problemas en el fusible que se quemaba (fs. 17 y 78) y la demandada ocupó un plazo de dos meses para despachar el repuesto necesario para efectuar la reparación del desperfecto, con todas las demoras y tardanzas que ello implica para su dueño.

En tales condiciones emerge claramente que existió un deficiente cumplimiento de la garantía al demorarse la concesionaria, más allá de lo razonable para cumplir con la reparación del auto del actor. Viene a cuento recordar la jurisprudencia que señala que: "La carencia de un repuesto necesario para reparar un automotor, evidencia, por sí misma, el incumplimiento de la garantía post venta a cargo de la concesionaria, ya que es notorio que la adecuada ejecución de ésta exigía de parte del fabricante y del concesionario, que hubieran estado a disposición del adquirente garantido, en forma inmediata, todos los repuestos y materiales necesarios para hacerla efectiva en el menor tiempo posible" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, del 10/10/2007 in re: "Lavalle 472 S.A. c. Volkswagen Argentina S.A. y otro" Cita Online: AR/JUR/8186/2007).

Todo ello autoriza a mantener la responsabilidad de las demandadas a la luz de lo dispuesto por el art. 40 de la Ley de Defensa del

Consumidor, que resulta solidaria conforme lo establece el art. 13 ib., con el fabricante…" (cfr. Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Pescatori, Leonardo Gabriel c. AUTO HAUS S.A. y otro • 13/09/2012 Publicado en: LLC 2012 (noviembre), 1050 con nota de Carlos Ghersi • JA 2013-II, 394 • JA 10/04/2013, 20).

En orden a estas consideraciones entiendo que el recurso debe prosperar: encontrándose probada la existencia del vicio de origen y que el mismo no fue reparado en el plazo establecido por el concesionario, la demanda es procedente.

4. Rubros indemnizatorios:

Sentado lo anterior, cabe ingresar al análisis de los rubros indemnizatorios solicitados.

Reclama la actora se condene al pago de daño provocado por la indisponibilidad del vehículo, el que no debería ser menor a $300,00 diarios, el que estima en $36.000 a la fecha de interposición de la demanda.

Asimismo, se condene al pago de daño moral, por una suma equivalente a la fijada para la privación del uso del rodado y el pago de la multa prevista en el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor.

4.1. Indisponibilidad del vehículo:

La privación de uso consiste en la imposibilidad material de utilizar el rodado y el consecuente daño que se infiere al titular del bien, impidiéndole su utilización con el efecto de una obvia reducción de las posibilidades para la que está destinado (CNCom., Sala B, in re: "Sobrero Julio c. Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. s. ordinario", del 18.10.2006).

En esta línea, es reiterado criterio de esta Sala, que la mera indisponibilidad material -y jurídica- del rodado a raíz del obrar ilegítimo de la demandada, configura por sí un daño indemnizable, en tanto produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria que no requiere ser probada (CSJN, fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065).

De allí que, en este supuesto, la carga probatoria no apunta a la demostración de la configuración del daño en sí mismo, que surge de la mera indisponibilidad, sino que tiene relevancia para determinar su cuantía. Pero la omisión de esta carga, a todo evento, derivará en la aplicación del art. 165 del C.P.C.C., que somete su determinación al prudente arbitrio judicial.

Ahora bien, la actora ha sido imprecisa en tanto no ha aportado elementos que permitan determinar los gastos de transporte en los que incurrió.

Se limita a indicar que debe establecerse un importe de $300,00 diarios, pero ni siquiera hace referencia a sus actividades cotidianas.

Por otra parte, también debe ponderarse el período por el cual es procedente.

En este sentido, 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 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 al contestar la demanda, se pone a disposición el vehículo reparado y las falencias probatorias apuntadas en punto a la cuantificación, corresponde estimar prudencialmente este valor en la suma de $ 5.000,00, conforme las facultades establecidas en el artículo 165 del C.P.C. y C.

4.2. Daño moral:

Tal como lo hemos señalado en otras oportunidades, “la jurisprudencia asigna un carácter restrictivo a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, criterio que tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, “La reforma de 1968 al Código Civil”, p. 203; Ed. Perrot, Bs. As., 1971).

También hemos ponderado que esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (ver CNCom., Sala C, in re: “Giorgetti Héctor R. y otro c. Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. s. ordinario”, del 30.6.93; in re: “Miño Olga Beatriz c. Caja de Seguros S.A. s. ordinario”, del 29.5.2007)”.

Puntualmente, se ha sostenido que "se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la L.D.C. específicamente, omisión de información; trato indigno; mera inclusión de cláusulas abusivas, etc. y en segundo lugar, estas causas sólo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico" (Ghersi, Carlos A., "Los daños en el derecho de consumo", en comentario a fallo LA LEY 07/07/2011, 5; LA LEY 2011-D, 160, LA LEY ONLINE AR/JUR/4981/2011).

Y lo que se trasluce en esta causa, es la manifiesta despreocupación y desinterés de las accionadas en dar pronta solución al problema que afligía a la actora; no habiendo siquiera dado respuestas concretas en punto a la marcada demora registrada para la reparación.

En otros términos, no se le dio una solución razonablemente pronta y no se le dio la debida información; las circunstancias expuestas revelan que se configura el daño moral del actor ante el deficiente servicio de postventa o garantía de las demandadas en cuanto a las respuestas a los reclamos y a la demora en la reparación de su automóvil conforme las reglas de la sana crítica.

Con relación al "quantum" del daño moral y dado que no se han aportado elementos que den cuenta del preciso estado anímico de la accionante, estimo prudente establecerlo en la suma de $10.000.

5. Daño punitivo:

El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor Nº 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo. Expresamente contempla que 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.

Aquí, la cuestión se aleja del ámbito reparatorio, para centrarse, fundamentalmente, en la función preventiva de la responsabilidad civil (o, como prefieren otros señalar, del derecho de daños).

Así, “…el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro” (cfr. Barreiro, Rafael F. “La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo”. El daño punitivo, Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 185 RCyS 2016-XI, 199).

En efecto “…La función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad… De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas.

Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesoria es la sanción del dañador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria”.

“Chamatropulos cree que la finalidad primordial es la disuasión, y que el aspecto sancionatorio es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquélla. Esta visión presenta la cuestión desde una muy interesante perspectiva confiriendo prevalencia

al aspecto preventivo —acorde con la novedosa regulación de la responsabilidad civil- en relación a la punición, que no tendría un propósito exclusivo y único en sí misma sino que sólo sería el vehículo para arribar a una finalidad que se estima socialmente valiosa…" (cfr. Barreiro, ya citado).

5.1. Ahora bien, tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, para que proceda el daño punitivo es necesario que exista un factor de atribución calificado.

Así, Pizarro habla de "graves inconductas"; Kemelmajer de Carlucci, de "un hecho particularmente grave y reprobable". Hemos aludido a un grave reproche sobre la conducta del deudor, siendo necesario un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar, por ejemplo, si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros. En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave (cfr. "SUHS JAVIER ALEJANDRO CONTRA ARMORIQUE MOTORS S.A. S/ SUMARISIMO ART. 321", Expte. Nº 402344/9, entre otros).

En este caso, la inconducta se presenta en la falta de respuesta, en el defectuoso servicio de post-venta, pero fundamentalmente, en el marcado desinterés en dar la solución al consumidor urgiendo debidamente los actos necesarios para ello.

Se presenta nítida la falta de respuestas y la falta de compromiso para satisfacer el requerimiento de la consumidora, aspectos que permiten considerar la actitud de las demandadas, de una ostensible falta de interés en los problemas que aquejan al consumidor, lo que configura la hipótesis de daño punitivo prevista en el art. 52 bis de la LDC.

Considero configurada aquí una "grave indiferencia" o como refiere Pizarro un "menosprecio del dañador hacia el resultado y por las consecuencias que genera su accionar, aun cuando en el caso concreto pueda no haber mediado beneficio económico derivado del ilícito." (citado por Picasso, Sebastián en "Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada" Picasso, S. y Vázquez Ferreyra A., Ed. LA LEY, 2009, p. 602 en nota 1332).

Y en cuanto a su valuación, teniendo en consideración la reprochabilidad de la conducta y el posicionamiento de las demandadas en el mercado, entiendo que este rubro debe fijarse en la suma de $25.000.

En definitiva, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación y, en consecuencia, condenar a las demandadas al pago de la suma de $5000, en concepto de privación de uso y $10.000 en concepto de daño moral. Dichas sumas devengarán intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde el 27/10/14 y hasta el efectivo pago.

Asimismo, condenar al pago de la suma de $25.000 en concepto de daño punitivo.

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, también se calcularán a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén.

Las costas de ambas instancias se impondrán a las demandadas vencidas. MI VOTO.

El Dr. Jorge Pascuarelli dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, condenar a las demandadas: a) al pago de la suma de $5000, en concepto de privación de uso y $10.000 en concepto de daño moral, con más los intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde el 27/10/14 y hasta el efectivo pago y b) al pago de la suma de $25.000 en concepto de daño punitivo, la cual, de no ser abonada en el plazo de 10 días, devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas vencidas (art. 68 del CPCC).

3.- Readecuar las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de grado a lo aquí decidido, una vez que se cuente con pautas para ello (art. 20, LA).

4.- Regular los honorarios por la actuación en la Alzada en el 30% de lo que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"MONETTI CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ BANCO HIPOTECARIO NACIONAL S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 395335/2009) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Fideicomiso.

FIDEICOMISO. FIDEICOMISO DE GARANTIA. UNIDAD FUNCIONAL. CONVENIO DE PREVENTA. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD DEL BANCO. RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR.

1.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda por cumplimiento del contrato de fideicomiso de garantía, ya que los actores al momento de iniciar la demanda no se encontraban en condiciones de reclamar a la entidad bancaria fiduciante la escrituración y entrega del bien, en tanto el fiduciario no había cumplido con su obligación de construir las unidades funcionales en cuestión, máxime que no quedó acreditado que al momento de vencerse el plazo estipulado en el contrato de preventa el Banco hubiera efectuado la ejecución de la garantía fiduciaria y, en consecuencia, la demora le fuera imputable, tal como invocan los apelantes.

2.- Por otra parte, si bien conforme la cláusula novena de los contratos de preventa, en caso de mora debía el vendedor intimar en forma fehaciente al domicilio constituido por el término de quince días para que cumpla con sus obligaciones, cabe aclarar a partir de lo expuesto, que el Banco no fue el vendedor con quienes pactaron, sino la empresa constructora, y en consecuencia, ésta fue quien se comprometió a efectuar tal intimación. Además, de las constancias de autos (…), surge que los apelantes celebraron un convenio de preventa o reserva de la unidad funcional y no un contrato de venta con financiación del precio, tal como alegan los recurrentes. Así, todas las cuestiones relacionadas a la forma de pago, la financiación o pago de contado, el incumplimiento por parte de la constructora, son cuestiones por las que el banco no se responsabilizó, en tanto sólo se obligó a la transferencia del inmueble cuando las partes acreditasen haber cumplido con las obligaciones en el contrato de preventa.

3.- En definitiva, la condena al banco sólo hubiese sido posible si el actor hubiese cumplido con todas las obligaciones a su cargo y la constuctora con con la construcción, finalización y aprobación de la obra (cfr. "GAITAN JORGE LUIS CONTRA ALICURA S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", Expte. Nº 267118/1).

Texto completo:

NEUQUEN, 13 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MONETTI CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ BANCO HIPOTECARIO NACIONAL S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (JNQCI4 EXP 395335/2009) 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. 764 los actores dedujeron recurso de apelación contra la sentencia de fs. 754/763 vta., que rechaza la demanda, con costas.

Dicen, que la A-quo se equivoca al concluir que la obligación de escriturar se habría extinguido o no habría nacido. Alegan, que del intercambio epistolar entre las partes se desprende que la demandada en forma anticipada y sin aguardar que solicitaran la financiación del saldo del precio u ofrecieran el pago del mismo de contado, pretendió resolver unilateral e injustificadamente el contrato.

Sostienen, que no se puede pretender que acrediten el cumplimiento de obligaciones que no eran exigibles, tal como haber solicitado la financiación u ofrecido el pago de contado, cuando debían hacerlo al recibir las llaves de las unidades funcionales, las que jamás fueron puestas a su disposición. Afirman que no se encuentra en discusión que no se encontraban en mora.

Manifiestan, que la Sentenciante pasó por alto el intercambio epistolar.

Expresan que la carta documento del 18/10/2007 acredita el reconocimiento por parte del Banco Hipotecario del contrato, en tanto pretendió rescindir el mismo y en consecuencia todas las obligaciones asumidas, entre ellas, la de entregar las unidades funcionales y escriturar las mismas, luego su voluntad de resolver y las causas que invoca para la rescisión.

Además, manifiestan que la cláusula novena del contrato disponía que el vendedor debía intimar al comprador en forma fehaciente al domicilio constituido para que en el término de 15 días corridos cumpla con sus obligaciones, pero tal obligación no existió y el banco pretendió resolver el contrato equivocadamente. Sin perjuicio de ello, afirman que el banco no se encontraba en condiciones de intimarlos porque no existían obligaciones vencidas que debieran cumplir.

Critican la resolución de la A-quo en tanto utiliza como elemento a favor de la posición del banco que al inicio de este juicio las unidades funcionales aún no se encontraban en situación de entregarse ni otorgarse las escrituras, pero que por el contrario este es un elemento más para sostener que el banco no pudo resolver el contrato.

Agregan, que sin perjuicio que la obligación de pagar el saldo del precio, ya sea con financiación del propio banco o de contado, no llegó a ser exigible, al demandar ofrecieron cumplir.

Afirman que la obligación de escriturar quedó sujeta al cumplimiento del comprador, no del comprador y vendedor y que, en consecuencia, no puede invocarse la falta de terminación de la obra en el plazo indicado para resolver el contrato.

Por otra parte, se quejan por cuanto la Jueza sostuvo que el banco ejecutó su garantía designando a otra constructora y terminó la obra, pero cuando interpusieron la demanda ello no había ocurrido, por lo cual mal podrían haber reclamado la escrituración. Dicen, que ello no es fundamento para rechazar la demanda ya que ante la resolución injustificada del contrato por parte del banco ello los habilitó a demandar el cumplimiento del mismo a efectos de resistir la rescisión improcedente.

Manifiestan, que el banco nunca puso a disposición las unidades funcionales que hicieran nacer la obligación de solicitar el crédito y ofrecer la cancelación.

Afirman, que recién se encontraron en situación de solicitar la financiación u ofrecer el pago de contado al demandar el cumplimiento del contrato como forma de resistir la resolución que injustificadamente y sin razón proponía el banco.

Por último, mencionan que en el supuesto de la cesión de derechos de Theiler, el banco dispuso directamente de las unidades funcionales sin siquiera intentar la resolución del contrato.

Por último, se quejan de la imposición de costas y de los honorarios regulados a los letrados de las partes y peritos intervinientes, por considerarlos altos, reiterando lo expuesto a fs. 764.

A fs. 792/793 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

A fs. 766, los letrados de la demandada apelan sus honorarios por bajos, en tanto no se aplicó el art. 10 de la LA en cuanto establece el porcentaje estipulado en caso que el abogado actúe en el doble carácter de apoderado y patrocinante.

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 los recursos.

1. En el caso de autos, no se encuentra controvertido que: “De la prueba documental surge que Banco Hipotecario S.A. otorgó un crédito a Alicura S.A. para la construcción del emprendimiento Edificio Giuliani, el que fuera presentado por el originante Compañía General Hipotecaria S.A.; en resguardo del crédito otorgado se formalizó un fideicomiso de garantía, constituyéndose el Banco Hipotecario en fiduciario y beneficiario, al que se le transmitió el patrimonio fiduciario (inmueble); Alicura S.A. se constituyó en fiduciante y Compañía General Hipotecaria Sociedad Anónima en fiadora solidaria del crédito.

El pago del crédito se haría con el valor de las preventas de los departamentos y lo pagado a la escrituración de las unidades

funcionales".

"Los compradores aparecen en el negocio al suscribir la reserva y el convenio de preventa. El negocio concluye con la escrituración del inmueble por parte del Banco Hipotecario pues ostenta el dominio fiduciario, al comprador quien eventualmente otorgaría un crédito hipotecario para la cancelación del precio acordado con la vendedora", (fs. 756).

En ese contexto fáctico resulta aplicable la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia en cuanto sostuvo: "Que, no obstante lo expuesto, cabe precisar que en autos "ORTIZ, CARLOS ENRIQUE C/ INECOS S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Acuerdo Nº 13/07, a cuyos fundamentos in extenso me remito en honor a la brevedad, este Cuerpo ha examinado un convenio formulado en iguales términos al debatido en los presentes, cuyos postulados resultan, en consecuencia, de directa aplicación."

"La citada causa es, además, calificada por la propia accionante como idéntica a los presentes."

"Allí se reflexionó que la propiedad fiduciaria puede tener su fuente en un contrato –como es el caso de autos- del que surge la obligación del fiduciante de transmitir al fiduciario un bien afectado a una finalidad, que una vez cumplida, dicho bien es nuevamente transmitido al fiduciante o a un tercero, denominado fideicomisario."[…]

"14) Que en el convenio de preventa obrante a fs. 315/318 –suscripto entre el Presidente de INECOS S.A. (vendedora) y las señoras Miryam Susana Crespo Palomo, Mirta Noemí Crespo Palomo y Margarita Alejandra Crespo Palomo (compradoras)-, sobre cuya interpretación no cabe más que coincidir con el razonamiento efectuado por los sentenciantes de Alzada […]"

"De lo expresamente estipulado por las partes se deduce que la actora no se vinculó en forma directa con el Banco accionado."

"Pues, en la etapa de la negociación que se encontraba transitando la accionante –lo cual determina la razón de ser cierta de las diversas soluciones brindadas a los distintos casos llevados a juzgamiento ante la Cámara de Apelaciones-, el mencionado organismo tampoco firmó en carácter de parte vendedora, sino que claramente se consignó en la preventa que tal calidad ostentaba INECOS S.A., y que el Banco Hipotecario financiaría la construcción de la obra, sólo comprometiéndose a la transferencia del dominio del inmueble cuando la parte compradora acreditase el cumplimiento de las obligaciones asumidas en dicho convenio."

"Por lo demás, de las cartas documentos arrimadas a esta causa surge que la frustración del convenio no puede ser imputada al banco accionado, puesto que la accionante no acreditó su cumplimiento en orden a la cancelación del precio, lo que haría ingresar recién en escena a la entidad financiera para cumplir con su obligación de escriturar."

"Refuerza la interpretación expuesta, lo expresamente consignado en cuanto a que el representante de la entidad financiera concurría a la firma del documento bajo examen al solo y único efecto de comprometer la transferencia del dominio en virtud de su calidad de titular fiduciario."

"16) Que si bien es cierto que el Banco es titular fiduciario del bien inmueble con los alcances establecidos en la escritura de constitución del fideicomiso, no es menos cierto que no contrató con la adquirente de la vivienda, ya que la relación contractual se trabó entre el accionante e INECOS S.A. En este caso, estrictamente, y tal como en forma correcta lo analizó el Ad-quem, el Banco no fue parte del convenio de preventa de la unidad a construir."

"Sabido es que constituye una característica de los contratos que las estipulaciones en ellos pactadas obligan en forma recíproca a las partes que participaron del acuerdo (Arts. 1197 y 1199, C.C.) y que sus efectos son relativos. Regla ésta que pese a las modernas teorías que reconocen, en ciertas circunstancias, un efecto más amplio, conforme los sucesos, que rodearon la presente contratación, no cabe excepcionar."

"Pues, en las condiciones expuestas, el Banco resulta un tercero ajeno a la relación jurídica sustancial dispuesta en el convenio examinado."

"Por todo lo cual no cabe más que compartir el rechazo de la acción entablada a su respecto."

"En consecuencia, con arreglo al criterio expuesto, y siendo correcta la interpretación dada por el Ad-quem a la normativa en juego, corresponde declarar improcedente el remedio intentado por la demandada", (TSJ, Ac. N° 20/09, "CRESPO MIRYAM SUSANA C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ RESOLUCIÓN DE CONTRATO", Expte. nro. 45-año 2006).

Dicha doctrina resulta aplicable al presente, al tratarse de un caso similar donde el convenio de preventa firmado entre Alicura S.A. por una parte y los Sres. Carlos Alberto Monetti y Carmen Amalia Alemano, de fecha 08/07/1.998, en la cláusula décimo tercera dice: "Se halla también presente en este acto, el Sr. Mario Eduardo Lértora, en su carácter de Jefe del Area de Gestión Mayorista de la Delegación Neuquén del Banco Hipotecario Nacional, en adelante EL BANCO, quien manifiesta que concurre al sólo y único efecto de comprometer la transferencia del dominio del inmueble de que se trata, en los términos comprometidos por EL VENDEDOR, toda vez que actualmente ostenta el dominio fiduciario del inmueble, en garantía de recupero del crédito otorgado a EL VENDEDOR a los fines de la construcción del emprendimiento. Expresa asimismo que el compromiso asumido queda supeditado al cumplimiento por parte de EL COMPRADOR de las obligaciones emergentes de este Convenio, y a los restantes

términos del mismo", (fs. 7 vta).

Por otra parte, la cláusula 13 del convenio suscripto por el Sr. Theiler expresa: "Se halla también presente en este acto, el Sr. Julio Ernesto Arroyo en su carácter de Jefe del Area de Gestión Mayorista de la Delegación Neuquén del Banco Hipotecario Nacional, en adelante EL BANCO, quien manifiesta que concurre al sólo y único efecto de comprometer la transferencia del dominio del inmueble de que se trata, en los términos comprometidos por EL VENDEDOR, toda vez que actualmente ostenta el dominio fiduciario del inmueble, en garantía de recupero del crédito otorgado a EL VENDEDOR a los fines de la construcción del emprendimiento. Expresa asimismo que el compromiso asumido queda supeditado al cumplimiento por parte de EL COMPRADOR de las obligaciones emergentes de este Convenio, y a los restantes términos del mismo", (fs. 9vta.).

Además, los convenios poseen idéntica cláusula que establece que el comprador: "reunidos por el Emprendimiento Constructivo los requisitos previstos en LA OPERATORIA, podrá acceder, a los fines del pago del saldo de precio total arriba referido (80% del valor de la adquisición), a la financiación de EL BANCO en el marco de la Línea de Crédito ACCESO INMEDIATO en sus diversas modalidades, a cuyo efecto ha sido favorablemente calificado. El acceso al crédito quedará condicionado al mantenimiento de la situación laboral, económica y de ingresos de EL COMPRADOR tenido en cuenta a los fines de dicha precalificación, al momento del efectivo otorgamiento del crédito. La financiación a otorgar, en su caso, por el Banco Hipotecario S.A., a los efectos de la cancelación del saldo de precio de la unidad fijado en el presente párrafo, podrá ser acordada en PESOS si así lo solicitare EL COMPRADOR, y la financiación no excediera del 80% (Ochenta por ciento) del valor de la tasación del inmueble)", (fs. 6vta. y 8vta.).

Luego, la cláusula décimo cuarta de ambos convenios expresa: "EL COMPRADOR reconoce la calidad de Titular Fiduciario del inmueble que ostenta EL BANCO, así como que, resultando de aplicación los artículos 14 y 15 de la Ley 24.441, carece de cualquier derecho y/o acción contra el Banco, sin perjuicio de las acciones que pudiera ostentar contra EL VENDEDOR".

A partir de lo expuesto, es que los actores en autos no se vincularon en forma directa con el banco demandado, en tanto la entidad financiera se comprometió a la transferencia del dominio del inmueble sólo en su carácter de fiduciario y en el supuesto en que las partes del contrato de preventa cumplieran sus obligaciones, hecho que no sucedió, en tanto Alicura S.A. no finalizó con la construcción de la obra en cuestión.

Y en este sentido, los actores no rebaten lo expuesto por el perito con especialidad en arquitectura, quien a fs. 628 informa que "a partir de lo estudiado del expediente de obra 581-B-2004 / 3680-B-2012 (Moratoria) (Municipalidad de Neuquén), puedo determinar que según el certificado final de obra B° 076/2013 que la fecha de finalización de obra fue el 19 de Noviembre de 2013".

Pero además, el experto a fs. 627vta. transcribe el formulario de cambio de constructor presentado ante la Municipalidad de Neuquén, el que dice: "En el día de la fecha (07/06/2004), inspecciono la propiedad ubicada en Marcelo T. de Alvear N° 45 constatando que SI concuerda con los planos de edificación presentados ante la Municipalidad. Estado de Obra: Obra gruesa ejecutada – Faltan terminaciones de pintura, pisos y cielorraso s– Falta revestimiento en escaleras – Falta colocar aberturas - Faltan artefactos sanitarios en varios niveles-. Observaciones: Falta indicar tabiques y sector para subestación trasformadora en subsuelos – Columnas no indicadas".

A partir de lo expuesto, tal como lo sostuvo la A-quo, los actores al momento de iniciar la demanda no se encontraban en condiciones de reclamar al banco la escrituración y entrega del bien, en tanto Alicura no había cumplido con su obligación de construir las unidades funcionales en cuestión (fs. 762). En definitiva, a la fecha de interposición de la demanda no se podía escriturar en tanto las unidades funcionales no se encontraban terminadas, lo cual no rebaten los recurrentes.

Además, no quedó acreditado en autos que al momento de vencerse el plazo estipulado en el contrato de preventa el Banco Hipotecario hubiera efectuado la ejecución de la garantía fiduciaria y, en consecuencia, la demora le fuera imputable, tal como invocan los apelantes.

Entonces, resultaba de aplicación la cláusula novena de los contratos de preventa celebrados, que establecía que, para el supuestos que Alicura S.A. no cumpliera, es decir estar terminada la obra para el año 2000, los compradores podrían considerar rescindido de pleno derecho el convenio, en cuyo caso el vendedor debía reintegrarles en un plazo de cinco (5) días la suma total de los pagos efectuados por cualquier concepto con más intereses y una indemnización total del 10% del precio pactado para la venta futura (fs. 7 y 9). En este sentido es expuesto por la Jueza de grado a fs. 759vta. y los apelantes no se quejan al respecto.

Asimismo, los recurrentes nada dicen de lo expuesto por la Jueza de grado en cuanto a que "Ninguna de las partes modificó su posición procesal ni alegó en el sentido de considerar hechos posteriores, por lo que la pretensión y defensa analizada en esta sentencia tendrá en cuenta los hechos existentes a la traba de la litis".

Además, la ejecución de la garantía por parte del banco tampoco torna procedente el reclamo, tal como pretenden los apelantes.

Ello, por cuanto el banco, "La primera posibilidad es ejecutar la garantía en el estado en que se encuentre. La segunda variante es

continuar con la obra y luego vender las unidades funcionales para recuperar el crédito. Ambas son formas de ejecución de la garantía y, cualesquiera sea el caso, siempre se entiende que el Banco fiduciario actúa por cuenta y riesgo del originante, esto es, bajo responsabilidad patrimonial de este último. El Banco fiduciario es, así, mero soporte jurídico de la propiedad, vacío de contenido económico; es el titular el proyecto, pero patrimonialmente hablando, no se enriquece con el negocio. Es por eso que el Banco fiduciario ejecuta su garantía por cuenta y riesgo del originante, porque los resultados del negocio siguen siendo del originante, aunque primero sean aplicados a cancelar el crédito de la entidad.

En definitiva, cuanto el fiduciario actúa por cuenta y riesgo del originante, la responsabilidad de los actos realizados continúa siendo de este último (conf. Freire, B., ob. cit., ps. 273/274)", (CNCom., Sala D, en autos "Molina, Adriana M. c. Banco Hipotecario S.A.", 14/08/2007, La Ley On Line, AR/JUR/5192/2007).

Luego, sin perjuicio de lo expuesto en cuanto al reclamo de la escrituración de los inmuebles, cabe señalar que no se encuentra discutido en autos que los actores debían firmar el convenio de preventa y además "completar la solicitud de crédito, aportar la documentación requerida por el BHN a efectos de su evaluación crediticia" (fs. 758vta.), y tal como lo sostuvo la Jueza a fs. 759vta., "no hay evidencias de que hubieran requerido y tramitado el crédito y véase que el contrato de preventa prevé la posibilidad de que no calificaran para el crédito, supuesto en el que hubieran podido cancelar el saldo del precio de contado".

Además, del intercambio epistolar al que aluden los apelantes a fs. 786, no surge el requerimiento y tramitación del crédito, en tanto al respecto la CD de fecha 14 de Noviembre de 2007 dice: "intimo […] 2°) en el término de 15 días de recibida la presente, cumpla con el contrato oportunamente suscripto, transfiriendo la propiedad de las unidades otorgando la financiación en las condiciones pactadas por el saldo del precio establecido en el contrato, pesificado a la relación de cambio U$S1 =$1, conforme las disposiciones legales pertinentes", (fs. 14).

Por otra parte, si bien conforme la cláusula novena de los contratos de preventa, en caso de mora debía el vendedor intimar en forma fehaciente al domicilio constituido por el término de quince días para que cumpla con sus obligaciones, cabe aclarar a partir de lo expuesto, que el Banco no fue el vendedor con quienes pactaron, sino Alicura S.A., y en consecuencia, ésta fue quien se comprometió a efectuar tal intimación. Además, de las constancias de autos (fs. 6 a 10), surge que los apelantes celebraron un convenio de preventa o reserva de la unidad funcional y no un contrato de venta con financiación del precio, tal como alegan los recurrentes.

Así, todas las cuestiones relacionadas a la forma de pago, la financiación o pago de contado, el incumplimiento por parte de la constructora, son cuestiones por las que el banco no se responsabilizó, en tanto sólo se obligó a la transferencia del inmueble cuando las partes acreditasen haber cumplido con las obligaciones en el contrato de preventa.

En definitiva, la condena al banco sólo hubiese sido posible si el actor hubiese cumplido con todas las obligaciones a su cargo y Alicura S.A. con la construcción, finalización y aprobación de la obra (cfr. "GAITAN JORGE LUIS CONTRA ALICURA S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", Expte. Nº 267118/1).

A partir de lo expuesto, el recurso de los actores no resulta procedente.

2. Luego, en punto a las apelaciones arancelarias efectuadas por los actores a fs. 764 y a fs. 766 por los letrados de la demandada, 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 a los Dres. ... y ... deben ser elevadas al 22,4% en forma conjunta dado que actuaron en el doble carácter (conforme los arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39 de la L.A).

Por otro lado, en cuanto a los honorarios de los peritos, cabe tener en consideración que si bien no existen pautas aplicables a sus honorarios, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP Nº 385961/9).

Sentado lo anterior y, efectuados los cálculos de rigor, de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que la regulaciones de los peritos, atacadas por los actores a fs. 764, resultan ajustadas a derecho por lo que se impone su confirmación.

En cuanto a las costas, la recurrente no alega fundamentos para apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C. y C.) aplicado por la A-quo (conf. Ac. N° 20/09 TSJ "CRESPO MIRYAM SUSANA C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/RESOLUCIÓN DE CONTRATO").

III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar el recuso de apelación deducido por los actores y hacer lugar a la apelación arancelaria de los letrados de la demandada, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 754/763vta. y elevar los honorarios de los letrados de la demandada al 22,4% en forma conjunta (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39 de la L.A), confirmándola en lo restante que fue

materia de recurso y agravios. Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recuso de apelación deducido por los actores y hacer lugar a la apelación arancelaria de los letrados de la demandada, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 754/763vta. y elevar los honorarios de los letrados de la demandada al 22,4% en forma conjunta (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39 de la L.A), confirmándola en lo restante que fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los que correspondan a la instancia de grado.

3. Regístrese, notifíquese 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

"SUCES. ALVAREZ MEDINA RAUL O. C/ CASTRO DANIEL EDGARDO Y OTRO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 387769/2009) – Sentencia: 112/17 – Fecha: 15/06/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

MALA PRAXIS MÉDICA. INTERVENCION QUIRURGICA. OBLITO QUIRURGICO. RESPONSABILIDAD DE LOS MEDICOS. CULPA MÉDICA. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Para que un Juez pueda condenar a un médico por mala praxis, éste debe ser responsable del daño que ha sufrido la víctima. Esta responsabilidad supone que ha actuado con culpa, esto es, con negligencia o impericia, cometiendo en su hacer errores que no pueden ser excusados u omitiendo realizar las acciones que debían –también inexcusablemente- ser llevadas a cabo.

2.- A los efectos jurídicos de la responsabilidad médica, no surge de la causa que haya mediado culpa médica, en tanto no se ha acreditado que haya existido un oblito quirúrgico -cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente- en la intervención llevada a cabo por el galeno, o que haya mediado una impericia en la práctica de la cirugía o un inadecuado tratamiento, es claro que la demanda no puede prosperar. No medió un obrar negligente, imprudente, imperito -en definitiva, culposo- en la práctica del acto quirúrgico, en sí.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SUCES. ALVAREZ MEDINA RAUL O. C/ CASTRO DANIEL EDGARDO Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS" (JNQCI3 EXP 387769/2009) 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 la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Contra la sentencia dictada en autos que desestima la demanda interpuesta, apela la parte actora.
Expresa sus agravios en hojas 1334/1338.
Los agravios son contestados en hojas 1340/1342 y 1344/1346, por las citadas en garantía. En hojas 1348/1350, por Castro y, en hojas 1351/1352, por la Clínica Pasteur.
2. La parte actora se queja, en primer término, de la fundamentación de la sentencia, en tanto considera que el magistrado ha desatendido el plexo probatorio.
Dice que se encuentra acreditada la existencia de un cuerpo extraño en el organismo de Alvarez Medina, con posterioridad a la intervención quirúrgica, que generó un cuadro infeccioso gravísimo. Indica que el juez se desentendió de llevar adelante un minucioso análisis sobre la existencia de ese cuerpo extraño (gasa) en la humanidad del extinto, sin analizar toda la situación concatenada y circunstanciada, con el resto de los elementos incorporados.
Refiere que omite valorar pruebas fundamentales que dan cuenta de la existencia del oblito quirúrgico existente.
Manifiesta que el Juez sobredimensiona lo expuesto por el perito, sin analizar otras pruebas.
La referencia a las otras pruebas omitidas, son las siguientes: a) que el perito indica en la respuesta al punto 1) que el oblito produjo infección en la herida quirúrgica; 2) el certificado médico del Dr. Guzmán de fecha 30/05/2008 agregado en hoja 507 del que surge: “paciente con talla vesical que se eventra por donde surge gasa de color verde amarillenta. Se sugiere internación y “observación” (parecería decir) por cirugía general. San Martín 30/05/2008”.
Sobre la base de estos elementos (digo esto, por cuanto no individualiza concretamente, ningún otro elemento de prueba en apoyo de la conclusión a la que, estima, debió abordar el magistrado) y refiriéndose genéricamente a la historia clínica, afirma que se infiere con absoluta claridad, que no hay forma de que el elemento gasa, haya ingresado al organismo, sino a partir de la intervención llevada a cabo por Castro.
Afirma: “Es verdaderamente imposible que durante curaciones posteriores a la intervención la gaza haya podido arribar a la zona del campo quirúrgico donde fue encontrada por el Dr. Guzmán”
Agrega que de la documentación acompañada surge claramente el deterioro del estado de salud del Sr. Alvarez Medina, con posterioridad a la intervención.
2.1. He efectuado un profundo análisis de las posiciones asumidas por las partes en esta causa y de las pruebas que se han reunido. He ponderando la totalidad de las constancias arrimadas, a las que se debe ajustar la decisión judicial y he concluido en que la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia debe ser confirmada.
Es que, como lo señalara nuestra Corte Suprema, debo aquí decir que “…aún en el doloroso marco de la desgraciada y lamentable situación por la que atraviesa el actor, no puede dejarse de resaltar el grado de delicadeza y precisión con que deben valorarse las pruebas y circunstancias del caso para determinar la mala praxis…” (cfr. CSJN “Lapido, Eduardo R. c. Sanatorio Privado Figueroa Paredes S.A. y Otros, 05/09/2002).
Explicaré, entonces, las razones que me conducen a adoptar esta solución.
2.2. Para que un Juez pueda condenar a un médico por mala praxis, éste debe ser responsable del daño que ha sufrido la víctima.
Esta responsabilidad supone que ha actuado con culpa, esto es, con negligencia o impericia, cometiendo en su hacer errores que no pueden ser excusados u omitiendo realizar las acciones que debían –también inexcusablemente- ser llevadas a cabo.
Así se ha indicado que para fundar una sentencia por responsabilidad civil de los médicos, se requiere la existencia de “la culpa del profesional a partir de una acción contraria a las reglas consagradas por la práctica médica de acuerdo al estado de los conocimientos al tiempo de cumplida la prestación, considerando su adecuación a las particularidades del paciente y la manifestación de su enfermedad (lex artis ad hoc), y su directa relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente… el estándar de diligencia exigible es la aplicación de la evidencia científica a la oportunidad terapéutica que cada paciente y las circunstancias que lo rodean, razonablemente permite, en un todo de acuerdo a lo estatuido por el art. 512 de nuestro Código Civil.
Ello así por cuanto ni la medicina es geometría ni la naturaleza humana es una máquina absolutamente previsible. Dicho de otro modo, la práctica médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad, criterio que fijara nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en un antiguo e importante fallo en materia de responsabilidad profesional de los médicos.
El primer requisito entonces de la responsabilidad médica es la culpa del profesional en la ejecución de sus obligaciones para con el paciente, las cuales generalmente son aquellas relativas al contrato de asistencia médica que lo liga con el enfermo, en virtud del cual el paciente tiene como débito principal el de colaboración terapéutica -traducido en informar acabadamente sobre sus antecedentes y síntomas, y en cumplir el tratamiento, controles y pautas de alarma indicadas por el profesional-; mientras este

último, el de llevar adelante un obrar de acuerdo a la lex artis.

El criterio de valoración es el de la culpa in concreto y, en ese orden, las circunstancias de tiempo, persona y lugar resultan decisivas al momento de juzgar la actividad galénica.

El estado de salud del paciente, su propia condición mórbida, eventualmente su inespecífica sintomatología para arribar a un diagnóstico certero, las características de su patología de base y, en definitiva, su propia idiosincrasia, constituyen circunstancias personales que deben contemplarse al momento de juzgar al médico. Al mismo tiempo, los avances científicos, como así también situaciones de urgencia o emergencia médica, resultan -entre otros- factores de tiempo que deben ponderarse al momento de valorar si hubo o no error inexcusable. Y por su parte los medios que el galeno tuvo a su alcance y la infraestructura prestacional del centro donde brindó su atención, muy diversa según se trate de una institución de alta complejidad o de un establecimiento de atención primaria, constituyen circunstancias de lugar en las que debe repararse a la hora de ponderar el acto médico…" (cfr. Acevedo Rafael, "El valor probatorio de la historia clínica a la luz de dos recientes pronunciamientos y la relación adecuada de causalidad como presupuesto infranqueable" RC y S 2012-IV-211).

3. Contrariamente a lo afirmado por la parte recurrente, el estado de salud del Sr. Alvarez Medina se encontraba muy deteriorado antes de ser intervenido quirúrgicamente, no pudiéndose afirmar que tal deterioro fuera producto de la intervención.

De las constancias de la historia clínica acompañada, surge que el paciente era portador de HIV, que era diabético insulino dependiente; así también que ya registraba síntomas de "pie de diábetico"; que había sido internado en oportunidades anteriores por no seguir los tratamientos indicados; y que se le había extendido un certificado médico, en el que constaba que tenía una discapacidad del 80%. (cfr. hojas 5, 12, 31, 36, 963, 965, entre otras).

Con relación al punto 1 del dictamen pericial, recordemos, que se refería a la siguiente pregunta: "Describa las lesiones sufridas por el actor a raíz del oblito quirúrgico denunciado en autos y se manifieste respecto a las secuelas del mismo". La segunda rezaba: "Mencione si a su criterio, las secuelas descriptas en el punto anterior guardan nexo causal con los daños y perjuicios ventilados en autos, especificando si el oblito quirúrgico bajo tratamiento y la con recuente infección crónica que afectó al actor, potenció el cuadro diabético que lo afectaba" (sic).

El perito responde a la primera: "El oblito produjo infección en la herida quirúrgica". A la segunda indica: "El actor era portador de una inmunodeficiencia adquirida y una diabetes tipo 2 grado V que potenciaron la infección y retroalimentaron las patologías".

Estas respuestas, fueron dadas en un contexto de análisis precedente, en el que el perito -tal como el magistrado señala- puntualizó:

"Se trata de un paciente fallecido con patologías de alto riesgo, con una diabetes tipo 2 con mal seguimiento o incumplimientos propios del tratamiento que tenía un grado IV-V antes de la cirugía prostática en 2007; era portador de VIH ya en estadio SIDA en tratamiento con tres drogas antivirales, según los análisis obrantes en autos con CD$ muy bajos y alta carga viral y compromiso inmunológico, con serología positiva para hepatitis B (HBC) …"Se operó e internó tres veces en la Clínica Pasteur y según las HC nunca se encontró un cuerpo extraño en hipogastrio y siempre presentó un estado de abandono y desnutrición amén de las infecciones y descompensaciones diabéticas".

Luego indica que en el Policlínico Modelo de Cipolletti se le hizo una ecografía abdominal, describiendo los hallazgos; sin embargo, no surge de la misma, presencia de oblito alguno.

Así lo consigna el perito y lo resalta: "Tanto en los estudios mencionados como en la cirugía (que es a cielo abierto) no hay una sola mención a un cuerpo extraño en hipogastrio, y si al mal estado general al ingreso y estado de desnutrición".

Nótese que la conclusión a la que arriba el experto, en orden a que la gasa a la que hace referencia el actor, pudo ser producto de intervenciones posteriores o de la atención domiciliaria, encuentra fundamento en este estudio y en lo consignado en punto a que "del análisis de la documentación obrante en autos se destaca la Epicrisis del Policlínico Modelo de Cipolletti donde fue operado del abdomen por última vez se desprende que entre octubre/2007 (fecha de la operación de próstata) hasta abril/2008 (fecha del alta del Policlínico Modelo de Cipolletti) no hay constancia de ningún "oblito"…."

Esta categórica afirmación del perito que encuentra sustento en las constancias de las actuaciones, no es refutada con pruebas en contrario, siendo insuficiente el certificado emitido por el Dr. Guzmán en tanto sólo da cuenta de la existencia de una gasa en la talla vesical, pero desde allí, no puede deducirse, como lo alega la parte actora, que la gasa sea técnicamente "un oblito quirúrgico".

Por el contrario, tal conclusión se contrapone a las concretas constancias médicas obrantes en la causa y en especial, a la ecografía a la que alude el perito.

Por lo tanto, es claro que el fundamento en el que la parte actora funda la responsabilidad médica no ha sido acreditado, desde lo cual, la acción no puede prosperar.

3.1. Destaco, además, que la pericia médica no fue motivo de oportuna crítica por el recurrente.

En este punto debe destacarse, tal como lo señalara el TSJ que: "…si bien es cierto que la falta de impugnación de las partes en ocasión de dárseles vista del dictamen pericial, no les impide formular las observaciones que se estimen convenientes al alegar -oportunidad en que pueden expedirse sobre el valor probatorio de la pericia- lo cierto es que la ausencia del oportuno cuestionamiento incide en la valoración jurisdiccional: como imperativo del propio interés, la falta de impugnación o pedido oportuno de explicaciones puede incidir negativamente en la posición de la parte.

En efecto: si un peritaje sólo puede impugnarse mediante la demostración cabal de la incompetencia técnica, la crítica debe sustentarse sobre bases sólidas demostrativas de la equivocación del experto; la objeción debe contener fundamentos válidos que formen la convicción del magistrado sobre su procedencia, debiendo reunir la suficiente fuerza para lograr evidenciar la falta de idoneidad, competencia o principios científicos del dictamen; en definitiva, debe constituir una "contrapericia" y, por ende, contener una adecuada explicación de los principios científicos o técnicos en los que se la funde: por ello no puede ser una mera alegación de los pareceres subjetivos o de razonamiento genéricos del contenido del dictamen…"

Así se ha dicho que "las observaciones formuladas a la prueba pericial y que importan en definitiva un análisis de ese medio probatorio, deben hacerse en la debida oportunidad procesal…Si la pericia fue agregada en autos y puesta al examen de las partes por el plazo legal, sin haber merecido objeción alguna del recurrente, éste no puede agraviarse si el juzgador falló de acuerdo al dictamen pericial…Cuadra insistir en que la oportunidad reglada en el artículo 473 del ordenamiento procesal, es la más adecuada para cuestionar la prueba pericial, al posibilitar un debate con participación del perito, a quien puede entonces pedirse ampliación de su dictamen o, incluso, decretar un nuevo estudio técnico…" (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales… Comentados y Anotados, Tomo V-B, pág. 420).

4. Como se advierte, las críticas efectuadas no logran contrarrestar el razonamiento del magistrado, debiéndose una vez más insistir en que "la parte debe seleccionar del discurso aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Efectuada la labor de comprensión, le cabe demostrar cual es el punto del desarrollo argumental que muestra un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica –dando las bases del distinto punto de vista- que lleva al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la decisión que recurre…" (CNCont. Adm. Sala 2°, 7-9-04).

Y, en este caso, la recurrente no ha cumplido con este recaudo y, además, la decisión se presenta sólida en punto al sustento probatorio, en el que se funda la decisión sobre los hechos.

Por ello, no surgiendo de la causa que haya mediado culpa médica, en tanto no se ha acreditado que haya existido un oblito quirúrgico en la intervención llevada a cabo por Castro, o que haya mediado una impericia en la práctica de la cirugía o un inadecuado tratamiento, es claro que la demanda no puede prosperar.

No medió un obrar negligente, imprudente, imperito -en definitiva, culposo- en la práctica del acto quirúrgico, en sí.

Y, "Si no se acreditó que tanto la fractura como las complicaciones habidas en el paciente pudiera atribuirse a los médicos a título de culpa, no cabe atribuir responsabilidad al galeno tampoco si no surge de la pericia médica ni de prueba alguna, el incorrecto o negligente accionar médico. El éxito final de un tratamiento o de una operación no depende enteramente del profesional, sino a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de controlar. Si se encontraba glosada la historia clínica y no estaba en discusión el acto quirúrgico en sí, sumado al riesgo que entraña el procedimiento utilizado, parece claro que el actor debió acreditar el error o negligencia del galeno y la incidencia de esa conducta en el daño que se alega", (CNCiv., Sala E, E584009, CALLA, Marcelo Salvador y otro c/ SPERANZA, Vito y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS, 22/11/11, Sumario N° 21591 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Por estas razones, propongo al Acuerdo, que se rechace el recurso de apelación, confirmándose la sentencia de grado en todo cuanto fuera motivo de agravio. Las costas de esta instancia, estarán a cargo de la parte recurrente 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.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 1305/1312vta. en todo cuanto fuera motivo de agravio.

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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"VILLEGAS JOSE RAMON C/ FOSATTI CARLOS A. Y OTRO S/ PRESCRIPCION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 501017/2013) – Sentencia: 113/17 – Fecha: 15/06/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

USUCAPION. RECURSO DE APELACION. APRECIACION DE LA PRUEBA.

1.- En los juicios de usucapión la prueba rendida debe reunir condiciones de exactitud, claridad y precisión, y la magistratura debe analizarla con estrictez, atento los valores involucrados y las consecuencias que se derivan cuando se acoge la demanda.

2.- Si los elementos aportados deben analizarse con suma prudencia y sólo acceder a la petición cuando los extremos acreditados lleven absoluta certeza al Juzgador sobre los hechos afirmados, el déficit probatorio que se observa en el caso, conduce a confirmar la solución brindada, en el sentido de no tener por acreditada la existencia de la posesión del inmueble por el término de 20 años para usucapir.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VILLEGAS JOSE RAMON C/ FOSATTI CARLOS A. Y OTRO S/ PRESCRIPCION" (JNQCI1 EXP 501017/2013) 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 actor apela la sentencia recaída en la instancia de origen, en tanto desestima la acción. La Sra. Jueza no tiene por acreditada la existencia de la posesión del inmueble, por el término de 20 años.

Expone que la magistrada yerra al referirse a la posesión anterior –detentada por su padre- en tanto no la invocó para hacer valer su plazo. Dice que no se trata de un supuesto de accesión de posesiones, sino que, por sí mismo, posee el inmueble desde el año 1990.

Luego se queja de que no se haya tenido en cuenta la totalidad de la prueba ofrecida, lo que era necesario, puesto que en los casos de prescripción adquisitiva, estamos frente a un supuesto de prueba compleja, tal como lo ha referido en innumerables oportunidades esta Cámara.

Hace mención a la intimación municipal para el pago de tasas, al plano de mensura, a la constancia de compra de electrodomésticos en los que se consigna como domicilio el del inmueble que se pretende usucapir, la denuncia policial.

Asimismo, hace referencia a los testimonios brindados, en tanto son claros en punto a los actos posesorios y al tiempo del que datan los mismos.

Por último, se queja de que no se haya ponderado el absoluto desinterés de la demandada en el juicio, a punto tal, que en autos se

presentó la defensora oficial.

Dice que la defensora efectúa una negativa genérica, sin rechazar categóricamente la documental acompañada, ni los hechos esgrimidos y además, que no se han presentado terceros interesados.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Así planteada la cuestión, desde ya debo adelantar que el recurso no habrá de prosperar.

En efecto, en los juicios de usucapión la prueba rendida debe reunir condiciones de exactitud, claridad y precisión, y la magistratura debe analizarla con estrictez, atento los valores involucrados y las consecuencias que se derivan cuando se acoge la demanda.

Tal tesitura concuerda, por otra parte, con el criterio de esta Sala, al señalar: “En los juicios de adquisición del dominio por usucapión deben analizarse los elementos aportados con suma prudencia y sólo acceder a la petición cuando los extremos acreditados lleven absoluta certeza al Juzgador sobre los hechos afirmados, ya que están en juego poderosas razones de orden público, pues se trata de un modo excepcional de adquirir el dominio que, correlativamente, apareja la extinción para su anterior titular en virtud del principio de exclusividad de este derecho real sentado por el art. 2508 del Cód. Civil” (cfr. CNAC, Sala H, LL 2007-C, 228 con voto de la Dra. Areán; CNCivil, Sala F, 28-11-80, ED 93-353; íd. Sala D 15-11-77, LA LEY, 1978-A, 520; íd. íd. 4-4-84, Rep. LA LEY, XLIV-1609; íd. íd. 4-5-84, ED 111-540; íd. Sala A 10-3-76, LA LEY, 1976-C, 381; CNFederal Civil y Comercial, Sala I, 30-6-89 LA LEY, 1990-A-58; CApel. CC Moron, Sala II, 26-6-84, ED 114-694; CApel. CC Santa Fe, Sala I, 22-11-79, Juris, 61-132, entre tantos otros. En idéntico sentido, Sala II de esta Cámara, Exptes. 347782/07, 239279/0, entre otros).

2.1. Ahora bien, véase que, en este caso, la prueba documental aportada, en su mayor parte (con excepción del instrumento de cesión que data del año 2011 y el plano), lo ha sido en fotocopia simple.

La denuncia policial y los comprobantes de compra en locales comerciales no acreditan la posesión, sino –y a lo sumo- el domicilio del accionante (que puede estar allí situado a partir de una simple tenencia).

No se han adjuntado comprobantes de pago de impuestos, ni se ha oficiado a los organismos municipales y provinciales para que informen al respecto.

La copia de la intimación efectuada por el Municipio no permite colegir que se hayan pagado los impuestos durante los 20 años requeridos. Esto tiene virtualidad porque, aún cuando el pago de las cargas fiscales no prueba la posesión misma, ciertamente, es una demostración de la intención de adquirir del poseedor. Sin embargo, este extremo está ausente.

Tampoco se ha producido prueba pericial acerca de las mejoras para determinar su antigüedad, ni elementos que permitan acreditar categóricamente que fueron realizados por el accionante.

En este contexto, la prueba con valor convictivo suficiente se reduce a la testimonial; sin embargo, como bien lo señala la magistrada, por sí sola es insuficiente.

3. A esta altura debo señalar que es cierto que en el caso no se ha invocado una accesión de posesiones.

No obstante ello, no advierto que ello haya sido el fundamento central de la decisión; sino que, justamente, el déficit en acreditar la existencia de la posesión anterior ejercida por su padre, conspira en contra de la pretensión.

O dicho, en otros términos y en sentido contrario: De haberse acreditado la posesión anterior, ello hubiera coadyuvado para que, en un análisis integral de la prueba, su posición pudiera haber sido receptada.

4. Por último, las alusiones que efectúa en punto a los términos de la contestación de demanda o el desinterés del demandado y de terceros, tampoco son decisivas.

Es que, “en el juicio de usucapión se ve afectado el orden público como que está en juego el derecho de propiedad inmueble y su forma de transmisión, por lo que el allanamiento no adquiere la virtualidad decisoria que puede tener en otros procesos en los que se discuten derechos privados eminentemente subjetivos y patrimoniales que, por ello, no basta el allanamiento ni la rebeldía para la admisión de la demanda” (CNCiv. Sala F, L.388517, ARNAUDO, Fernando c/ GENARO OLIVA (S/SUC. HERENCIA VACANTE) y otros s/ PRESCRIPCION ADQUISITIVA, 10/04/03, Sumario N° 15424 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 13/2003).

La prescripción adquisitiva incumbe no sólo al interés particular sino, especialmente, al interés social. Dicho fundamento –interés social- no reside en la carencia de actos posesorios por parte de los titulares del dominio, sino en la ejecución de tales actos durante cierto lapso por parte de quien quiere prescribir adquisitivamente a su favor (cfr. Highton Elena, Dominio y usucapión, TII, Ed. Hammurabi, p. 138 y 149).

Por estas razones, es que en el juicio de usucapión, como se viene señalando, lo neurálgico y decisivo resulta ser la prueba de la posesión con sus elementos: corpus y animus domini, aspectos sobre los que, reitero, se observan marcadas deficiencias en esta causa.

Como sostiene la Corte Suprema de la Nación, dado el carácter excepcional que reviste la adquisición del dominio por el medio

previsto en el art. 2524, inc. 7°, del Código Civil (art. 4015 de aquél), la realización de los actos comprendidos en el art. 2373 de dicho cuerpo legal y el constante ejercicio de esa posesión deben haber tenido lugar de manera insospechable, clara y convincente (Fallos: 300:651; 308:1699 y 316:2297), lo cual no puede inferirse de pruebas insuficientes (Fallos: 311: 2842). Es decir: no basta con que se acredite un relativo desinterés por el inmueble por parte del demandado, sino que es necesaria la cabal demostración de los actos posesorios efectuados por quien pretende usucapir y que sean lo suficientemente idóneos como para poner al propietario, que debe haber tenido conocimiento de ellos, en el trance de hacer valer por la vía que corresponda, los derechos que le han sido desconocidos (Fallos 326:2048).

En resumidas cuentas: si los elementos aportados deben analizarse con suma prudencia y sólo acceder a la petición cuando los extremos acreditados lleven absoluta certeza al Juzgador sobre los hechos afirmados, el déficit probatorio que se observa en el caso, conduce a confirmar la solución brindada.

Propongo al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación, confirmándose el pronunciamiento de grado en todo cuanto fuera motivo de agravio. Las costas generadas por su intervención, estarán a cargo de la recurrente. 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 parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 139/142vta. en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Las costas generadas por su intervención estarán a cargo de la recurrente (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios de la letrada interviniente 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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"VALDEBENITO CECILIA DEL CARMEN C/ SANCHEZ CLAUDIA MARIEL S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 445950/2011) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 22/06/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO. COMUNICACION DEL DESPIDO. DAÑO MORAL. PRUEBA. IMPROCEDENCIA. COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO.

1.- La recepción del daño moral en el campo de las relaciones laborales –si bien se ha ampliado- presenta características de excepcionalidad. El criterio general en esta materia ha sido siempre que el resarcimiento del art. 245 LCT cubre -en principio- todos los perjuicios que pudieran haber derivado del distracto.

2.- Cabe revocar la sentencia de grado en cuanto hace lugar al reclamo por daño moral, pues se ha tenido por acreditada la justa causa del despido invocada por la empleadora, en tanto llega firme a esta instancia que la actora obró de mala fe, toda vez que, mientras estaba de

licencia médica, trabajó para otro empleador. Luego, descartada la ilicitud del despido, debió acreditarse que los términos de la misiva, por sí mismos, revestían un carácter injuriante tal, que causaron el daño moral alegado.

3.- 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, las costas de la instancia de origen deben imponerse en el orden causado. En cuanto a las costas de la Alzada deberán ser impuestas a la actora, en su calidad de vencida.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VALDEBENITO CECILIA DEL CARMEN C/ SANCHEZ CLAUDIA MARIEL S/ COBRO DE HABERES" (JNQLA4 EXP 445950/2011) 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. Contra la sentencia que hace lugar parcialmente a la acción, apela la demandada.

Se agravia en cuanto hace lugar al reclamo por daño moral y por la imposición de costas.

Dice que el magistrado, luego de rechazar las indemnizaciones por despido y tener por justificada la rescisión del vínculo a tenor del incumplimiento y vulneración del principio de buena fe, hace lugar al daño moral.

Sostiene que de los actuados se desprende que la actora engañó a su parte, manifestándole que estaba enferma y percibiendo su salario, cuando se descubrió su ardid.

Por lo tanto, considera que el razonamiento carece de lógica, siendo la sentencia arbitraria.

Reitera que, para que proceda el daño moral debe mediar una conducta ilícita, injuriante, oprobiosa y nociva para el trabajador, lo que debe ser acreditado.

Que el daño moral no comprende cualquier molestia o perturbación, sino que para que este proceda, debe tratarse de hechos con virtualidad suficientes para producir lesiones en las afecciones legítimas, no siendo insuficiente la mera angustia y desazón.

Dice que no se le imputó la comisión de un delito, sino que se refirió a ello en forma potencial ("la posible comisión de un delito") y que, además, no se efectuó denuncia alguna en tal sentido.

Luego se refiere a los presuntos malos tratos recibidos, indicando que el razonamiento es absurdo, contrario a la lógica y a las reglas de la sana crítica.

Sostiene que, más allá de que no existió, no se dan los requisitos para que proceda el daño moral, por lo que solicita que se revoque la sentencia.

En cuanto a la imposición de costas, entiende que no puede sostenerse que su parte haya resultado derrotada, por lo que debe modificarse este aspecto.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 288/289.

La actora expone que los daños cubiertos por el daño moral se hallan fuera de la indemnización tarifada y, que por lo tanto, no era necesario que se hiciera lugar a la demanda por despido.

2. Así planteada la cuestión, desde ya adelanto que el recurso habrá de prosperar, conforme el alcance y los argumentos que expondré a continuación.

La recepción del daño moral en el campo de las relaciones laborales –si bien se ha ampliado- presenta características de excepcionalidad. El criterio general en esta materia ha sido siempre que el resarcimiento del art. 245 LCT cubre -en principio- todos los perjuicios que pudieran haber derivado del distracto.

Sin embargo, en diversas ocasiones los tribunales han entendido que, cuando el empleador incurre en un ilícito, ello es susceptible de reparación:

"…Cuando de las circunstancias que rodean el acto mismo del despido -vgr. las causas en las que se funda-, o de actos conexos, concomitantes, anteriores, e incluso posteriores pero vinculados a aquél, se deriven daños distintos a los mencionados supra, que no son consecuencia típica de la violación de la obligación contractual de asegurar al trabajador la permanencia en su puesto de trabajo, los mismos deben ser reparados al margen de la tarifa.

Esos daños pueden provenir de inejecuciones de otras obligaciones contractuales, en cuyo caso la responsabilidad se enmarcará en la órbita contractual. En muchos supuestos la lesión provendrá precisamente del incumplimiento de aquéllas. Es que, como es sabido, el plexo de deberes que las partes asumen en el contrato de trabajo no se agota con los que resultan de la ejecución del intercambio económico típico (retribución por poner la fuerza de trabajo a disposición del empleador), sino que se incluyen todos aquellos que pudieran provenir de fuente legal o convencional y que, en virtud del art. 62 de la LCT, deben entenderse reproducidos en los términos de la formación del consenso. A ese contenido explícito del contrato, deben adicionarse incluso las obligaciones que resulten implícitamente por ser consecuencia del mismo, según los estándares de colaboración, solidaridad y buena fe que son propias de "un buen trabajador y un buen empleador".

Tales daños son autónomos, porque su configuración fáctica y la evaluación de sus presupuestos desde la perspectiva del derecho común, debe hacerse con prescindencia de la continuidad del ligamen laboral. Asimismo, son atípicos, porque no se corresponden con las circunstancias de hecho previstas por las tarifas legales (que sólo exigen la extinción del vínculo sin causa). Y son, por otra parte, consecuencias necesarias e inmediatas del incumplimiento que nada tienen que ver con la idea de anormalidad, ni con el abuso de un derecho -el de despedir sin causa- de cual el empleador carece.

En la medida en que el incumplimiento contractual no encuentre una respuesta típica en la preceptiva laboral, deberá necesariamente acudirse a la normativa común en materia de resarcimiento de daños, so pena de vulnerarse el derecho de igualdad en caso de no hacerlo.

Resulta errado, a nuestro ver, el argumento que pretende clausurar los reclamos adicionales en tales casos en base a considerar que al trabajador le asiste el derecho a darse por despedido en forma indirecta (art. 242, LCT), cubriendo la tarifa los agravios morales ocasionados. Es que aún cuando el accionar patronal dañoso sea el legitimante del despido indirecto, la indemnización prevista en la ley especial, como se dijera, compensa exclusivamente los menoscabos ligados causalmente con la extinción de vínculo, que, en el caso, el trabajador se ve obligado a disponer por culpa patronal. Las lesiones espirituales que del propio incumplimiento se derivasen a la esfera de sus intereses personalísimos deben repararse en forma autónoma. Obviamente que en dichas hipótesis la prueba del perjuicio pesará sobre el trabajador, debiendo acreditar menoscabos que desborden la pauta ordinaria de simple contrariedad o indignación que puede provocar en el ánimo de cualquier dependiente un obrar injusto por parte del empleador -los que carecerían de la envergadura que permita calificarlos como daños resarcibles-, incumbiendo al juzgador efectuar la valoración correspondiente, con criterio prudencial…." (cfr. Keselman, Sofía Andrea, A propósito del despido sin causa y las consecuencias que de él se derivan,

Publicado en: DT 2011 (octubre), 2575).

Ahora bien, en este caso, se presenta la particularidad de que no hablamos del daño moral, coadyuvante de la indemnización típica contenida en la L.C.T.

Es que, contrariamente a este escenario, aquí se ha tenido por acreditada la justa causa del despido invocada por la empleadora: llega firme a esta instancia que la actora obró de mala fe, toda vez que, mientras estaba de licencia médica, trabajó para otro empleador.

Dice, puntualmente, el magistrado: "Ello va contra el deber de buena fe (art. 63 LCT) y justifica el distracto, ya que si se encuentra enfermo, los es para todos los empleadores, y si fuera particular, la parte debería notificar al empleador en que está de licencia para que cese en el pago de la licencia por enfermedad mientras trabaja para otro empleador".

La mala fe en la que incurriera la actora en su accionar y que, conforme los términos del pronunciamiento, importó un aprovechamiento de la situación y causó un perjuicio a la empleadora, relativizan los términos vertidos en la misiva.

Es que en el contexto en que se presentaron los hechos, la frase utilizada se presenta en directa conexión con la conducta llevada adelante por la accionante y que, como hemos visto, trasuntó en un actuar contrario a la buena fe y así fue receptado en el pronunciamiento.

Y si esta línea de argumentación es la que subyace en el razonamiento decisorio para desestimar el reclamo correspondiente al despido, es claro que el daño moral no encuentra sustento en las circunstancias acreditadas en esta causa. Y, de allí también, que se advierta el error en la construcción lógica del razonamiento decisorio al no derivarse de la premisa anterior.

2.1. Nótese, además, que el daño moral reclamado en este caso, se fincó exclusivamente en los términos de la misiva.

Las alegaciones correspondientes al maltrato que la actora dijo haber sufrido, no integraron la causa de esta pretensión y, tan es

así, que la pericial psiquiátrica, en orden a los puntos propuestos que se relacionaban con dicha situación, fue desestimada por inconducente “en orden a los términos en que quedó trabada la Litis”.

Y esto no es una cuestión menor y hace a la validez del pronunciamiento, desde el vértice de la congruencia:

“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”)…” (cfr. “GALLEGO HUMBERTO C/ASOCIART ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557”, JNQLA1 EXP Nº 473693/13).

3. Pero, además y quizás para agotar el tratamiento, no puedo dejar de señalar que, descartada la ilicitud del despido, debió acreditarse que los términos de la misiva, por sí mismos, revestían un carácter injuriante tal, que causaron el daño moral alegado.

Como se sabe, las eventuales heridas subjetivas no son de una prueba simple, directa ni fácil ya que, como grafica Bustamante Alsina, residen en lo más íntimo del alma. Sin embargo, como lo señala Arazi, puede determinarse su existencia mediante presunciones judiciales en base a las máximas de la experiencia o de los hechos notorios, según cada caso (Roland Arazi, "Prueba del Daño Moral", en Revista de Derecho de Daños N° 6 Daño Moral, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, pág. 107, quien explica que son máximas de la experiencia el conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o sólo con el vivir).

En el contexto en el que se produjeron los hechos, no advierto que la frase utilizada, por sí, tenga esa entidad y desde allí, no hay elementos que permitan siquiera presumir su existencia.

Aquí no puede dejar de observarse que si se otorga una indemnización por un daño que no se sufrió, aquél que la percibiera, estaría enriqueciéndose sin causa.

En este sentido, el artículo 1067 del Código Civil –aplicable al caso- establecía que "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado..."; el límite de la indemnización a otorgar por los daños sufridos es, entonces, el del perjuicio realmente sufrido: no menos, pero tampoco más.

Por ello, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

3.1. Retomando las ideas anteriores, 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.

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 concretamente causados en el caso, son los que coadyuvan, desde otro vértice de análisis, a la improcedencia de este reclamo.

Ninguna prueba se ha ofrecido, ni siquiera testimonial, ni pericial que acrediten el estado en que se encontró la actora, luego de recibir tal misiva.

"Sostiene Mosset Iturraspe que son los jueces los llamados a desechar los daños morales de escasa entidad, los desequilibrios o alteraciones menores […] es innegable que el reconocimiento y reparación del daño moral, están íntimamente ligados a una responsabilidad de equidad, en la cual se ponga de resalto el papel del juez en la apreciación de tales daños. De conformidad con lo expuesto, la jurisprudencia ha resuelto reiteradamente que no cualquier molestia genera un daño moral que merezca ser indemnizado, ya que no todo disgusto, desagrado, contrariedades o aflicción encuadra en el concepto jurídico de agravio moral, sino es menester que tenga cierta envergadura" (Stiglitz, Gabriel y Gandolfo de Stiglitz, Ana, Juris, 1999, Resarcimiento peldaño moral, p.12). El daño debe ser cierto y su prueba corre por cuenta del que reclama el resarcimiento, quien debe hacerlo fehacientemente, portando a la causa la información necesaria para su determinación por el juzgador, sin que pueda acordarse sólo sobre la base de conjeturas. (cfr. Revista de Derecho de Daños, "Daño moral", Sección Jurisprudencia, pág. 352 y ss.).

En mérito a todas estas razones que se han dado para agotar la respuesta jurisdiccional, entiendo que corresponde revocar el pronunciamiento en cuanto hace lugar al reclamo por daño moral.

4. En punto a las costas, hemos dicho reiteradamente que, para evaluar el carácter de vencida de la parte ha de estarse a las pretensiones que progresan y a las que son rechazadas, y no al valor económico de cada una de ellas.

También, que 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, entiendo que las costas de la instancia de origen deben imponerse en el orden causado. En cuanto a las costas de la Alzada deberán ser impuestas a la actora, en su calidad de vencida.

En atención a lo aquí decidido, la apelación arancelaria de hojas 281 resulta inoficiosa. 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:

Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, modificar la sentencia de hojas 274/278, reduciendo la condena a la suma de $ 5.051,77 con más los intereses allí determinados.

Revocar el punto II, imponiendo las costas en el orden causado y dejando sin efecto las regulaciones de honorarios allí practicadas.

Readecuar los honorarios de primera instancia (art. 279 del C.P.C. y C.): para el Dr. ..., por su intervención en doble carácter por la actora, en la suma de $12.600; para el Dr. ... Salto en dos (2) JUS; para los Dres. ... y ..., en doble carácter por la demandada, en el $12.600 en conjunto y para la Dra. ..., letrada patrocinante de la misma parte, en tres (3) IUS (arts. 6, 9, 10, 11 y 39 de la ley 1594).

4. Imponer las costas de Alzada a la actora, en su calidad de vencida (art. 68 del CPCC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en el 30% de los de la anterior (art. 15, LA).

5. 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

"SEGUEL JUAN PABLO C/ QBE ARGENTINA 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.: 453061/2011) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 22/06/2017

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

INCAPACIDAD LABORAL. ACCION DE REAGRAVACION. OPORTUNIDAD DEL PLANTEO.

Como el mismo recurrente lo indica, al citar la doctrina del TSJ, in re "Marchesini, en la acción de reagravación, lo determinante es la existencia de un daño que no pudo preverse al tiempo de la demanda ni de la sentencia, sea porque era desconocida su existencia, sea porque la enfermedad reabrió posteriormente su proceso patológico cuando ello era imprevisible. En el caso, la osteosíntesis sobre la que versa la queja existía y era conocida en el proceso ya fallado; de allí que la insuficiencia del baremo que aquí se plantea, debió haberlo sido en dicha oportunidad. No habiéndolo hecho, al no ser una circunstancia posterior y sobreviniente, se encuentra alcanzado por los efectos de aquél pronunciamiento.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SEGUEL JUAN PABLO C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA5 EXP 453061/2011) 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. Los agravios.

La parte actora apela la sentencia.

Se queja de que no se la haya resarcido conforme a las previsiones del art. 22, no ponderándose la colocación de material de osteosíntesis no contemplado en el baremo 659/96, taxativamente.

Sostiene que se encuentra fuera de discusión que cuenta con material de osteosíntesis, lo cual no fue contemplado por el legislador.

De allí que sostiene que, en supuestos como éstos, cuando la afección no está contemplada, cabe recurrir a su integración.

Indica que no se ha ponderado que el actor no puede sortear ningún preocupacional y que las secuelas son graves; de allí que el perito, aplicando el método Scudder haya evaluado la pérdida general de ganancias en el 71,66%.

Con cita del precedente "Marchesini" indica que en el caso nos encontramos ante una acción de reagravación, en donde se puede demandar nuevamente un reajuste indemnizatorio, siempre que se demuestre la existencia de consecuencias mediatas relacionadas con un accidente, que no hubieran sido tenidas en cuenta en el juicio o reclamo administrativo anterior –ya sea por no existentes o por desconocidas al tiempo de evaluarse la incapacidad- las que provocan una mayor ineptitud.

En estos términos requiere que se revoque el pronunciamiento, con costas a la contraria. Hace reserva del caso federal.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 282/284.

2. Así planteada la cuestión, el recurso no habrá de prosperar.

La respuesta negativa a su procedencia emerge con claridad de los términos del recurso y de su contestación.

Explicaré porqué sostengo esto.

2.1. Como el mismo recurrente lo indica, al citar la doctrina del TSJ, en la acción de reagravación, lo determinante es la existencia de un daño que no pudo preverse al tiempo de la demanda ni de la sentencia, sea porque era desconocida su existencia, sea porque la enfermedad reabrió posteriormente su proceso patológico cuando ello era imprevisible.

Justamente "…desde el punto de vista médico, Bonet explica que la reagravación (para nosotros lo correcto es decir aquí agravación) es la aparición de nuevos síntomas deficitarios que guarden relación de causa a efecto con el trabajo después de

haberse efectuado el juicio laboral y abonado la indemnización correspondiente… La acción de reagravación pretende el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente a la sentencia firme. Esto es un hecho distinto y posterior al pronunciamiento judicial válido y que constituye una evidencia desde el punto de vista legal.

Se tiene que haber operado un cambio en los hechos y por ello no pueden ser alcanzados por los efectos de la cosa juzgada.

En la acción de reagravación se reclama la diferencia entre la incapacidad ya juzgada y la incapacidad sobreviniente. Deberá realizarse un estudio detallado que indique las condiciones actuales de salud que son objetivamente distintas y que tal diferencia obedece a una reagravación, no a un error o distinto criterio de la evaluación pericial anterior…" (cfr. Castillejo de Arias, Olga,

"La acción de reagravación de incapacidades laborales" Publicado en: DT 1988-A, 31).

Si traemos estos conceptos al caso analizado, veremos que todo el agravio se centra en la existencia de material de osteosíntesis y su repercusión, lo cual, el recurrente sostiene no se encuentra contemplado en el baremo.

Sin embargo, la existencia de dicho material (tal como lo indica el demandado en el conteste) se encontraba presente en la situación analizada en el primer juicio, en tanto ya había sido intervenido quirúrgicamente.

Nótese que en la demanda correspondiente a los autos que tramitaron bajo el Número 372743/2008, se consignaba: "requirieron una delicada y compleja intervención quirúrgica de la MUÑECA IZQUIERDA, con la colocación de material de osteosíntesis que le dejó la muñeca prácticamente en estado de anquilosis…"

Agregaba en dicha oportunidad: "Que, actualmente, el actor además de padecer una inmovilidad de la muñeca izquierda, se encuentra desocupado y al presentarse a buscar trabajo en las empresas que se dedican a la industria de la construcción, es rechazado en el examen médico preocupacional por padecer severas limitaciones en su miembro superior izquierdo…". Luego, con similar cita de Defilippis Novoa hace referencia a las consecuencias de la colocación de implantes metálicos (cfr. hojas 32 vta. y 33 de la causa originaria).

Vemos, entonces, con claridad, que –tal como lo indica el demandado al contestar- nada nuevo hay y que su reclamo no cumple con los recaudos establecidos por el TSJ para la procedencia de la acción, conforme la cita que el mismo recurrente efectúa.

Es que, en la acción de reagravación, la exigencia de que el daño sea posterior e imprevisible es un requisito esencial para la procedencia: "…la reagravación sólo existe cuando se comprueban consecuencias mediatas del primer accidente no tenidas en cuenta por desconocidas en la otra oportunidad cuyo efecto ha sido aumentar la ineptitud para el trabajo (Unsain, "La acción de revisión y la ley 9688", Rev. Derecho del Trabajo de La Ley, t. 6 p. 476, Pérez "La acción de revisión y los efectos de la cosa juzgada ante la ley 9688", íd., Rev. D.T., t. 6, p. 624, íd., del mismo autor: "La procedencia de la acción de reagravación en la ley 9688", Rev. D.T., t. 13, p. 20, Somaré: "Reparación de trabajo" p. 139, esta sala, in re Runga Estela S. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, s/acc., SD. 55.711 del 27/4/88)…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, Giménez, Eugenio c. Empresas Líneas Marítimas Argentinas • 17/07/1992 Publicado en: DT 1993-A, 390, Cita online: AR/JUR/1245/1992; en igual sentido, ver desarrollos Cámara 4a del Trabajo de Mendoza, Ramírez, Carlos Alberto c. La Caja A.R.T. S.A. p/accidente • 28/07/2011, Cita online: AR/JUR/43455/2011).

En definitiva, la osteosíntesis sobre la que versa la queja existía y era conocida en el proceso ya fallado; de allí que la insuficiencia del baremo que aquí se plantea, debió haberlo sido en dicha oportunidad. No habiéndolo hecho, al no ser una circunstancia posterior y sobreviniente, se encuentra alcanzado por los efectos de aquél pronunciamiento.

Por estas razones, propongo al Acuerdo se rechace el recurso de apelación, confirmándose el pronunciamiento de grado, con costas al apelante en su calidad de 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.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 248/253 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 17, Ley 921).

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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"GONZALEZ IRMA LUISA 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.: 475035/2013) – Sentencia: 118/17 - Fecha: 22/06/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PRUEBA EN LA ALZADA. PERICIAL PSICOLOGICA. IMPROCEDENCIA. OBJETO DE LA DEMANDA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. COSTAS. IMPOSICION COSTAS. COSTAS AL VENCIDO.

1.- Resulta improcedente la producción de prueba psicológica en la Alzada, toda vez que al deducir la demanda la actora afirmó que como consecuencia del accidente, tenía secuelas incapacitantes, pero sólo del orden físico, y más allá del ofrecimiento probatorio, ninguna afirmación efectúa en punto a las dolencias del orden psicológico, de allí que debe cargar con las consecuencias disvaliosas de una petición deficiente.

2.- 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.

3.- 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.

4.- El principio de congruencia, es 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.

5.- 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

6.- La decisión judicial no puede basarse en hechos no alegados, aunque su existencia resulte de la prueba.

7.- Si es materia de controversia la existencia de secuelas incapacitantes derivadas del accidente, aspecto en el que la accionante no ha probado tener razón, ello determinan claramente el carácter de perdidosa, y por tanto no existen circunstancias que justifiquen un apartamiento de la aplicación del principio de la derrota en materia de costas.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GONZALEZ IRMA LUISA C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA1 EXP 475035/2013) 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. Contra la sentencia que desestima la demanda, la actora interpone recurso de apelación.

Los agravios se circunscriben a dos aspectos.

Por un lado, se queja de que no se haya ordenado la producción de pericia psicológica y solicita su producción ante esta Alzada.

Dice que el régimen indemniza incapacidades laborativas psicofísicas, a lo que debe sumarse el principio de amplitud probatoria e integralidad de la reparación.

Efectúa una serie de consideraciones en punto a que el daño psicológico no debe confundirse con el moral y cita doctrina y jurisprudencia.

Luego, se queja de la imposición de costas, entendiendo que su parte debe ser eximida del pago.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Ahora bien, conforme surge de las constancias existentes, la actora, en la demanda, ofreció la prueba psicológica.

Sin embargo, al hacer alusión al accidente sufrido y a las secuelas resultantes, no menciona la existencia de secuelas del orden psicológico.

Luego, en hojas 116 se desdobla el tratamiento probatorio, ordenándose sólo la pericial médica. En hojas 130, con relación a esta pericia se provee: “estése a la resulta de la pericia médica y téngase presente en caso de ser necesario”.

En hojas 134/137, la actora interpone revocatoria en similares términos que los planteados en el recurso que aquí se analiza.

La revocatoria es desestimada, consignando el magistrado: “…en atención al tenor del objeto del reclamo de autos y como quedara trabada la Litis y toda vez que se ha supeditado la concesión de la pericial psicológica a la pericial médica ordenada, a la revocatoria intentada no ha lugar”. En hojas 205, nuevamente se aborda el tema, indicándose: “No surgiendo del relato de los hechos ni del reclamo efectuado la existencia de patología psicológica o psiquiátrica alguna, por innecesaria no ha lugar”.

Esta última decisión es apelada, desestimándose el recurso.

3. En este contexto, entiendo que las razones dadas por el magistrado para desestimar la producción de la prueba no son contrarrestadas en los agravios aquí vertidos y se muestran acordes a las constancias del caso.

En efecto, 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”).

4. 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 encuentran fundamento final en el principio de congruencia. Lo que corresponde analizar es, si su aplicación ha sido correcta.

4.1. 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 sí, y desde allí que, deba coincidir con lo decidido en la instancia de origen.

4.2. En efecto, al deducir la demanda, la actora afirmó que como consecuencia del accidente, tenía secuelas incapacitantes, pero sólo del orden físico. Me remito a la lectura detallada del capítulo "III. Hechos" y "IV. Lesiones y Secuelas: Incapacidad".

Más allá del ofrecimiento probatorio, ninguna afirmación efectúa en punto a las dolencias del orden psicológico; debo aquí 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.

Por lo tanto, desde este orden de ideas, el recurso no puede prosperar, siendo improcedente la producción de prueba solicitada en esta Alzada.

5. Pero, además, desde otro –aunque relacionado- vértice de análisis, el planteo también deviene improcedente, en tanto llega firme a esta instancia que, en el caso, la dolencia sufrida por la actora se debe a una enfermedad degenerativa de la rodilla que se corresponde con una patología inculpable.

Y así concluye el magistrado en razonamiento que no es objeto de crítica en esta instancia, que no existe incapacidad producto del accidente objeto de autos.

Por lo tanto, aún cuando existiera una dolencia de orden psicológico (la que, insisto, no ha sido alegada en la demanda) tampoco encontraría causa indemnizable por el régimen de la Ley de Riesgos, por derivar de una dolencia inculpable.

6. En orden a estas consideraciones, entiendo que el recurso no puede prosperar.

Y las razones dadas, tanto en la instancia de origen, como en ésta, para desestimar el reclamo deducido, determinan claramente el carácter de perdidosa de la actora.

No existen a mi criterio, circunstancias que justifiquen un apartamiento de la aplicación del principio de la derrota en materia de costas, siendo insuficiente que se hayan acordado prestaciones en especie. Justamente, lo que aquí ha sido materia de controversia es la existencia de secuelas incapacitantes derivadas del accidente, aspecto en el que la accionante no ha probado tener razón.

En mérito a estas consideraciones, propongo al Acuerdo, desestimar el recurso de apelación deducido en todas sus partes, con costas de esta instancia a la recurrente en su calidad de vencida. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 214/219 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 17, Ley 921).

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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"TEJERA ANIBAL C/ CLIBA ING. AMBIENTAL S.A. - TECSAN ING. AMBIENTAL S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 457953/2011) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 04/07/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

INCAPACIDAD. EXTINCION DE LA RELACION LABORAL. CAMBIO DE TAREAS. CONSERVACION DEL EMPLEO.

Resulta injustificado el despido del trabajador con la invocación por parte del empleador de que a raíz de la determinación de una incapacidad no resultaba apto para los posibles puestos de trabajo evaluados y tampoco estaba calificado para realizar tareas administrativas, por cuanto la continuidad del trabajador en otra tarea acorde con su capacidad encuentra fundamento en preservar la fuente de trabajo.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TEJERA ANIBAL C/ CLIBA ING. AMBIENTAL S.A. - TECSAN ING. AMBIENTAL S.A. UTE S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (JNQLA2 EXP 457953/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La parte demandada apela la sentencia.

Cuestiona que no se haya tenido por justificado el despido, entendiéndolo, por el contrario, como una medida arbitraria.

Dice que al determinarse la incapacidad, evaluó los posibles puestos de trabajo, para los cuales el actor no era apto. Agrega que la empresa cuenta con tres serenos y no existe vacante próxima en el puesto, no estando calificado para realizar tareas administrativas.

Expone que su parte, mediante las testimoniales, demostró que el actor no podía ser reinsertado laboralmente. Afirma que la rotación era imposible de ser llevada a cabo por la escasa preparación del accionante.

Sostiene que las tareas llevadas a cabo en la empresa son netamente físicas.

Hace alusión a las testimoniales de Schoa, Vicente, Arana y Duran, los cuales –indica- fueron contestes en cuanto a la imposibilidad de reinserción laboral.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 246/253.

2. Efectuado el análisis de las actuaciones, los escritos constitutivos y las pruebas rendidas en autos, entiendo que el recurso no puede prosperar, conforme las razones que expondré.

2.1. En efecto, la cuestión que aquí se plantea se encuentra enmarcada por el principio de conservación del contrato: la continuidad del trabajador en otra tarea acorde con su capacidad encuentra fundamento en preservar la fuente de trabajo.

Así, "el fin del art. 212 de la LCT es priorizar la continuidad del vínculo por sobre su ruptura. De este modo, se vislumbra como accesoria la inicial asignación de tareas realizada al contratar al trabajador, tomando preeminencia la necesidad de adaptar las habilidades del dependiente a tareas acordes. Lo expuesto, no implica la creación de cargos nuevos y faltos de toda funcionalidad en la empresa sino que se persigue que las facultades de organización que recaen sobre el empleador se amolden a la situación particular y disvaliosa que pudieran atravesar sus subordinados" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, Burza, Luis Alberto c. Artes Gráficas Rioplantense SA s/ despido • 15/07/2016 Publicado en: DT 2016 (noviembre), 2663 con nota de Lucas Javier Pereyra).

En este contexto, es claro que pesaba sobre la demandada la prueba de los extremos invocados para poner fin a la relación laboral, carga ésta que exigía un pormenorizado detalle de los puestos existentes en la empresa; nómina y descripción de puestos, la individualización de quienes lo desempeñaban y la imposibilidad de rotar a ese personal.

Sobre este punto, debo hacer notar, que el mismo escrito de contestación de demanda se presenta desprovisto de las necesarias justificaciones, en tanto se limita a afirmar la inexistencia de puestos acordes y la imposibilidad de reubicación.

2.2. La única prueba que se aporta es la testimonial, la cual denota la orfandad probatoria.

Es que, más allá de que en los agravios no se puntualiza concretamente cuáles han sido las aportaciones testimoniales no evaluadas por la magistrada (sólo se hace una referencia genérica a los testimonios), lo cierto es que su análisis denota su insuficiencia, en tanto los testimonios de Vicente y Arana no son contestes en el número de personas que se desempeñan como serenos, los requisitos del cargo, cuántos se desempeñaban en el pañol, etc.

El médico de la empresa hace referencia a la inexistencia de puestos; sin embargo no da razón suficiente de sus dichos y en todo caso, tales afirmaciones desprovistas de la nómina de personal, número de reubicaciones anteriores, etc. carecen de fuerza convictiva suficiente. Nótese que siquiera se ofrece una pericial en higiene y seguridad ni registros, que hubieran permitido contar con elementos más serios y detallados al respecto.

En este punto debo señalar que, además, en el escrito de demanda se consigna que las únicas tareas a desempeñar en la organización empresaria, son la de barrido y recolección, lo que ciertamente, también ha quedado desvirtuado por las testimoniales.

En definitiva y como se ha dicho, en valoración que es trasladable a los presentes: "…Tal como reconoce la apelante, incumbía a su parte acreditar los presupuestos fácticos tendientes a demostrar la imposibilidad de otorgamiento de tareas acordes con la capacidad residual del trabajador afectado de una minusvalía laborativa, de conformidad con las pautas fijadas en el art. 212 de la ley de contrato de trabajo.

Al respecto, coincido con las conclusiones a las que arriba la juez de grado quien con posterioridad a un análisis circunstanciado de las constancias probatorias aportadas por las partes, concluyera que tal carga procesal no aparece debidamente cumplimentada.

En torno a la eficacia probatoria atribuida a los dichos del testigo Bianciotto, que depone a fs. 276 señalaré que amén de su solitario testimonio, los aspectos en los que pretende fundar la quejosa su tesitura resultan inatendibles, toda vez que las aisladas y genéricas expresiones formuladas por el deponente sin suficiente razón de sus dichos, no pasan de ser meras apreciaciones personales del deponente, carentes de la necesaria convictividad para conducir a concluir respecto a la ausencia de tareas livianas, en la empresa, al momento de disponerse el distracto.

Ninguna otra medida probatoria ha aportado la interesada tendiente a demostrar tal presupuesto, aspecto que no puede resultar invalidado por la actitud asumida por la contraria que destaca la apelante, en razón que cada parte carga con la obligación de probar los extremos en que funda su pretensión y quien alega una circunstancia eximente de responsabilidad tiene impuesto por imperativo legal, a obligación de demostrar los asertos en que fundamenta su tesitura (art. 377, Cód. Procesal)…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, Marín, Blas B. c. Vinisa S. A. y otro • 13/12/1994, Publicado en: DJ 1995-1, 768 • DT 1995-A, 401 Cita online: AR/JUR/1633/1994).

Por estas razones, propongo al Acuerdo se rechace el recurso de apelación, confirmándose el pronunciamiento de grado, en todo cuanto ha sido motivos de agravios. Las costas de esta Instancia estarán a cargo del vencido (art. 68 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.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 224/232 en todo cuanto ha sido motivo 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 les corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- 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

"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUCESORES DE SANTOS LUISA S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 518800/2014) – Sentencia: 126/17 – Fecha: 04/07/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

JUICIO DE APREMIO. CERTIFICADO DE DEUDA. MUERTE DEL DEUDOR. NULIDAD PROCESAL. LEGITIMADOS PASIVOS. HEREDEROS.

Al haber fallecido el causante previamente a la interposición de la demanda ejecutiva, corresponde declarar la nulidad de lo actuado, ordenar el archivo de las actuaciones y, en su caso, procederse a interponer una nueva demanda contra los sucesores del causante.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUCESORES DE SANTOS LUISA S/ APREMIO" (JNQJE2 EXP 518800/2014) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 23/24 la A-quo rechazó la excepción de prescripción deducida por la demandada y mandó a llevar adelante la ejecución hasta que la Sra. Marta Noemí Santos, en carácter de sucesora de la Sra. Santos Carmen María, abone a la actora la suma de $6.879,85, con más intereses y costas.

A fs. 31/32 apeló la demandada. Se agravia porque la Jueza de grado condena a la Sra. Marta Noemí Santos y no a los sucesores de Carmen Santos. Dice, que la sentencia debió dirigirse contra los sucesores de la fallida, ello dentro del proceso sucesorio pertinente, en el cual por poseer fuero de atracción permitiría a todos quienes se crean con derecho presentarse y hacer valer los mismos. Agrega, que el art. 2280 establece la limitación de la responsabilidad del heredero a las deudas del causante por los bienes que reciben.

Además, se refiere a la inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva respecto de la Sra. Marta Santos y dice que se debería haber emitido un nuevo título de deuda, ya que caso contrario se convalida la legitimación pasiva de una persona inexistente al

momento de la emisión del título.

A fs. 34 y vta. la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), y en ese marco corresponde analizar el recurso.

Por otra parte, el memorial de la recurrente no contiene una crítica concreta y razonada, conforme exige el art. 265 del C.P.C. y C., por cuanto no considera la manera en que se rechazó la pretensión como rebate de esos fundamentos.

Entonces, como sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el memorial de agravios "[…] presenta defectos de fundamentación pues no contiene —como es imprescindible— una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expuestos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas (Fallos: 289:329; 307:2216 y 325:3422)", (FALLOS 334:1302).

De tal manera, que corresponde desestimar la apelación en tanto no cumple con la carga establecida en el art. 265 del C.P.C. y C.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario señalar que conforme surge de fs. 23vta., se condena a la apelante en carácter de sucesora de la Sra. Carmen María Santos.

Además, que a fs. 14/16vta., la demandada se presentó y planteó la nulidad de la notificación y opuso excepción de falta de legitimación pasiva, con fundamento en que la Sra. Carmen María Santos había fallecido el 21 de Julio de 2000. También dijo ser hija única y exclusiva heredera de la demandada.

En consecuencia, la Jueza de grado dispuso que la acción se redirija contra los sucesores de la Sra. Carmen Santos (fs. 17), lo cual no fue cuestionado por la recurrente, por lo que encontrándose firme, el cuestionamiento en esta oportunidad tampoco resulta procedente, (cfr. Sala II en autos "HERNANDEZ DAMIAN MARCELO CONTRA ECOSISTEMAS PATAGONICOS SRL S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", Expte. Nº 421147/10).

Por último, en cuanto a la emisión de un nuevo título de deuda, cabe señalar que tal cuestión no fue propuesta a la Jueza de grado y sólo es introducida en la expresión de agravios (fs. 31vta.), lo cual impide su consideración en esta instancia (art. 277 del C.P.C. y C.).

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 31/32 y confirmar la sentencia de fs. 23/24 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

Las costas de Alzada, se imponen a la demandada en su condición de vencida, (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Tal como lo hemos señalado recientemente en autos "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ PASTRANA ABEL S/APREMIO" (JNQCI4 EXP Nº 516439/2016), todo lo actuado se encuentra teñido de nulidad absoluta.

Al igual que en aquéllos, en los presentes, la demandada falleció con anterioridad a la promoción de la demanda, con lo cual, esta fue entablada contra una persona inexistente.

Así dijimos: "Es que, la persona demandada que fallece antes de la interposición de la demanda no ostenta la condición de parte procesal y, en tanto, la posibilidad de ser parte constituye un presupuesto procesal de carácter absoluto, de él depende, la válida constitución de la relación procesal (cfr. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, Zabala, Angela C. c. Ortiz Maldonado, Juan, 13/05/2002, Publicado en: LLGran Cuyo 2002, 536).

Como indica Gozaíni: "…La lógica argumental es contundente, pues si el sujeto pasivo de la relación jurídica procesal no existe, ni existía al tiempo de la interposición de la demanda porque la existencia de las personas termina con la muerte, las actuaciones producidas son absolutamente nulas e insuceptibles de consentimiento, ya que sólo puede consentir en los términos del art. 170 del Cód. Procesal Civil y Comercial… Entablada como fue la pretensión, ella no puede sanearse por la confirmación del acto…" (cfr. Demanda contra persona fallecida: Nulidad absoluta e insanable. Costas, Gozaíni, Osvaldo A. Publicado en: LA LEY 09/05/2016, 8, LA LEY 2016-C, 195).

Por ello, "…si el ejecutado falleció antes de la promoción del juicio debe declararse de oficio la nulidad de las actuaciones (Conf. Fassi-Yañez, "Código Procesal Civil", t. 1, pág. 856 #24 y jurisp. citada bajo N° 46; Falcon, "Código Procesal Civil y Comercial...", t. II, pág. 169, ap. D) y jurisp. allí citada)…"

Es que "…ante la muerte de una de las partes, la nulidad debe alcanzar a las actuaciones posteriores al deceso. Si el fallecimiento ocurrió con anterioridad a la ejecución, ésta debe seguirse contra los herederos, si así no se hace, la nulidad debe ser declarada de oficio (Colombo-Kiper, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado", t. II, pág. 353 y citas jurisp.)…

No debe pasarse por alto que el emplazamiento y su validez tienen, entonces, el carácter de un verdadero presupuesto procesal. Sin él, no hay litis válida." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, Cons. Prop. Arzobispado Espinosa 1090 c. P. y B., L. s/ ejecución de expensas, 25/02/2016, Publicado en: LA LEY 18/04/2016, 11).

En síntesis:

a) si el ejecutado ha fallecido antes de interponerse la demanda, como no ha llegado nunca a ser parte, no existe una relación jurídica previa que posibilite seguir la ejecución frente a sus herederos.

b) Ello por cuanto la sucesión procesal no puede producirse: para suceder a un difunto en un proceso, éste tiene que haber sido parte del mismo.

c) Por lo tanto, no advirtiendo que en el supuesto, concurran circunstancias excepcionales que impongan apartarse de estas reglas, al haber fallecido el causante previamente a la interposición de la demanda ejecutiva, corresponde declarar la nulidad de lo actuado, ordenar el archivo de las actuaciones y, en su caso, procederse a interponer una nueva demanda contra los sucesores del causante…"

Por lo tanto, entiendo que en los presentes corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado, ordenar el archivo de las actuaciones y, en su caso, procederse a interponer una nueva demanda contra los sucesores de la causante.

En cuanto a las costas de ambas instancias, entiendo que las particularidades del caso determinan que deban ser impuestas en el orden causado (art. 68 del C.P.C.C.). 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 lo expuesto, esta Sala I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1.- Declarar la nulidad de todo lo actuado, ordenar el archivo de las actuaciones y, en su caso, procederse a interponer una nueva demanda contra los sucesores de la causante.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado atento las particularidades del caso (art. 68 del C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los presentes a 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

"M. E. H. S/ MEDIDA CAUTELAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 81173/2017) – Interlocutoria: 172/17 – Fecha: 30/05/2017

DERECHO DE FAMILIA: Responsabilidad Parental.

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES. DEBERES Y DERECHOS SOBRE EL CUIDADO DE LOS HIJOS. FALLECIMIENTO DE LA PROGENITORA. NIÑAS AL CUIDADO DE LA ABUELA MATERNA. GABINETE TECNICO. EVALUACION PSICOLOGICA DE LAS NIÑAS. ENTREVISTA VINCULAR CON EL PROGENITOR. ASPECTOS A CONSIDERAR EN LA EVALUACION Y EN LA ENTREVISTA. FINALIDAD.

1.- […] la regla general sentada en el Código Civil y Comercial (arts. 646, 648 y ss.) es que el cuidado de los hijos corresponde a la madre y al padre, salvo que medien supuestos de especial gravedad (art. 657): "En virtud del derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en un ámbito familiar —de preferencia, el de origen—, consagrado por la Convención de los

Derechos del Niño, la prioridad es que los hijos convivan con sus progenitores. Sin embargo, dicha preferencia no es absoluta, ya que ante razones específicas, podrá resultar conveniente, en forma excepcional y para asegurar su superior interés, su separación". (HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián - Directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T II, art. 657, Infojus, Buenos Aires, 2015).

2.- Conforme surge de los elementos obrantes en esta causa y en la que corre agregada por cuerda, no existen motivos que determinen que el padre no se encuentre en condiciones de hacerse cargo de sus hijas –luego del fallecimiento de su madre las niñas han permanecido al cuidado de su abuela materna-.

3.- Es claro que los tiempos de la niñez no permiten dilaciones y que, el curso normal y natural de las cosas, determina que, con la mayor brevedad posible, las niñas deberán convivir con su padre y su grupo familiar primario.

4.- Entendemos por lo tanto, que con carácter urgente y en el curso de la presente y/o siguiente semana, las niñas deberán ser evaluadas psicológicamente por el Gabinete Técnico, debiéndose llevar a cabo con igual premura una primer entrevista vincular con su padre.

5.- [...] la profesional que efectúe la evaluación psicológica y la entrevista vincular, deberá expedirse concretamente sobre dos aspectos: a) si es necesario que dicho encuentro sea supervisado por un asistente social; b) si ello no es necesario, si están dadas las condiciones para el pernocte en la casa de la abuela paterna. Hecho saber estos extremos, el magistrado resolverá en consecuencia.

6.- El objetivo es lograr que el vínculo entre el padre y sus hijas sea lo más amplio posible y, no mediando en el caso razones que aconsejen lo contrario, se deberá prescindir para su mejor desarrollo de la intervención de terceras personas, para que el vínculo sea natural, en un marco de espontaneidad, confianza y privacidad.

Asimismo, deberá realizarse evaluación psicológica al progenitor y a la abuela materna, requiriéndose se informe, en especial y con relación a ésta última, si está en condiciones de estabilidad subjetiva para cuidar a las niñas y posibilitar la vinculación de las niñas con el padre.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "M. E. H. S/ MEDIDA CAUTELAR" (JNQFA1 EXP 81173/2017) venidos en apelación a esta Sala I integrada por las Dras. Cecilia PAMPHILE y Patricia CLERICI –por encontrarse ausente por más de cinco días el Dr. Jorge PASCUARELLI (art. 45 Ley 1436)-, 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 34/35 no hace lugar a la medida cautelar solicitada por el actor –progenitor de las niñas M.R.M. y L.Y.M.- hasta tanto se cuente con elementos que permitan resolver en contrario, y dispone la inmediata y urgente revinculación paterno-filial mediante un régimen de encuentros semanales con la intervención de asistentes sociales del Equipo Interdisciplinario durante un mes. Luego, si el profesional interviniente lo habilita se podrá pasar a un régimen de contacto sin asistencia profesional y con pernocte durante los fines de semana, por el términos de dos meses más. Por último determina que, transcurrido ese lapso, se evaluará nuevamente la medida solicitada.

El actor apela y expresa agravios en hojas 51/57vta.

En primer lugar se agravia por cuanto, según entiende, se minimiza la actitud desplegada por la abuela materna de las niñas al apropiarse de las mismas, señalando, que su parte es el único titular de la responsabilidad parental y que procedió correctamente a requerir la entrega de las pequeñas luego del fallecimiento de su progenitora.

Luego, se agravia en tanto se considera que hay una colisión de intereses entre él y las niñas, cuando en realidad, su parte pretende ejercer en plenitud su responsabilidad parental sin limitaciones porque, como bien sostienen en este punto la Sra. Defensora y el Juez de grado, no hay medida judicial que limite su derecho.

Agrega que se viola el derecho de las niñas de vivir de la forma más inmediata posible junto a su padre, y se pregunta en qué fundamenta el Juez su decisión de continuar con la situación de hecho provocada por la abuela materna en forma ilegal.

En tercer lugar, entiende que no se considera la situación de hecho a la que están sometidas las niñas y que sus dichos se encuentran influenciados.

Asimismo, se queja por cuanto no se hace lugar a la medida peticionada con fundamento que su parte vive en la localidad de Zapala y que ello implicaría mudar el centro de vida de las niñas, sin advertir que las mismas vivían en la ciudad de Neuquén y que la abuela materna vive en Plottier, con lo cual les mudó abruptamente su centro de vida, aislándolas de la familia paterna, de su entorno, rutinas, afectos y su escuela.

Por otra parte, se agravia porque se disponen entrevistas vinculares en la sede del Equipo Interdisciplinario. En primer lugar, porque considera que su parte y las niñas nunca estuvieron desvinculados y/o distanciados, y, en segundo lugar, por cuanto entiende que la sede del Equipo Interdisciplinario es un lugar impropio para las niñas quienes deben vivenciar el encuentro con su padre fuera de toda judicialización. Además, que tal proceder lo posiciona en lugar de persona indeseada o peligrosa para sus hijas.

Cuestiona que no se haga lugar a la medida basándose en el interés superior de las niñas y hasta que se cuente con elementos que permitan resolver lo contrario, entendiendo que el Juez cuenta con elementos suficientes. Entiende que, por lo contrario, con lo resuelto se afecta el interés superior de las pequeñas, quienes resultan víctimas de la situación elucubrada por su abuela.

En síntesis, se agravia por entender afectados los derechos a la identidad, a permanecer con la familia de origen, de vida familiar y a ser tratado como sujeto de derecho.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente dictamina en la hoja 59 y vta. y propicia la confirmación de la resolución en crisis.

2. Ahora bien, la regla general sentada en el Código Civil y Comercial (arts. 646, 648 y ss.) es que el cuidado de los hijos corresponde a la madre y al padre, salvo que medien supuestos de especial gravedad (art. 657): “En virtud del derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en un ámbito familiar —de preferencia, el de origen—, consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, la prioridad es que los hijos convivan con sus progenitores. Sin embargo, dicha preferencia no es absoluta, ya que ante razones específicas, podrá resultar conveniente, en forma excepcional y para asegurar su superior interés, su separación”. (HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián - Directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T II, art. 657, Infojus, Buenos Aires, 2015).

Conforme surge de los elementos obrantes en esta causa y en la que corre agregada por cuerda, no existen motivos que determinen que el padre no se encuentre en condiciones de hacerse cargo de sus hijas.

Del examen de la causa “M. M. R. Y OTRA S/ GUARDA”, JNQFA1 EXP 80400/2016, se observa que la Sra. M. d. T. V. C., abuela materna, inicia el 26/12/2016 trámite de guarda de las niñas en los términos del citado art. 657 del CCyC.

Se sustancia la petición con el progenitor y hasta la fecha no se ha cumplido con el traslado ordenado.

Así, ni de la causa aludida –en su estado actual- ni de las constancias del presente se advierten elementos que determinen una situación de gravedad, riesgo o peligro que impida que el cuidado de las niñas esté a cargo de su padre. Ello, debe conjugarse ineludiblemente con la inexistencia de medidas judiciales que limiten el derecho de contacto entre ambas partes, tal como lo indica la Sra. Defensora y el Sentenciante.

También, debe valorarse lo expresado por las pequeñas en la entrevista con la Sra. Defensora en cuanto a que “les gustaría ver a su papá”.

Pero, tampoco se puede desconocer que el progenitor vive en la ciudad de Zapala; que no se ha mencionado siquiera que las niñas hayan ido a visitarlo a dicha localidad y que, desde la separación entre los progenitores, cuando las niñas tenían cortísima edad, vivieron con su madre, quien lamentablemente falleciera.

Desde entonces, las niñas han permanecido al cuidado de su abuela materna.

Si bien esto no significa que esta situación deba perpetuarse, por cuanto –justamente- el interés superior de las niñas implicaría, en principio y salvo causas graves, que deben estar con su progenitor, sí determina que deban adoptarse unos mínimos recaudos,

que permitan considerarla.

Es claro que los tiempos de la niñez no permiten dilaciones y que, el curso normal y natural de las cosas, determina que, con la mayor brevedad posible, las niñas deberán convivir con su padre y su grupo familiar primario.

Pero siquiera se cuenta con informes técnicos que avalen las valoraciones que en esta causa se han hecho; y, desde otro plano, tampoco pueden olvidarse aspectos secundarios pero importantes en la vida diaria, tales como por ejemplo, la escolaridad.

Entendemos por lo tanto, que con carácter urgente y en el curso de la presente y/o siguiente semana, las niñas deberán ser evaluadas psicológicamente por el Gabinete Técnico, debiéndose llevar a cabo con igual premura una primer entrevista vincular con su padre.

Salvo opinión profesional fundada en contrario, luego de la evaluación psicológica ordenada con relación a las niñas y la entrevista vincular, el fin de semana siguiente, esto es, el sábado 10 y domingo 11 de junio de 2017, el padre tomará contacto en la forma propuesta en la presentación de hoja 47, en el domicilio de la abuela paterna, desde las 12 hasta las 17hs cada sábado y domingo, estando a cargo de la familia paterna el retiro y regreso de las niñas.

No obstante ello, la profesional que efectúe la evaluación psicológica y la entrevista vincular, deberá expedirse concretamente sobre dos aspectos: a) si es necesario que dicho encuentro sea supervisado por un asistente social; b) si ello no es necesario, si están dadas las condiciones para el pernocte en la casa de la abuela paterna. Hecho saber estos extremos, el magistrado resolverá en consecuencia.

El objetivo es lograr que el vínculo entre el padre y sus hijas sea lo más amplio posible y, no mediando en el caso razones que aconsejen lo contrario, se deberá prescindir para su mejor desarrollo de la intervención de terceras personas, para que el vínculo sea natural, en un marco de espontaneidad, confianza y privacidad.

Asimismo, deberá realizarse evaluación psicológica al progenitor y a la abuela materna, requiriéndose se informe, en especial y con relación a ésta última, si está en condiciones de estabilidad subjetiva para cuidar a las niñas y posibilitar la vinculación de las niñas con el padre.

3. Llevadas a cabo estas medidas y las que considere el magistrado que son necesarias para mejor resolver la situación aquí planteada, con la mayor premura que fuera posible, salvo que hubieren razones graves que impusieren otra solución, se arbitrarán las acciones necesarias para que las niñas se trasladen a vivir con su padre.

Y es que debe destacarse, como indica Mizrahi que “En toda comunicación materno o paterno-filial, en lugar de hablar de "derechos subjetivos" —muy cuestionada su existencia ya que aquí no debe tolerarse la operatividad de intereses egoístas— lo que realmente está insito en ella, reiteramos, es una función familiar, en consideración a que su objetivo apunta en esencia a atender las necesidades afectivas, educacionales y el desarrollo armónico y equilibrado de la personalidad del niño, resguardando su mundo psicológico y espiritual; y, precisamente, una buena instrumentación del vínculo hace a la correcta formación y educación de los hijos; y en esta tarea se verifica un indiscutible interés social. Por eso, todas las actuaciones del adulto que lleva a cabo el contacto son funcionales; de manera que sólo pueden ejercitarse teniendo a la vista el fin perseguido, sin que se admita apartarse de él.

El eje delimitador del instituto lo constituye, obviamente, el interés del niño; y ello debe ser así porque dicho interés es la guía medular para el adecuado funcionamiento de aquél. Resulta útil recordar acá la naturaleza del régimen jurídico en análisis, el que está indiscutiblemente gobernado por el orden público, lo que hace que todos los preceptos relativos al niño sean imperativos, irrenunciables, intransigibles e imprescriptibles (art. 2, ley 26061). En resumidas cuentas, las directrices aplicables tienen que estar orientadas a priorizar el favor filii, el pro-filio, o el también llamado bonum minores, el que ha de regir por sobre cualquier otro interés que intervenga en el caso….” (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis “Régimen de comunicación de los padres con los hijos”, Publicado en: LA LEY 10/03/2014, 1 LA LEY 2014-B, 545 LA LEY 10/03/2014, 1 DFyP 2014 (mayo), 16).

En consecuencia, propongo al Acuerdo que se haga lugar al recurso en los términos indicados y, con carácter de urgente y preferente despacho, se remitan las actuaciones a la instancia de origen a fin de que con igual carácter y con habilitación de días, si correspondiere, se disponga lo necesario para efectivizar las medidas aquí dispuestas. MI VOTO.

La Dra. Patricia CLÉRICI dijo:

Por compartir las consideraciones efectuadas, adhiero al voto de mi colega, emitiendo el mío en igual sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación en los términos indicados en los considerandos respectivos y, con carácter de urgente y preferente despacho, remitir las actuaciones a la instancia de origen a fin de que con igual carácter y con habilitación de días, si correspondiere, se disponga lo necesario para efectivizar las medidas aquí dispuestas.

2. Regístrese, notifíquese electrónicamente y con carácter de urgente y preferente despacho vuelvan las actuaciones a origen.
Dra. Cecilia PAMPHILE - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"SALDAÑA ANGEL WALTER C/ CECCARELLI ROBERTO LUIS S/ EJECUCION DE HONORARIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 516254/2016) – Interlocutoria: 183/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

MARTILLERO. EJECUCION DE HONORARIOS. DETERMINACION DEL VALOR DE BIENES INMUEBLES. TASACION ESPECIAL. COSTAS DE LA INCIDENCIA. NOTIFICACION AL COHEREDERO QUE SE PRETENDE EJECUTAR.

No resulta viable iniciar al presente trámite de ejecución de los honorarios regulados al martillero por las costas que le fueron impuestas al letrado y generadas por la incidencia suscitada en torno a la tasación dispuesta en los términos del art. 24 de la LA, ya que hasta tanto no se le notifique al coheredero que se pretende ejecutar la intención de percibir de su parte los honorarios regulados, el crédito no le es exigible. Consiguientemente, el martillero deberá, con carácter previo, cumplir con tal intimación.

Texto completo:

NEUQUEN, 13 de Junio del año 2017
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados "SALDAÑA ANGEL WALTER C/ CECCARELLI ROBERTO LUIS S/ EJECUCION DE HONORARIOS" (JNQCI1 EXP 516254/2016) 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. El ejecutante deduce recurso de reposición con apelación en subsidio contra el proveído dictado en hojas 35, en el que la Jueza de grado ratifica en todos sus términos el auto dictado por Secretaría en hojas 28. Asimismo, no hace lugar al recurso anteriormente interpuesto, por no ser susceptibles de apelación las providencias dictadas por Secretaría.
En hojas 28 se tiene al ejecutante por presentado, parte, y no se le hace lugar a la ejecución pretendida contra el heredero Roberto Luis Ceccarelli, toda vez que las costas por la incidencia resuelta en el principal en los términos del art. 24 de la ley arancelaria se impusieron al letrado Jorge E. MENA.
En su memorial preinserto de hojas 38/41 señala que la Magistrada refiere a la falta de interpelación previa en el auto atacado, dando así razón a su parte, en cuanto podría reclamar sus honorarios firmes a cualquiera de las partes beneficiadas por la labor realizada.
Manifiesta que no pudo cumplir en primera instancia con la interpelación a los herederos y/o demás obligados al pago, porque el expediente se encontraba en condiciones de ser elevado al TSJ, para tratar el recurso de casación interpuesto por el Dr. MENA.
Señala que, sin perjuicio de lo anterior, inició el presente para poder cobrar sus honorarios firmes (de carácter alimentario), y que la petición en contra del coheredero solo puede incidir en la fecha de inicio del cómputo de los intereses, que sería desde que se anoticia de la pretensión del cobro al no condenado en costas, quien luego podrá repetir al que resulte condenado en costas con

sentencia firme, que aún no existe. Agrega, que luego podrá oponer las defensas pertinentes.

Luego, refiere que el supuesto del art. 24 de la ley 1594 no está en contradicción o inhabilita la aplicación del art. 478 del CPCC en cuanto a las costas de los peritos en general.

Señala que la labor efectuada en el principal por su parte, lo fue en el interés general de todos los intervinientes en el juicio sucesorio, herederos y abogados, no oponiéndose ninguno de ellos a la designación y labor realizada.

Por último, remarca que la imposición de costas resuelta por la Alzada no está firme y que no puede afectarse ni prolongarse indebida e indefinidamente el derecho al pronto cobro de los honorarios firmes que tiene su parte.

En síntesis, solicita se deje sin efecto la providencia atacada y que se admita sin más la ejecución iniciada contra el coheredero.

2. Venidos a esta Alzada para el tratamiento del recurso anteriormente referido, mediante auto de presidencia se dispone en hojas 46, que los autos vuelvan al Juzgado de origen, por advertirse que no se sustanciaron los agravios con el demandado en autos.

Contra dicho proveído el ejecutante plantea recurso de reposición.

Señala que se trata de una providencia dictada a pedido de la misma parte que recurre, por lo que no debe sustanciarse.

Refiere además, que técnica y jurídicamente aún no existe un demandado en autos por no haberse hecho lugar a la ejecución intentada.

3.1. Corresponde en primer lugar resolver el recurso de reposición articulado contra el auto dictado en hojas 46 segundo párrafo.

Así, se advierte que asiste razón al recurrente, teniendo en cuenta el estado del presente trámite, en el que aún no se ha tenido por iniciada la ejecución de honorarios pretendida, como además, que ello mismo configura el objeto del recurso de apelación por el cual las actuaciones llegan a la Alzada.

Consecuentemente, corresponde dejar sin efecto dicho proveído y, sin más, dar tratamiento al recurso de apelación deducido subsidiariamente en hojas 38/41.

3.2. De las constancias de autos surge que esta Sala se pronunció en fecha 27/10/2016 en el expediente principal “CECARELLI LUIS S/ SUCESION AB-INTESTATO” (JNQCI1 EXP 297593/2003), disponiendo que las costas generadas por la incidencia suscitada en torno a la tasación dispuesta en los términos del art. 24 de la LA se imponen al Dr. Jorge E. MENA. Asimismo, se elevan los honorarios del martillero SALDAÑA a la suma de $300.000,00.- por tal incidencia.

Firme dicha regulación, el martillero Angel Walter Saldaña inicia ejecución de honorarios el 07/12/2016 contra el Sr. Roberto Luis Ceccarelli, coheredero declarado en el principal citado.

Ello así, mediante proveído del 20/12/2016, la Responsable Subrogante del Despacho Especializado N° 1 de la OFIJU no hace lugar a la ejecución pretendida contra el citado coheredero, lo que es ratificado por la Jueza de grado el 10/02/2017.

Ante todo, y tal como se ha expedido la Sala II de este Cuerpo (en Expte. JNQCI2 INC Nº 23484/2016), corresponde remarcar el exceso de la funcionaria en la firma del referido proveído (hojas 28), toda vez que la decisión que suscribe configura un interlocutorio que claramente supera lo que debe entenderse por “despacho de trámites” y “providencias simples”, en los términos del art. 38 del CPCC (modificado por ley 2929).

Sentado ello, y en lo que respecta al objeto del recurso de apelación articulado en subsidio por el martillero, destacamos el argumento agregado por la Magistrada en el proveído atacado, al consignar que no surge la interpelación al pago de los honorarios reclamados al coheredero no condenado en costas.

Al respecto hemos dicho que “…en argumentos que compartimos plenamente: “Cabe recordar que los peritos pueden exigir el pago de sus honorarios con prescindencia de la forma en que se impongan las costas del proceso y sin perjuicio, naturalmente, de los eventuales reclamos que con motivo de tal imposición se formulen las partes, pero si la ejecución se encamina contra quien resultó vencedor, es menester su previa interpelación a los efectos de constituirlo en mora. Es que si la notificación de la regulación de los honorarios del perito producida en el principal no determinó plazo para el pago de los mismos, la obligación que el auto pertinente estableció, debe ser entendida como pura y simple, en los términos del artículo 527 del Cód. Civil.”

“Y es sabido que cuando concurre un supuesto de esta naturaleza, la obligación queda sometida al sistema de constitución en mora mediante la interpelación al deudor” (Cám. Civil y Comercial de Concordia, Provincia de Entre Ríos, CO 3558 I 11-7-00, “MENDOZA, CARLOS ALFREDO c/NOIR, HECTOR RUBEN s/ EJECUCION DE HONORARIOS)”, (INC Nº 3153/2015 e ICC Nº 1738/2013).

Siendo plenamente aplicable al caso tales lineamientos, hasta tanto no le fuera notificada al coheredero Roberto Luis Ceccarelli la intención de percibir de su parte los honorarios regulados al martillero, el crédito no le es exigible. Por lo que, en tales condiciones, no procede dar inicio al trámite de ejecución pretendido. Deberá, con carácter previo, cumplir con tal intimación.

Consecuentemente, corresponde desestimar el recurso de apelación deducido en subsidio en hojas 38/41 y, en consecuencia, confirmar el decisorio atacado.

Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Tribunal.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Desestimar el recurso de apelación deducido en subsidio en hojas 38/41 y, en consecuencia, confirmar la resolución de hojas 35.

2. Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Tribunal.

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

"R. R. D. A. S/ GUARDA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 59989/2015) – Interlocutoria: 189/17 – Fecha: 15/06/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Familia.

RESPONSABILIDAD PARENTAL. DELEGACION DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. OPOSICION DE LA PROGENITORA. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

1.- De acuerdo al art. 643 del nuevo Código Civil y Comercial, en casos excepcionales y cuando el interés superior del menor lo exija, el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser delegado a un pariente.

2.- Cabe confirmar la sentencia de grado que rechaza el pedido de guarda judicial de la niña que insta su tía materna, pues la petición formulada no encuadra en tal supuesto previsto por el art. 643 del CCyC, toda vez que la progenitora de la niña no manifiesta su intención de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en ninguna persona. Por el contrario, expresamente se opone. Como lo indica el Magistrado de grado, el pedido tampoco se enmarca en la guarda prevista por el art. 657 del CCyC, pues, a diferencia de la delegación por los progenitores, este supuesto se origina en circunstancias de gravedad que tienen que ver con un inadecuado o imposible ejercicio de la responsabilidad parental, y en el presente, se desconocen las circunstancias que motivaron la incorporación de la niña en el grupo familiar de la peticionante.

3.- Dado que la progenitora de la menor reside actualmente en otra provincia y se desconoce cual ha sido el contacto de la niña con su madre en este último tiempo, corresponde determinar como se articulará la revinculación de ambas. Por tanto la progenitora y la niña deberán ser evaluadas psicológicamente por el Gabinete Técnico, debiéndose llevar a cabo una primer entrevista vincular. Cumplidas estas medidas, y las que el magistrado pueda considerar que son necesarias para mejor resolver la situación aquí planteada, salvo opinión profesional fundada en contrario, se arbitrarán las acciones necesarias para que la niña se traslade a vivir

con su madre.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “R. R. D. A. S/ GUARDA” (JNQFA1 EXP 69989/2015) 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

CONSIDERANDO:

1. La resolución dictada en la instancia de grado rechaza el pedido de guarda judicial de la niña M.D.A.R.R. que insta su tía materna, M. d. C. C..

En hojas 56 la Sra. C. apela tal resolución y expresa agravios en hojas 58 y vta.

Manifiesta que lo decidido vulnera el interés superior de su sobrina; que su centro de vida se ha establecido en esta Ciudad y que se encuentra integrada a su grupo familiar. Agrega que reconoce en ella una figura de apego.

Refiere que debe tenerse en cuenta que la niña desea permanecer con ellos, así como el impacto que tendrá en su estabilidad emocional la separación de su actual grupo familiar.

Dice que la madre de la menor no está en condiciones de asumir su cuidado.

Señala, por último, que con los informes de autos, la conformidad del progenitor y el tiempo transcurrido, ha quedado acreditada la conducta materna abandónica dañosa del interés superior de M.

Sustanciados los agravios con los progenitores de la niña, solo contesta la madre en hojas 62/63 vta. Solicita se declare desierto el recurso y subsidiariamente contesta solicitando el rechazo del recurso.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente dictamina en hojas 67 propiciando la confirmación de la resolución apelada.

2. De las constancias de autos surge que M. d. C. C. inicia en fecha 15/04/2015 trámite de guarda judicial de su sobrina, M.D.A.R.R., hija de su hermana A. B. R. y del Sr. H. R., conforme acredita con las respectivas actas de nacimiento.

En hojas 20/21 comparece el progenitor de la niña manifestando estar de acuerdo en delegar el ejercicio de su responsabilidad parental en la peticionante, sin perjuicio de su intención de mantener contacto con su hija y de de participar en las distintas actividades de la misma.

En hojas 34 obra constancia de la entrevista personal de la pequeña con el Juez de grado.

Luego, en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, en hojas 37 se advierte la readecuación del primigenio pedido de guarda a los términos del art. 643 del CCyC como “delegación de la responsabilidad parental”, y se ordena citar a la progenitora a fin de prestar conformidad con el trámite, bajo apercibimiento de considerar su silencio como conformidad con el pedido formulado.

Así, la misma toma intervención en hojas 44 y vta. Luego de explicar sucintamente lo acontecido respecto de la niña y de describir su situación actual, solicita el reintegro de la pequeña aclarando que no delega responsabilidad parental alguna en beneficio de su hermana.

3. Preliminarmente, y en atención al pedido de deserción del recurso efectuado por la progenitora de la niña al contestar los agravios, señalamos que los recaudos del art. 265 del CPCC se encuentran mínimamente cumplidos, y que, a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, abordaremos los agravios vertidos.

4. Ahora bien, la regla general sentada en el Código Civil y Comercial (arts. 646, 648 y ss.) es que el cuidado de los hijos corresponde a la madre y al padre, salvo que medien supuestos de especial gravedad (art. 657): “En virtud del derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en un ámbito familiar —de preferencia, el de origen—, consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, la prioridad es que los hijos convivan con sus progenitores. Sin embargo, dicha preferencia no es absoluta, ya que ante razones específicas, podrá resultar conveniente, en forma excepcional y para asegurar su superior interés, su separación”. (HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián - Directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T II, art. 657, Infojus, Buenos Aires, 2015).

Esta Sala, citando a la misma Marisa Herrera, ha sostenido recientemente que “…Otra de las novedades del CCyC es, justamente, la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas

complicaciones provocó a los operadores jurídicos, pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente, los hijos/as convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas —como la guarda de personas o la tutela—, o creaciones pretorianas —las conocidas "guardas asistenciales" a los fines, por ejemplo, de obtener cobertura del servicio de obra social del abuelo respecto de su nieto a cargo—…"

"…La previsión que realiza este artículo es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de varios elementos. En primer lugar —y no podía ser de otra manera—, esta delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe ser en interés del principal protagonista: el hijo. Luego, las razones deben ser justificadas, es decir expuestas y sometidas a valoración judicial.

Pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores: todas circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad."

"…Así, la forma prevista es la de un convenio con homologación judicial, a cuyos fines resulta ineludible la escucha de la opinión del hijo, sin diferenciar cuál sea la edad del mismo. Y se impone un preciso límite temporal a esta delegación, evidenciando la connotación de provisoriedad de la misma. No se trata de una renuncia o abandono en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino de una delegación, condicionada y acotada en el tiempo, que dispone un plazo máximo legal de un año, pero que no necesariamente en todos los casos deba ser de un año, pues funciona como límite máximo, debiendo mensurarse en cada caso durante cuánto tiempo las razones esgrimidas justifican la decisión. Ahora bien, se admite también excepcionalmente, su renovación, con las mismas exigencias: intervención judicial, explicación y valoración de los motivos que justifican la prórroga y la participación de todas las partes involucradas —ello incluye, sin dudas, al hijo/a—.

Ahora bien, tratándose de una delegación del ejercicio, la norma explícitamente dispone que la titularidad de la responsabilidad parental se mantiene en cabeza de los progenitores, una clara evidencia de que no se trata de una renuncia o abandono, y que dicha titularidad, a pesar de estar desmembrada del ejercicio, faculta a mantener el derecho de supervisión de la crianza y educación del hijo, disposición que refuerza la presencia de los progenitores en la vida de sus hijos sin perjuicio de la delegación efectuada…" (cfr. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo II, Libro Segundo (Relaciones de Familia). Artículos 401 a 723. Dirección Editorial: Julián Álvarez. Coordinadoras Generales: María Paula Pontoriero, Laura Pereiras, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, julio de 2015, ISBN: 978-987-3720-31-4,Id Infojus: LB000171,http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado /CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf), ("J. T. s/ GUARDA" JNQFA4 EXPTE 78484/2016).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias. Por lo que 'la misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso'" y es así que "en definitiva, el interés del menor es que lo debe presidir la interpretación de la ley. En aras de resolver su situación, o los derechos que se le vean vulnerados no puede dejar de tenerse en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos en donde la autonomía de la voluntad, el principio de realidad y el valor de cooperación entre los miembros de la familia cobran importancia si se quiere alcanzar la coherencia del ordenamiento jurídico". (cfr. Camara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes, "R.M.C. s/ guarda de personas"), (citado en los autos referidos JNQFA4 EXPTE 78484/2016).

En síntesis, de acuerdo al citado art. 643, en casos excepcionales y cuando el interés superior del menor lo exija, el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser delegado a un pariente.

Nótese, entonces, que la petición formulada en el presente no encuadra en tal supuesto normativo, toda vez que –como se indicó- la progenitora de la niña no manifiesta su intención de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en ninguna persona. Por el contrario, expresamente se opone.

Ahora bien, tal como lo indica el Magistrado de grado, el pedido tampoco se enmarca en la guarda prevista por el art. 657 del CCyC.

A diferencia de la delegación por los progenitores, este supuesto se origina en circunstancias de gravedad que tienen que ver con un inadecuado o imposible ejercicio de la responsabilidad parental.

Se funda en supuestos de especial gravedad: se trata de situaciones que exceden las cuestiones puramente domésticas o de provisorio manejo familiar.

En el presente, se desconocen las circunstancias que motivaron la incorporación de la niña en el grupo familiar de la peticionante. Ésta, solamente refirió:

"Mi hermana no se encuentra en adecuadas condiciones emocionales para asumir la crianza de M. …" (cfr. hoja 11) y en el escrito

recursivo: “A ello se agrega que la madre de M. no está en condiciones de asumir su cuidado…” (cfr. hoja 58vta.).

Tales extremos no se encuentran fundados ni acreditados, sumado a que luego comparece la progenitora manifestando su interés en hacerse cargo de la niña y expresando claramente que no delega responsabilidad parental alguna en beneficio de su hermana.

En consecuencia, se impone rechazar el recurso de apelación deducido.

5. No obstante ello, no puede desconocerse que la progenitora reside actualmente en la Provincia de San Juan y se desconoce cual ha sido el contacto de la niña con su madre en este último tiempo, por lo que corresponde determinar como se articulará la revinculación de ambas.

Al respecto, se observa que en autos no se cuenta con ninguna evaluación psicológica de la Sra. A. B. R.. Tampoco la misma se ha expedido sobre la escolarización de la pequeña en caso de trasladarla a aquella provincia, aspecto que, si bien es secundario, es importante en la vida de la niña.

Entendemos, por lo tanto, que la progenitora y la niña deberán ser evaluadas psicológicamente por el Gabinete Técnico, debiéndose llevar a cabo una primer entrevista vincular.

Cumplidas estas medidas, y las que el magistrado pueda considerar que son necesarias para mejor resolver la situación aquí planteada, salvo opinión profesional fundada en contrario, se arbitrarán las acciones necesarias para que la niña se traslade a vivir con su madre.

Y es que debe destacarse, como indica Mizrahi que “En toda comunicación materno o paterno-filial, en lugar de hablar de "derechos subjetivos" —muy cuestionada su existencia ya que aquí no debe tolerarse la operatividad de intereses egoístas— lo que realmente está insito en ella, reiteramos, es una función familiar, en consideración a que su objetivo apunta en esencia a atender las necesidades afectivas, educacionales y el desarrollo armónico y equilibrado de la personalidad del niño, resguardando su mundo psicológico y espiritual; y, precisamente, una buena instrumentación del vínculo hace a la correcta formación y educación de los hijos; y en esta tarea se verifica un indiscutible interés social. Por eso, todas las actuaciones del adulto que lleva a cabo el contacto son funcionales; de manera que sólo pueden ejercitarse teniendo a la vista el fin perseguido, sin que se admita apartarse de él.

El eje delimitador del instituto lo constituye, obviamente, el interés del niño; y ello debe ser así porque dicho interés es la guía medular para el adecuado funcionamiento de aquél. Resulta útil recordar acá la naturaleza del régimen jurídico en análisis, el que está indiscutiblemente gobernado por el orden público, lo que hace que todos los preceptos relativos al niño sean imperativos, irrenunciables, intransigibles e imprescriptibles (art. 2, ley 26061). En resumidas cuentas, las directrices aplicables tienen que estar orientadas a priorizar el favor filii, el pro-filio, o el también llamado bonum minores, el que ha de regir por sobre cualquier otro interés que intervenga en el caso….” (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis “Régimen de comunicación de los padres con los hijos”, Publicado en: LA LEY 10/03/2014, 1 LA LEY 2014-B, 545 LA LEY 10/03/2014, 1 DFyP 2014 (mayo), 16).

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de apelación deducido y, en los términos indicados, deberán remitirse las actuaciones a la instancia de origen a fin de que se disponga lo necesario para efectivizar las medidas aquí dispuestas.

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión debatida.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Desestimar el recurso de apelación deducido y, en los términos indicados, deberán remitirse las actuaciones a la instancia de origen a fin de que se disponga lo necesario para efectivizar las medidas aquí dispuestas.

2. Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ CORREO ARGENTINO S.A. S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 471571/2012) – Interlocutoria: 194/17 – Fecha: 15/06/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

APREMIO. IMPUESTOS. INTIMACION DE PAGO. MANDAMIENTO. DILIGENCIAMIENTO DE MANDAMIENTO. DOMICILIO FISCAL. NULIDAD DE LA EJECUCION.

Corresponde declarar la nulidad de la diligencia de intimación de pago y los actos dictados en su consecuencia, incluyendo la sentencia de trance y remate, toda vez que aquélla no reúne los recaudos que aseguren el derecho de defensa del ejecutado, pues la Municipalidad guarda silencio en punto al planteo de la sede social y de las constancias acompañadas no puede determinarse que el domicilio en que se practicara la intimación, haya sido y subsistiera como domicilio fiscal, tal lo exigido por el artículo 110 del Código Fiscal, que determina “La diligencia de intimación de pago deberá llevarse a cabo en el domicilio fiscal del o los ejecutados”.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ CORREO ARGENTINO S.A. S/ APREMIO" (JNQJE1 EXP Nº 471571/2012) 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

CONSIDERANDO:

1. La resolución dictada en la instancia de grado en hojas 74/76 rechaza el planteo de nulidad opuesto por la demandada, con costas su cargo.

En la hoja 79 apela y en hojas 81/89 expresa agravios.

Se queja por entender que la resolución apelada prescinde de la verdad jurídica objetiva. Refiere que Correo Argentino Sociedad Anónima desarrolló su actividad hasta la rescisión de la concesión con el dictado de los Decretos 1075/03 y 721/04, a partir de cuando quedó excluida de la actividad, limitándose su permanencia a los fines liquidatorios.

Agrega que el mandamiento se notificó a una sociedad distinta “CORREO OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA” que no tiene nada que ver son su parte “CORREO ARGENTINO SOCIEDAD ANONIMA”.

Dice que su parte solicita la nulidad de la notificación, no de la ejecución.

Agrega que el error del A-quo es considerar que, sin perjuicio de lo que la actora denuncie como domicilio real/fiscal de la demandada, lo cierto es que dicho inmueble -en virtud de los decretos citados— no guarda vinculación con su parte y que el mismo fue tomado en posesión por “CORREO OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA”.

Señala que la declaración de Guillermo Reyes (supuesto empleado de la compañía) carece de toda validez, pues no distinguió que la demandada es una sociedad distinta a la poseedora del inmueble.

Luego, indica que su parte no puso en duda la veracidad material o ideológica del mandamiento. Lo que plantea es que la notificación no su cursó a su parte sino a una compañía distinta “CORREO OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA”, y que el error se produce al confundir, por la homonimia, que la demandada en autos y la poseedora del inmueble son la misma persona.

En hoja 90yvta. contesta los agravios la actora solicitando su rechazo, con costas.

2. Tal como lo dijera esta Sala, en anterior composición (Exptes. N° 397295/9 y 1056/9), también la Salas II y III, en su actual integración (Exptes. N° 4170/13 y 1073/09, respectivamente) el trámite de la ejecución fiscal, como lo es el proceso para el cobro compulsivo de un tributo, está contemplado en el Libro Primero de la Parte General del Código Fiscal, específicamente en el Título Duodécimo, denominado “De la ejecución por apremio” que contiene los arts. 106 a 140.

En lo que aquí interesa, el artículo 110 determina que “La diligencia de intimación de pago deberá llevarse a cabo en el domicilio fiscal del o los ejecutados”.

3. Ahora bien, al promover la demanda, el Municipio no denuncia el domicilio de la contraria como fiscal, sino como real.

Tampoco surge este carácter de la certificación acompañada, en tanto nada se aclara (cfr. hoja 2).

Estas circunstancias determinan dos consecuencias: a) por un lado, justifican todo el planteo de la demandada en punto a su domicilio social, en tanto desconoce que tenga su sede en calle Elordi 166 de Plottier; y b) que la actora, al momento de contestar el planteo, estuviera obligada a acreditar el carácter de fiscal del domicilio, al ser insuficiente la mera alegación en esta oportunidad, en tanto, se insiste, el carácter fiscal no fue certificado en el instrumento en que se basa la ejecución.

En este contexto y, siendo por lo demás que, la Municipalidad guarda silencio en punto al planteo de la sede social, el recurso debe prosperar, en tanto, a la luz de las constancias acompañadas no puede determinarse que el domicilio en que se practicara la intimación, haya sido y subsistiera como domicilio fiscal.

Así, toda vez que la intimación de pago debe reunir una serie de recaudos que aseguren el derecho de defensa del ejecutado, lo cual no se observa cumplido en los presentes, corresponde declarar la nulidad del diligenciamiento del mandamiento de hojas 8/9 y de los actos dictados en consecuencia, incluida la sentencia de trance y remate de hoja 11, debiendo, en la instancia de grado, resolverse la excepción de inhabilidad de título planteada por la demandada.

Las costas de ambas instancias se imponen a la actora en su condición de vencida (art. 558 del C.P.C. y C.).

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Hacer lugar a la apelación deducida por la demandada y, en consecuencia, revocar la resolución de hojas 74/76, declarando la nulidad del diligenciamiento del mandamiento de hojas 8/9 y de los actos dictados en consecuencia, incluida la sentencia de trance y remate de hoja 11, debiendo, en la instancia de grado, resolverse la excepción de inhabilidad de título planteada por la demandada.

2. Imponer las costas de ambas instancias a la actora en su condición de vencida (art. 558 del C.P.C. y C.).

3. Por la actuación en la primera instancia, regular los honorarios del Dr. ..., en la suma de $ 600, y al Dr. ..., la suma de $ 1.470, por su intervención como apoderado y letrado patrocinante, respectivamente, de la parte demandada, y los de esta etapa en un 30% de aquellos (arts. 6, 9, 10 y 15, Ley 1594).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ PEDIDO DE QUIEBRA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 515310/2016) – Interlocutoria: 195/17 – Fecha: 15/06/2017

DERECHO PROCESAL: Jurisdicción y competencia.

COMPETENCIA POR EL TERRITORIO. CONCURSOS. PEDIDO DE QUIEBRA.

Debe ser confirmada la declaración de incompetencia del Juzgado Civil N° 6 para entender en el pedido de quiebra, toda vez que de la documental acompañada con el escrito de inicio se desprende que la sociedad cuya quiebra se peticiona se encuentra inscripta en la Dirección de Personas Jurídicas de La Plata, Provincia de Buenos Aires. Siendo ello así, en el caso, corresponde señalar que el principio general que rige la competencia concursal en materia de sociedades regularmente inscriptas es el establecido por el inciso 3 del art. 3º de la ley 24.522, conforme con el cual el juez que entiende es el del lugar del domicilio, entendiéndose por tal el domicilio social inscripto, siendo esta disposición de orden público.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ PEDIDO DE QUIEBRA” (JNQCI6 EXP 515310/2016) 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 dictada el 13/02/2017 declara la incompetencia del Juzgado para intervenir en el presente trámite.

La magistrada funda lo decidido en que la empresa denunciada no tiene su domicilio en esta jurisdicción, requisito establecido en el inc. 3° del art. 3 de la Ley 24.522 y art. 5 de la ley 19.550.

En hojas 72/74 vta. el peticionante apela lo resuelto y expresa sus agravios en la misma presentación.

Dice que, respecto de la competencia, rigen las mismas normas que para el concurso preventivo (art. 3 LCQ), si no hubiere prueba de que el domicilio fijado en el estatuto sea ficticio o se haya constituido al solo efecto de dificultar la acción de los acreedores o para eludir la competencia de determinado tribunal.

Señala que se pretende demostrar que la actividad lucrativa se encuentra en la Ciudad, que los cheques librados por la sociedad poseen domicilio local y que la totalidad de los acreedores residen en la zona, entendiendo que existe un propósito fraudulento o lesivo a fin de intentar el alejamiento de los acreedores, así como de las posibles causas de su competencia natural, fijando un domicilio ficticio.

Manifiesta que la sociedad dice estar domiciliada en Adrogué, Provincia de Buenos Aires, contradiciéndose con su actividad principal registrada ante la AFIP de producción de peras y manzanas.

Hace referencia al art. 3 de la Ley de Procedimiento Fiscal y denuncia que el domicilio fiscal registrado de la deudora es en Picada N°7 lote 35 de San Patricio del Chañar.

Por último, indica que los fundamentos referidos al orden público no son aplicables al caso, pues pretende demostrar que el verdadero domicilio en el que la demandada ejerce su actividad se encuentra en esta Provincia.

Ratifica la prueba ofrecida en el escrito de inicio y ofrece prueba en los términos del art. 260 inc. 5to. del CPCC.

En hojas 79 y vta. dictamina el Ministerio Público Fiscal entendiendo que el tribunal interviniente no resulta competente.

2. De la documental acompañada con el escrito de inicio se desprende que la sociedad cuya quiebra se peticiona se encuentra inscripta en la Dirección de Personas Jurídicas de La Plata, Provincia de Buenos Aires (cfr. hoja 12).

De los términos de tal presentación y en lo que refiere a la competencia, el peticionante solo indica que “Resulta competente V.S. atento a encontrarse en su jurisdicción el domicilio del deudor, y el lugar de asiento y administración de sus negocios, de acuerdo al art. 3 inc. 3 de la LCQ.” (cfs. hoja 49vta.).

Luego, de la contestación del oficio librado al Registro Público de Comercio de esta Provincia, surge que en tal organismo no se encuentra inscripto el contrato social de FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. (cfr. hoja 63).

En tales extremos se sustenta la resolución recurrida.

Ahora bien, corresponde señalar que el principio general que rige la competencia concursal en materia de sociedades regularmente inscriptas es el establecido por el inciso 3 del art. 3º de la ley 24.522, conforme con el cual el juez que entiende es el del lugar del domicilio, entendiéndose por tal el domicilio social inscripto, siendo esta disposición de orden público.

Al respecto, el máximo Tribunal Nacional sostuvo: “Las normas de la Ley de Concursos son de orden público, en particular aquellas referidas a la asignación de competencia. Consecuentemente, sólo en aquellos supuestos contemplados por la ley corresponderá el desplazamiento de la competencia del juez que debe entender en el concurso” (CSJN, 17-3-92, “Savico SA c/Tiestar SACIFIA s/Ordinario”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 1, p. 347).

Frente a dicha regla, la jurisprudencia ha admitido como única excepción la doctrina del domicilio ficticio o aparente, que se configura cuando se demuestra en forma palmaria un fraude al domicilio a los fines de perjudicar a los acreedores implicados.

“Si la sociedad se encuentra regularmente constituida, conforme a lo preceptuado en la LC 3-3º, resulta competente el juez con jurisdicción en el lugar de su domicilio. 2. En circunstancias de excepción puede adoptarse un temperamento distinto. Pero ello solo es factible si se demuestra que el domicilio inscripto es meramente ficticio, o elegido para dificultar el ejercicio de los derechos que competan a los acreedores, o para eludir la competencia de determinados tribunales. Mas a tales efectos, no resulta suficiente la circunstancia de que la principal actividad de la sociedad se desarrolle en una jurisdicción diferente de la del domicilio social inscripto”. (En igual sentido: sala b, 20.9.01, "Aspersión API SA s/ concurso preventivo"). Autos: NAVIERA ARGENTINA

ALFACRUSIS SA S/ PEDIDO DE QUIEBRA POR CONORT CAJA DE CREDITO COOP. LTDA. - Ref. Norm.: L. 19551: 3 INC. 3 - Mag.: RAMIREZ - GUERRERO - GARZON VIEYRA - 18/08/1989).

En el caso que nos ocupa se trata de una sociedad regularmente constituida, por lo que en principio resulta competente el Juez del domicilio inscripto.

Examinadas las constancias de la causa, podemos concluir que no existen elementos que demuestren en forma acabada que el domicilio social inscripto es ficticio.

Si bien puede inferirse de los dichos de la actora, que la actividad principal de la sociedad demandada se desarrolla en esta zona, no puede excluirse la posibilidad de que la misma realice otra actividad fuera de esta jurisdicción, y tal circunstancia no surge con claridad de los presentes.

Tampoco consta desde cuando la sociedad se encuentra inscripta en la Dirección de Personas Jurídicas de La Plata, Provincia de Buenos Aires, y en consecuencia, tampoco se desprende desde qué fecha su domicilio social se encuentra constituido en aquella jurisdicción.

Respecto de la prueba ofrecida, se advierte que la del escrito de inicio no tiene relación con la cuestión aquí debatida, y que la ofrecida en esta instancia resulta a todas luces improcedente, no siendo aplicable el art. 260 del CPCC para la resolución del presente.

Por último, cabe remarcar que dado el carácter de orden público del que hallan investidas las normas de competencia, todos los supuestos que impliquen una excepción o desplazamiento de aquélla deben interpretarse con un criterio restrictivo.

En función de lo expuesto, no surgiendo circunstancias excepcionales que justifiquen el apartamiento de las normas generales sobre competencia territorial en la materia, corresponde rechazar el recurso de apelación articulado y confirmar la resolución atacada.

Sin imposición de costas por tratarse de una cuestión suscitada con el Tribunal.

Por ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora y, en consecuencia, confirmar la resolución de hojas 65/66.
2. Sin imposición de costas por tratarse de una cuestión suscitada con el Tribunal.
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

"HIDALGO ELISA BEATRIZ C/ FRANCO MATIAS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 451323/2011) – Sentencia: 109/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. COBERTURA. LIMITE DE LA COBERTURA. NULIDAD.

1.- Resulta nula la clásula inserta en la póliza que fija un tope de $30.000 como límite de la la responsabilidad de la compañía de seguros por el evento dañoso de autos, pues abusiva en los términos de los arts. 37 incisos a) y b) de la ley 24.240 y 37 del decreto 1798/94 en tanto genera una desnaturalización de las obligaciones. Sucede que el vicio que presenta todo

negocio jurídico que atenta contra el interés público adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. (del voto del Dr. Medori).

2.- Corresponde revocar la sentencia de grado en punto a la cláusula que limita la responsabilidad de la compañía de seguros hasta la suma de $ 30.000, y en consecuencia declarar la nulidad de la misma, estableciendo que la aseguradora deberá soportar la condena de acuerdo a los topes vigentes en la actualidad, pues esta cláusula resulta irrazonable; además de contraponerse a una norma de orden público que establece la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil contra terceros. Entiendo que, en caso de admitirse este tipo de convenciones limitativas de la cobertura asegurativa, una suma tan exigua en supuestos en los cuales la contratación de una póliza deviene obligatoriamente impuesta por la ley, se estarían vulnerando los propósitos que motivaron su sanción. Además, tampoco puede desconocerse el transcurso de tiempo que se verifica entre la emisión de la póliza y el dictado de la sentencia, resultando los límites asegurativos originalmente previstos totalmente ineficaces dada la situación inflacionaria que atravesó el país desde entonces. (del voto de la Dra. Pamphile).

Texto completo:

NEUQUEN, 13 de junio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “HIDALGO ELISA BEATRIZ C/ FRANCO MATIAS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (JNQCI4 EXP 451323/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 990/1001, la A-quo dictó Sentencia e hizo lugar a la demanda iniciada por la actora contra la demandada y la citada en garantía, esta última en la medida del seguro, y las condenó a abonar la suma de $ 321.600 con más intereses y costas.

A fs. 1042/1043 expresó agravios la citada en garantía y a fs. 1046/1062 vta. hizo lo propio la actora.

Liderar Compañía General de Seguros S.A. se queja por la suma reconocida por la A-quo en concepto de daño moral. Dice, que la Jueza no justifica ni someramente el apartamiento del criterio general en la materia cuando, por otra parte, a la hora de cuantificar el daño físico aplica sin más la fórmula matemático-financiera.

Luego, expresó sus agravios la actora. Alega, que la Sentenciante al rechazar las consecuencias dañosas producto de la amputación de la pierna, como todos los gastos futuros que dicha amputación genera, solamente porque no tiene dudas que el demandado no puede responder por complicaciones en la salud de la actora por su propia condición médica, se aparta del principio de congruencia y de la inexistencia de prueba alguna que la determine.

Alega, que ni la demandada ni la citada en garantía propusieron ni plantearon la existencia de la ruptura del nexo causal, es decir que la amputación de la pierna no se debiera al accidente sino a su patología preexistente.

Manifiesta, que esa parte no ocultó en ningún momento dicha circunstancia y que las contrarias consintieron la relación de causalidad invocada por esa parte, pero que además la misma quedó probada.

Afirma, que el perito médico fue concluyente a fs. 834vta. al contestar los puntos de pericia y manifestó que existe coherencia entre el relato, lo narrado en autos y los diagnósticos, y que luego, a fs. 835 dijo que el grado de incapacidad resulta irreversible en la actora como consecuencia de las lesiones padecidas. Agrega que el informe médico no fue impugnado.

Señala, que el experto además aclaró que tuvo en cuenta para determinar la incapacidad sólo las consecuencias del accidente, pero no consideró la diabetes, la insuficiencia renal y demás. Dice además, que surge claro de la historia clínica que su diabetes estaba controlada, estabilizada, medicada y no generaba alteraciones.

Afirma, que la condición previa de la actora nunca fue causa de la amputación, que la causa fue una situación traumatológica que generó una infección.

Sostiene, que si la actora no hubiera sufrido una fractura expuesta en su pierna derecha no se hubiera infectado ni amputado la misma, lo cual no fue observado por S.S.

Dice, que la actora era diabética, pero ello no era causa para que tuviera de manera natural una infección y menos una amputación y agrega que si la actora no hubiera tenido una fractura expuesta en su pierna derecha no hubiera sufrido infección.

Además, se refiere al legajo penal y dice que en el mismo se determinó como consecuencia la amputación del miembro inferior derecho, secuela de fractura de cúbito y radio MSD, limitación moderada del campo visual y cicatriz lineal extendida por implantación pilosa frontal media y malar de aproximadamente 22cm.; incapacidad del 150%.

También, describe la pericia realizada en dichas actuaciones y señala que no existe actuación procesal ni documental que surja de autos que la amputación se debió a una patología previa, sino todo lo contrario, que como lo indica el perito en el legajo penal fue debido al trauma sufrido.

A partir de lo expuesto, peticiona que se tenga por acreditada la relación de causalidad y en consecuencia se indemnicen todos los daños reclamados, tales como la asistencia de terceras personas, el de la silla de ruedas y de la prótesis, la cama ortopédica y los gastos para adaptar su vivienda. Además, peticiona que se indemnice la incapacidad que generó la misma por ser consecuencia inmediata o mediata previsible del accidente, elevando el monto de porcentaje de incapacidad al 106% determinada por el perito y teniendo como base el salario mínimo vital.

Luego, se agravia por el monto fijado en concepto de daño moral. Dice, que la insuficiencia que plantea hace hincapié en que la actora no podrá realizar actividades laborales deportivas ni recreativas requiriendo asistencia de terceras personas toda su vida.

Agrega, que de todas las pericias dice que el infortunio le ha cambiado su estado de ánimo, lógico de haber perdido una pierna, pero también por sus largos períodos de internación. La recurrente además se refiere a la deformación de su rostro.

Por otro lado, se agravia por el límite de la cobertura por parte de la citada en garantía fijado por S.S. Dice, que desconoció la póliza que se adjuntó a las contestaciones de demanda y que no existe reconocimiento de dicha póliza ni tampoco pericial contable en extraña jurisdicción que acredite que dichos límites de cobertura eran reales, estaban vigentes, ni siquiera la existencia de la póliza.

Subsidiariamente, plantea que disiente en cuanto a la nulidad de la limitación de cobertura. Alega, que en la actualidad resulta prácticamente unánime la doctrina que reconoce en el contrato de seguro la existencia de un contrato de consumo, en el cual se puede distinguir claramente una relación de desigualdad.

Se refiere al planteo de inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso de la resolución 21.999/92 de la SISN, y del art. 68 de la Ley 24.449. Dice, que la tarifación fue fijada en el año 1.992 y que resulta absurdo conferir a las mismas el mismo efecto cancelatorio en la actualidad y dice que el fin social que se tuvo en miras al establecer el seguro obligatorio es el amparo de las víctimas.

Sostiene, que existe un abuso de poder por parte de la aseguradora y que se ve afectado el derecho de propiedad de la actora. Dice, que la desproporción en las prestaciones contractuales desnaturalizan las obligaciones que del contrato emanan.

Manifiesta, que el art. 68 es inconstitucional en tanto delegó en la Superintendencia de Seguros de la Nación la regulación de cuestiones que le son propias e indelegables.

Afirma, que se encuentra vulnerado el orden público, en tanto es el límite de la autonomía de la voluntad y la dignidad de las personas que hoy integran el objeto de los contratos. Además, que estaría vulnerada la ley 23.592.

También se agravia por la falta de mención en cuanto a la aplicación de los intereses. Entiende que limitar sólo a la medida de la póliza, sin considerar los intereses, se aparta de toda razón de equidad, atento que las sumas que deba abonar la citada fueran con más intereses y costas, independientemente del tope, aclarando que pretende la aplicación del de la resolución 22187bis/93.

A fs. 1064/1066 la actora contestó el traslado de los agravios de la citada en garantía y a fs. 1068/1070vta. esta última los de la demandante.

A fs. 1014 y 1022 los peritos psicóloga y contador, respectivamente, apelaron 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 los recursos.

En autos, no se encuentran controvertidas las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrió el evento dañoso, quienes intervinieron como protagonistas en el mismo, ni tampoco la atribución de responsabilidad y la queja se refiere a la extensión de los daños y el límite de la cobertura de la aseguradora citada en garantía.

1.1. En punto a la crítica del actor con relación al daño material, entiendo que el agravio resulta procedente por las siguientes razones.

Al respecto, se ha sostenido que: “La determinación del nexo causal entre el hecho y sus consecuencias, depende de las circunstancias que acompañan a la producción del daño, es decir de las particularidades de cada caso. En este sentido, la investigación sobre el nexo causal entre la conducta analizada y sus resultados es una cuestión de hecho, supeditada a la

apreciación del juez (conf. Cifuentes, Santos, en "Cód. Civil y leyes complementarias" Belluscio -director-, Zannoni -coordinador-, t° 4, Ed. Astrea, 1ª ed., 2ª reimpresión, pág. 53). Conforme la teoría de la causación adecuada que predomina hoy en día, todo el problema consiste en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo (conf. Borda, "Tratado de derecho Civil", obligaciones, t° II, 8ª ed. actualizada, Ed. Abeledo - Perrot, pág. 206 y sgtes.), (CNCiv. Sala L, en autos “Palucci, María c. Rueda, Enrique Carlos y otro”, 24/09/2008, La Ley On Line, AR/JUR/9880/2008).

En este sentido también se sostuvo: “Existe relación de causalidad adecuada entre el accidente de tránsito y el posterior deceso del peatón como consecuencia de una complicación en la intervención quirúrgica que se le realizara con motivo de las fracturas sufridas, pues si bien se trató de un hombre de avanzada edad cuyas condiciones físicas coadyuvaron a la producción del resultado, ello no quiere decir que hayan roto el nexo causal provocado por el hecho dañoso, toda vez que si así lo fuera los enfermos o los ancianos podrían ser atropellados sin que existiera responsabilidad civil extracontractual por las consecuencias mediatas de los daños producidos en el accidente”, (Cam.. 3° Apel. Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, en autos “Leaño, Mónica Concepción y ots. c. Pérez, Pablo Pascual s/ d. y p.”, 03/02/2014, La Ley On Line AR/JUR/208/2014).

En consecuencia, corresponde determinar si el accionar de la parte demandada podía o no producir lesiones susceptibles de causar la amputación de la pierna de la accionante, considerando su edad y que era un peatón, por lo que nada podía amortiguar el golpe (cfr. fallo cit.).

Luego, a partir de lo expuesto por el perito a fs. 835, puede determinarse que las lesiones sufridas en el accidente produjeron la amputación de la pierna de la víctima.

Ello, porque el experto sostuvo: “La actora, Señora Elisa Beatriz Hidalgo sufrió un grave accidente de tránsito, por el cual se le diagnosticó: traumatismo leve de cráneo, con herida en colgajo en frente y cuero cabelludo, ptosis leve del párpado izquierdo y fracturas expuestas de huesos cúbito y radio izquierdos y tibia y peroné derechos. Recibida brevemente en la Guardia del Hospital Provincial Neuquén “Dr. Eduardo Castro Rendón”, se le inmoviliza externamente la pierna derecha, se le efectúa limpieza de las heridas y se la deriva a la Clínica San Agustín. Aquí debió permanecer ciento tres días internada, la mayor parte del tiempo en Terapia Intensiva con sepsis grave, tratada con antibióticos de última generación, y debió amputársele le miembro inferior derecho, por necrosis (muerte de tejidos) y consecuente infección. Se le redujo la fractura del miembro superior izquierdo que no presentó inconvenientes. La paciente, además padece: diabetes, trasplante renal con consecuencia medicación inmunodepresora y depresión”, (fs. 835).

En el caso, el demandado resulta responsable por los daños que ocasionó al conducir una motocicleta por la ruta nacional 22, a exceso de velocidad (fs. 994) y sin el dominio del rodado, que provocaron en el peatón la amputación de una pierna, teniendo en cuenta las características del accidente y condiciones personales de la víctima, (cfr. CNCiv. Sala L, en autos “Palucci, María c. Rueda, Enrique Carlos y otro”, 24/09/2008, La Ley On Line, AR/JUR/9880/2008”).

1.2. Establecido ello, corresponde analizar los daños reclamados por la actora y que fueron objeto de impugnación.

a) A partir de lo expuesto, respecto al daño físico, entiendo que asiste razón al recurrente en cuanto a que la amputación de la pierna derecha debe ser considerada al momento de la cuantificación de este daño.

Ello, porque el perito expresó: “Aplicando el método de la capacidad restante resulta 74,5% (setenta y cuatro y medio por ciento). Se aclara que esta incapacidad total es la correspondiente a lo relacionado exclusivamente con el accidente sufrido, no se conceptuaron sus enfermedades clínicas, vg. Diabetes, insuficiencia real crónica con trasplante, tratamiento inmunodepresor, depresión” (fs. 4936vta.).

En consecuencia, teniendo en cuenta la edad de la actora al momento de la producción del evento dañoso (49 años), la incapacidad informada por el perito médico a fs. 834vta., sin considerar las lesiones dérmicas que serán valoradas al momento del análisis del daño moral, entiendo que corresponde determinar la incapacidad aplicando el método de capacidad residual restante en el 73.67%, y consecuentemente, la reparación por este concepto debe elevarse a la suma de $ 200.000 (art. 165 del C.P.C. y C).

b) Luego, en cuanto a los gastos de asistencia de terceras personas, si bien el perito sostuvo que necesita ayuda, atento que no brindó mayores precisiones al respecto en cuanto a ello, y considerando que del informe pericial de fs. 863/866 surge que desde principio del año 2012 vive sola, y que no existe otra prueba que analizar al respecto, los mismos no resultan procedentes.

c) Asimismo, respecto a los gastos para adaptar su vivienda, el reclamo resulta procedente, (cfr. CNCiv., Sala G, en autos “G. G., R. y otros c. F., J. J. y otro”, 19/11/1999 y CNCiv., Sala K, en autos “R., J. J. c/ A. S.A. y otro s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, 18/09/14).

Ello, porque tal como surge del informe del perito arquitecto, la vivienda de la actora presenta inconvenientes para ser habitada por una persona con capacidad reducida (fs. 796).

Al respecto sostuvo: “Se detecta el estrangulamiento que se produce en las puertas y el pasillo que impiden el paso de una silla de

ruedas, a saber:

1- Puerta de Ingreso a pasillo tiene 0,70m, debe ser ampliada.

2- Puerta de ingreso a baño tiene 0,60 m debe ser ampliada;

3– Puerta de dormitorios tiene 0,70 m debe ser ampliada.

4- Ancho pasillo tiene 0,90m solo en el sector de ingreso al baño luego al ingresar al sector dormitorios es más amplio.

5- El tramo de pasillo de ingreso al baño deberá ser ampliado ya que no permite el giro de una silla de ruedas (1,35m)-

6- Corrección de desnivel entre cocina, comedor y pasillo", (fs. 796).

Luego, indicó las dimensiones mínimas necesarias a los efectos de justificar las modificaciones planteadas, (fs. 796).

Además, sostuvo que las adaptaciones a realizar en el baño son colocación de piso antideslizante (6m2), colocación de puerta de abrir hacia afuera o corrediza con cerradura que se pueda abrir desde afuera, modificación de lavamanos (extracción de pedestal), extracción de bidet para permitir la colocación de barrales para inodoro, corrimiento de inodoro, colocación de barrales mínimos: horizontal en un extremo y vertical en el otro, colocación de estante empotrado para colocar jabón, esponja, shampoo, cremas, etc., fondo de ducha en material antideslizante o franjas de plástico o goma, colocación de banco rebatible (altura 0,45) en un extremo permite sentarse, transferirse desde la silla de ruedas, lavarse piernas y pies, (fs. 797).

A partir de lo expuesto, el experto a fs. 799 determinó que el valor total de las reparaciones asciende a la suma de $ 32.724, monto por el cual procederá el reclamo por este rubro.

d) Por otra parte, con relación a los gastos de la cama ortopédica, la silla de ruedas y la prótesis, los mismos también resultan procedentes.

Al respecto esta Alzada sostuvo: "Destacaré que la procedencia de los gastos futuros invocados por tratamientos médico, considerado como tal el kinesiológico, y el ortopédico con provisión de prótesis y su recambio, así como el necesario para el cuidado personal se funda en que "el actor tiene derecho a que el responsable de las consecuencias de la conducta antijurídica se haga cargo no solo de resarcir el daño ya causado sino también de que tome sobre si el costo de las medidas necesarias para cohibir la agravación del daño en tanto relacionado causalmente con el hecho por el que debe responder" (Autos: TARDON VICTOR CECILIO C/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DEL INTERIOR GENDARMERIA NACIONAL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS. CAUSA N° 2549/98. - Magistrados: VOCOS CONESA - MARIANI DE VIDAL - Fecha: 20/10/2000)".

"Coincido asimismo en que "El daño emergente "futuro" es un daño cierto que se producirá con posterioridad a la sentencia. En el caso de un accidentado, puede perfectamente suponerse que a consecuencia del estado en que queda, la víctima requiera en el futuro nuevas operaciones, tratamientos permanentes, etc. -

Estos daños son futuros y además ciertos. Ellos deben ser reconocidos ya que nada autoriza a aceptar la indemnización de lucro cesante "futuro" cierto y a negar la indemnizabilidad del daño emergente, también cierto, aunque fuere futuro. La certidumbre del daño constituir una cuestión librada a las pruebas -en su caso periciales- que el reclamante deberá producir y en tal caso corresponderá estimar y tasar o liquidar al momento de la sentencia, la cuantía patrimonial del perjuicio cierto que representará erogaciones o gastos para atender, en el tiempo, la reparación del daño. (Conf. Zannoni, "Temas de Responsabilidad Civil – Indemnización", P. 123)" (CASTRO, CARLOS A. c/ZAZ, ISIDORO s/SUMARIO S/CASACION S STRNSC VIEDMA 00CC 000180 17-11-93 SD LEIVA)", ("SEGURA PAOLA BEATRIZ CONTRA LIZAMA MARCELO ALEJANDRO YOTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", EXP Nº 311173/4).

En consecuencia, a partir de lo expuesto por el perito médico en cuanto a que los artefactos que requiere la actora son silla de ruedas, cama ortopédica y prótesis de pierna, como también la vida útil de los mismos (fs. 835), y el informe de Carahue que se encuentra a fs. 857/859, este rubro procederá por la suma de $ 165.520 (art. 165 del C.P.C. y C.), (cfr. CNCiv. en autos "Sami S.R.L c/Wermicke Germán Julio y otros s/sumario", C. 037452).

2. Además, tanto la actora como la citada en garantía se quejan por el monto por el cual procedió el daño moral, por bajo y alto respectivamente.

Al respecto, esta Sala sostuvo: "Cabe resaltar que: "El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniarias. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que otro modo quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer al reclamante, lo que, como decía ORTOLAN (citado por VELEZ SARSFIELD en la nota al art. 499 del C. C.), contraria al principio de la razón natural. Entiendo que en la

determinación del 'quantum' indemnizatorio los jueces de grado deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto. Con relación a la cuantificación del daño moral considero que siempre es difícil trasladar al dinero el daño extrapatrimonial, para hacerlo es útil tener en cuenta las reglas determinadas por MOSSET ITURRASPE, Jorge en "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral" LL 1994 - A - 729. Entre ellas la más importante consiste en diferenciar según la gravedad del daño y tener en cuenta las peculiaridades del caso. En orden a diferenciar según la gravedad del daño, hay que tener en cuenta el daño real sufrido por la víctima", (CNCiv. y Com. Fed., Sala 3, "Verón Raúl Felix c/ Estado Nacional–Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios", 18/02/05)", ("VALENZUELA REGINA C/ CORSINO RAUL ARMANDO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP Nº 386423/2009).

En autos, lo expuesto por la actora a la perito psicóloga (cfr. fs. 787 a 790), se encuentra corroborado por los testigos que declararon (cfr. cd. de fs. 986).

Así, el testigo Estrada dijo que la Sra. Hidalgo era una "mujer alegre, dinámica y después del accidente ya no". "Beatriz cambió en el sentido, más que nada creo que fue psicológico, todo lo que le pasó a ella, el hecho de no poder caminar", y el Sr. Mansilla agregó: "Anímicamente se vino abajo".

También, debe valorarse el dolor y sufrimiento que provoca la amputación de una pierna, como también el provocado por la larga internación (864vta.) y el riesgo de vida (835).

Asimismo, deben considerarse las cicatrices descriptas por el perito médico. Al respecto, expresó: "Presenta cicatriz en zona frontal de 7cm. que se dirige hacia arriba y se angula hacia la región fronto pariental superior de 15cm. lineal hipopigmentada, párpado izquierdo caído parcialmente. En miembro superior izquierdo, cicatriz operatoria de cara anterior de antebrazo de 7cm., en cara posterior otra de 11cm., lugar de exposición de huesos fracturados. En región glútea derecha, cicatriz irregular, excavada en especial en zona inferior, hiperpigmentada por escara, de 15cn. De diámtero. Rodilla izquierda, cara externa de cicatriz de 2cm. y en tercio medio, región pretibial otra de 3cm. excavada color salmón", (fs. 834vta.)

También, cabe señalar que el perito médico, a fs. 835, y la perito psicóloga, a fs. 789, fueron coincidentes en cuanto a que la actora, como consecuencia del accidente, padece depresión.

A partir de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de la citada en garantía y determinar este rubro en la suma de $ 100.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

3. Luego, en cuanto a la extensión de la responsabilidad de la aseguradora, adelanto que el recurso de la actora resulta procedente.

Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones sostuvo: "Existe una diferencia básica entre los seguros de responsabilidad civil tomados voluntariamente y aquellos cuya contratación es obligatoria en razón de imponerlo las leyes puesto que, en estos casos, el asegurado se encuentra obligado a tomarlos en protección de las personas que pudiere dañar. De ahí que Ghersi haga una distinción acerca de la oponibilidad, respecto a los terceros damnificados, de las cláusulas exoneratorias que puedan nacer del contrato de seguro, según sea éste obligatorio o no. Cuando el seguro es obligatorio, como en el caso de los automotores (art. 68 de la ley 24.449 y los similares artículos de las diversas leyes provinciales), la aseguradora no podrá oponer al dañado o damnificado cláusulas contractuales de exclusión, porque la ley ha tutelado un interés superior que es precisamente la reparabilidad del daño a terceros, sin perjuicio de las acciones de repetición que posea frente al contratante ("Contrato de Seguro", Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 239 y ss.)".

"No se trata de la decisión del asegurado tomada libremente y con el propósito de preservar su patrimonio sino de una imposición legal que tiene por fin proteger a los damnificados. Tal como ya lo referí, la aseguradora pide que se fije en $30.000 el tope por el cual tiene que responder, teniendo en cuenta la proporción que corresponda; mientras que el actor dice que estamos ante una cláusula nula, más allá de que se tomen $90.000 o $30.000. Sin dudas, el tope de $30.000 mencionado en la cláusula inserta en la póliza es demasiado bajo".

"Es abusivo en los términos de los arts. 37 incisos a) y b) de la ley 24.240 y 37 del decreto 1798/94 en tanto genera una desnaturalización de las obligaciones. De ahí que deba decretarse de pleno derecho y de oficio la nulidad de la cláusula. Sucede que el vicio que presenta todo negocio jurídico que atenta contra el interés público adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. La posibilidad fue expresamente tratada por la Sala al dictar sentencia en los autos caratulados: "Gauna, Valentín c. Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios", R. 527.528 del 27/12/2009. En dicho pronunciamiento se apuntó, entre otros argumentos, que "...corresponde ejercer el control jurisdiccional sobre el contenido del contrato de seguro...con base en el ejercicio abusivo del derecho, la vulneración de la buena fe, de la regla moral, de las buenas costumbres (cfr. arts. 21, 953, 1071, 1167, 1198 y cctes., del Cód. Civil)".

“[….] Aunque coincido con el voto del Dr. Kiper en relación a la solución propuesta respecto de la cuestión planteada acerca del límite de la cobertura, estimo pertinente realizar una aclaración sobre el punto. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que la enumeración de los riesgos abarcados por el contrato de seguro y la extensión de la cobertura deben apreciarse literal, restrictiva o limitativamente, y es inadmisible la interpretación analógica o extensiva de la póliza para determinar el riesgo asegurado (esta sala, 19/3/2013, "El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S. A. c. C., Félix Rafael y otros s/ Cobro de sumas de dinero", L. n° 608.324).

“Esta pauta esencial de interpretación debe ser complementada con los principios de buena fe, finalidad y economía del contrato, el principio in dubio contra estipulatorem y el predominio de las condiciones particulares por sobre las generales (CAMPO, Francisco, "El riesgo. Delimitaciones y exclusiones a la cobertura", en Ciencia, Técnica y Poder Judicial, Academia Judicial Internacional - La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 26)”.

“Por lo demás, al tratarse de un contrato de consumo, se aplica el art. 37 de la ley 24.240, que establece: "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa". Este criterio (interpretación contra proferentem) fue expresamente acogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuyas palabras: "en caso de duda debía considerarse subsistente la obligación del asegurador, que no sólo redactó las condiciones del contrato sino que por ser quien realiza las previsiones de los siniestros mediante cálculos actuariales, estaba en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitada la extensión de sus obligaciones" (CSJN, 6/12/1994, "Berlari, Norma E. c. Omega Coop. de seguros Ltda. y otros", Fallos 317:1684)”.

“Aclaro que en la litis no se trata de un seguro de responsabilidad civil contratado por una empresa de transporte público de pasajeros, por lo cual no es de aplicación la doctrina sentada por esta cámara en el plenario "Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les o muerte - sumario) y Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte - sumario)", de fecha 13/12/2006. Sin perjuicio de ello, el actor claramente pretendió es que no le sea oponible el límite denunciado por la citada en garantía. Contrariamente a lo que se decidió en la instancia de grado, juzgo que tal límite resulta irrazonable, contrario a la finalidad que inspira el seguro obligatorio en materia automotriz, y por lo tanto, inoponible a la víctima del siniestro. Tres consideraciones me llevan a concluir de ese modo.

Ante todo, los límites de cobertura que se establecieron en la póliza en estudio coinciden con los fijados en la resolución n° 21.999/1992 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que se cita en la póliza a fs. 56.

Ahora bien, esa resolución es de dudosa constitucionalidad, por cuanto, como explica Stiglitz: "se han establecido topes indemnizatorios a favor de las víctimas de la circulación, cuando el daño, como presupuesto de la responsabilidad civil, es tema regulado por el Cód. Civil donde el principio general es el contrario, ya que lo que se prevé en las normas generales es un sistema de reparación integral (art. 1068), comprensivo incluso del daño moral (art. 1078)" (STIGLITZ, Ruben S. - STIGLITZ, Gabriel A., Derecho de seguros, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. IV, p. 225, ap. 1461 "b"). En segundo término, la resolución data de 1992, cuando el límite de $ 30.000. equivalía a U$S 30.000”.

“De más está recordar que esas condiciones han cambiado totalmente en la actualidad —a más de veinte años de aquel momento—, con lo que resulta insensato pretender mantener esa suma nominal en claro detrimento de las víctimas. Finalmente, señalo que la finalidad tenida en cuenta por el art. 68 de la ley 24.449, que establece el seguro automotor obligatorio —que no es otra que la de proteger a las víctimas de accidentes de tránsito y asegurar su reparación— se vería claramente desvirtuada por la aplicación de una resolución administrativa que prevé la posibilidad de limitar la cobertura a un monto hoy en día irrisorio. No cabe duda de que, en esos términos, la mencionada resolución —y la cláusula contractual en la que se funda— colisiona con la citada disposición legal —de jerarquía netamente superior en la estructura del ordenamiento jurídico argentino—, por lo que debe ser dejada de lado en los términos de los arts. 28, 31 y concs. de la Constitución Nacional. Concluyo que el límite de cobertura mencionado es, cuanto menos, inoponible a la víctima del siniestro, sin perjuicio de si puede o no hacerse valer entre las partes del contrato de seguro, cuestión que resulta ajena a esta Litis”, (CNCiv., Sala H, “S. J., C. A. c. R., M. Á. y otros s/ daños y perjuicios”, 03/04/2014, LL AR/JUR/11260/2014).

En sentido similar: CNCiv, Sala A, “RANDAZZO ANGEL JOSE c/ HABIB JONATHAN DANIEL Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, 6/03/14, A624674; Sala G, “ERAZO GUARDAMINO, DAVID IGNACIO C/ LUQUE CUEVAS, JUAN DE ROSA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, 10/04/15, G109606; Sala C, “NICORA MONICA GRACIELA Y OTRO c/ GRISOLIA SEBASTIAN HECTOR Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, 27/03/14, C071305; Sala L, “GUIMARES, RICARDO ABEL Y OTROS C/ ARAVENA, RAUL ERNESTO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRAN. C/LES. O MUERTE)”, 16/07/15, L086784; Sala M, “AYALA GÓMEZ, REINALDO C/ MUÑOZ CONDORI Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, M594884, 6/03/12).

A partir de lo expuesto, es que corresponde revocar la sentencia en este punto y, en consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la cláusula que limita la responsabilidad de la compañía de seguros hasta la suma de $ 30.000, la que no podrá invocar límites con relación a su responsabilidad por el evento dañoso de autos.

4. En punto a las apelaciones arancelarias de los peritos psicóloga y contador de fs. 1014 y 1022 respectivamente, cabe tener en consideración que, si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los peritos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP Nº 385961/9).

Sentado lo anterior y, efectuados los cálculos de rigor, de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que la regulación porcentual atacada por los expertos resulta ajustada a derecho por lo que se impone la confirmación de ambas.III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 1042/1043, y parcialmente el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 1046/1062vta., y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 990/1001vta., elevando el monto de condena a la suma de $509.844, declarando nula la cláusula de la póliza de seguros de fs. 38/47vta. que limita la responsabilidad de la compañía de seguros hasta la suma de $ 30.000 por muerte o incapacidad de personas, dejando sin efecto el límite de la cobertura determinado a fs. 1001, a partir de lo cual Liderar Compañía de Seguros deberá responder por las consecuencias del accidente de autos, conforme lo expuesto en los considerandos anteriores.

Imponer las costas de la Alzada a la demandada por su condición de vencida, teniendo en cuenta la forma en que se resuelve, la elevación del monto de condena y el rechazo del límite de cobertura (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior.

Rechazar los recursos arancelarios deducidos por la perito psicóloga a fs. 1014 y el perito contador a fs. 1022, confirmando las regulaciones de honorarios de fs. 1001vta. y 1036 respectivamente.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Disiento con mi colega en lo que refiere a la solución acordada respecto al límite de cobertura estipulado en la póliza de seguro, cuestionado en esta Alzada por la actora.

1.- En primer lugar es importante tener presente la naturaleza del seguro de responsabilidad civil que contempla la póliza acompañada por la citada en garantía, puesto que se trata de un seguro obligatorio.

El seguro contra la responsabilidad civil automotor fue implementado en nuestro país, con carácter obligatorio, a partir del 1 de febrero de 1993, mediante dec. 692/1992, que aprobó el Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte. A partir de dicho momento conviven dos seguros de responsabilidad civil automotor: el tradicional seguro voluntario y el obligatorio creado a partir de la referida normativa.

Su art. 67 disponía: "Seguro obligatorio. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por un seguro de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, incluidos los transportados".

"Este seguro obligatorio será anual y podrá contratarse en cualquier entidad autorizada para operar en el ramo... Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se puedan hacer valer luego...".

El dec. 692/1992, del 27 de abril de 1992, fue aprobado y corregido por el dec. 2254/1992, del 1 de diciembre de 1992, aunque en el tema que nos interesa —seguro obligatorio— el texto original no sufrió modificaciones.

El 23 de diciembre de 1994 se sancionó la Ley de Tránsito 24.449, publicada el 10 de febrero de 1995, cuyo ámbito de aplicación "será el de la jurisdicción federal", al que "podrán adherir... los gobiernos provinciales y municipales" (arts. 1 y 91).

Por su parte, el art. 95 dispuso la derogación de los decs. 692/1992 y 2254/1992 (Adla LII-D-4173), por lo que, desde entonces, la Ley de Tránsito se halla vigente no sólo en el ámbito federal sino, además, en todas aquellas jurisdicciones provinciales y municipales que hayan adherido a ella. En otras palabras, en aquellas jurisdicciones que no hayan adherido al texto legal, el seguro obligatorio no está vigente.

El art. 68, Ley de Tránsito 24.449, en lo que atañe al tema que nos ocupa establece: "Seguro obligatorio. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por un seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no... Este seguro obligatorio será anual y podrá contratarse con cualquier entidad autorizada para operar en el ramo... Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de

inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego...".

Esto significa que el art. 68, ley 24.449 (Ley de Tránsito) reprodujo literalmente lo establecido por el dec. 692/1992.

Con apoyo en la delegación de facultades otorgada por el dec. 692/1992, la Superintendencia de Seguros de la Nación, mediante la resolución 21.999 del 29 de diciembre de 1992 (Adla LIII-A-690), fijó las condiciones que debe reunir el seguro obligatorio.

Al año siguiente, el 22 de enero de 1993, la Superintendencia de Seguros de la Nación dictó la res. 22.058, por la que se establecen "las condiciones mínimas de cobertura del seguro obligatorio al que deberán conformarse las entidades", dado que en los considerandos se señaló la conveniencia de uniformar "las condiciones contractuales" con el fin de favorecer una "fácil reproducción por parte de las aseguradoras".

Sobre la base de lo expuesto, el art. 1 de esta resolución establecía que "la cobertura mínima requerida... deberá otorgarse de conformidad con las condiciones y diagramación que se acompañan como Anexo I". Y éste contenía las condiciones generales uniformes a las que debían conformarse las entidades autorizadas para operar en el riesgo.

Estas resoluciones fueron abrogadas y, luego se dictó la resolución SSN 36.100 (del 19/9/2011), modificada por las resoluciones 36.734, 28.065 y 38.066, que prevén en su Anexo I tanto las condiciones contractuales uniformes del seguro obligatorio de responsabilidad civil que exige la Ley de Tránsito como la del seguro voluntario de responsabilidad civil para automotores.

En el seguro obligatorio (SO-RC) se previó un límite mínimo de $ 200.000 para el caso de muerte o incapacidad total y permanente (cláusula 2, inc. a, apart. 1) y en caso de pluralidad de damnificados en un mismo acontecimiento, del doble de dicha suma (a.3), así como de $ 15.000 para gastos sanatoriales (b.1) y de $ 8000 por gastos de sepelio (b.2).

Expresamente, la cláusula 7 establece el deber del asegurado y del conductor de ajustarse a la Ley de Seguros (cfr. Compiani, María Fabiana, “Las exclusiones de cobertura en el seguro automotor”, RCyS 2015-III , 225).

En este punto, cabe tener presente que, en la actualidad, se han dictado las Resoluciones 39327/15 y 39927/16 SSN, que elevan los montos mínimos del seguro obligatorio de responsabilidad civil, fijando esta última, para el supuesto de muerte o incapacidad total y permanente, la suma de $400.000.

2.- Sentada la naturaleza del seguro que nos ocupa, cabe referir que de las constancias de autos se desprende que el límite de cobertura fue denunciado por la citada en garantía en su primer presentación (hoja 50/55).

Por su parte, la actora, al momento de contestar el pertinente traslado, se opuso a tal limitación, en los términos que surgen del escrito de la hoja 59/78.

En el caso, no caben dudas de la existencia de tal límite de cobertura, que surge de la póliza (hoja 38/47vta) y fue confirmado por el perito contador en el informe de hojas 897/899.

Ahora bien, los cuestionamientos de la actora respecto de la limitación aludida pueden clasificarse como reproches de orden formal y sustancial.

En orden a los primeros, el ataque apunta a la inconstitucionalidad del régimen del seguro automotor obligatorio, toda vez que el mismo nace de una delegación legislativa.

En este punto, debo adelantar que no observo, que la recurrente haya aportado argumentos suficientes que permitan poner de relieve la grave sanción que persigue.

Se ha acotado: “En cuanto a las críticas efectuadas a la delegación legislativa realizada por el art. 68 LNT al organismo administrativo que en la práctica era la SSN, debemos decir que la cuestión se encuentra hoy superada jurisprudencialmente. Quizás el principal argumento pase por el hecho de que la inconstitucionalidad de la delegación legislativa en sí implicaría la inaplicabilidad de todo el régimen (con las obvias consecuencias sociales), puesto que el limitado contenido del art. 68 LNT lo torna inoperable por sí mismo. Sin embargo, el argumento jurídico en este sentido pasa por definir si es válido que el Congreso de la Nación delegue en el Poder Ejecutivo la regulación de cuestiones como las contenidas en las Res. 21.999, 22.058, 34.211, 34.225 y 35.401; y si la respuesta es afirmativa, si es que tal función puede ser cumplida por un organismo dependiente del Ministerio de Economía como la SSN; y no por el PEN mismo. Ya conocemos la respuesta negativa en ambos sentidos de Stiglitz (ob. cit.) La CJPSJ, en cambio, ubica en el fallo "Espina" tal facultad en la propia "delegación legislativa" del art. 76 de la Constitución Nacional (CN), atribuyéndole por ende a las Res. Grales citadas el carácter de "reglamentos delegados" (Canosa, Armando, "La Delegación Legislativa", en Cassagne, Juan C. -director- "Estudios sobre la Reforma Constitucional", Ed. Depalma, Bs. As., 1995, citado por Babot, Fernando, “La nueva reglamentación del seguro automotor obligatorio a partir de la Res. gral. 35.401 SSN”, RCyS 2011-V , 23).

Es que si bien el art. 68 de la 24.240 hace una remisión “a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora”, también es posible considerar, desde la perspectiva de los reglamentos autónomos, que la Superintendencia de Seguros de la Nación posee atribuidos constitucionalmente poderes implícitos para regular determinadas materias, siempre y cuando el Congreso no

hubiere legislado en la materia.

Ello, sin perjuicio de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general deberá ser considerada como "última ratio" del orden jurídico, a la que sólo podrá llegarse cuando el esfuerzo interpretativo no logre coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la Constitución (cfr. en este sentido, Bidart Campos "La Interpretación y El Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional" ED. EDIAR S.A. pág. 209/20).

Al respecto, nuestro Tribunal Superior ha tenido oportunidad de revisar la validez constitucional de un reglamento autónomo en el orden local –Dec nº695/98, sobre Régimen Disciplinario Policial-, señalando que en la medida que tal materia no sea objeto de regulación legislativa, la reglamentación emanada del Poder Ejecutivo es constitucionalmente válida.

Así, dijo: "el Poder Ejecutivo de la Nación posee atribuidos constitucionalmente poderes implícitos para regular determinadas materias, siempre y cuando el Congreso no las hubiere legislado (cfr. Linares Juan Francisco "Los reglamentos autónomos en el orden federal" L.L. T. 1981 D. Pág. 1217 y ss.., Humberto Quiroga Lavíe, Miguel Angel Benedetti, María de las Nieves Cenicacelaya, "Derecho Constitucional Argentino T. II, Ed. Rubinzal y Culzzoni, año 2.001 pág. 1104 y 1106). Para esta corriente, los reglamentos autónomos son aquellos dictados para regir una materia en la que no hay normas legales aplicables, dado que el Poder Legislativo no las dictó. En referencia concreta a la atribución de dictar reglamentos autónomos en materia de administración se sostiene que esta potestad es, en todos los casos, supletoria de la actividad del Congreso, órgano que siempre puede reglamentar la misma (por ej. reglar la facultad disciplinaria sobre los empleados de la Administración Pública Nacional), en cuyo caso la potestad del Ejecutivo no puede prevalecer sobre la del Congreso (cfr. Quiroga Lavié ob. y pág. cit.)" (Ac. 975/03, S.D.O).

Consecuentemente, atento la insuficiencia del planteo recursivo, opino que el embate constitucional, desde el plano formal, no puede ser admitido.

3.- Distinto es lo que ocurre con el cuestionamiento formulado desde el plano sustancial.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que la enumeración de los riesgos abarcados por el contrato de seguro y la extensión de la cobertura deben apreciarse literal, restrictiva o limitativamente, y es inadmisible la interpretación analógica o extensiva de la póliza para determinar el riesgo asegurado (CNACiv, sala A, "M., C. D. y otro c. M., M. M. y otros s/ daños y perjuicios" RCyS 2016-XII, 221).

Esta pauta esencial de interpretación debe ser complementada con los principios de buena fe, finalidad y economía del contrato, el principio in dubio contra estipulatorem y el predominio de las condiciones particulares por sobre las generales (Campo, Francisco, "El riesgo. Delimitaciones y exclusiones a la cobertura", en Ciencia, Técnica y Poder Judicial, Academia Judicial Internacional - La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 26).

En esta misma senda, la Corte Suprema de Justicia, en el caso "Buffoni", citado por la magistrada de grado, ha señalado:

"...Que la Ley Nacional de Tránsito impone la necesidad de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil frente a terceros —transportados o no— por los eventuales daños que pudiera ocasionar el dueño o guardián del automóvil (art. 68 ley 24.449), y dispone también que su contratación debe realizarse de acuerdo con las condiciones que fije la Superintendencia de Seguros de la Nación, autoridad en materia aseguradora.

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.

11) Que, por lo demás, la oponibilidad de las cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379, y causas O.166. XLIII. "Obarrio, María Pía c. 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 04/03/2008).

12) Que 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)."

Es decir, en este fallo, la Corte claramente ha ratificado su postura en punto al principio general de la oponibilidad de las cláusulas del contrato de seguro automotor a los damnificados.

Sin embargo, en mi opinión, no debe perderse de vista que, como todo principio, encontrará excepción en aquellos casos en los que se constate la irrazonabilidad de lo previsto contractualmente.

Ello resultó lo que precisamente la propia Corte se encargó de juzgar en el caso de las franquicias para el transporte ferroviario de pasajeros a las que consideró abusivas y violatorias del derecho constitucionalmente garantido de las víctimas a la reparación plena (ver Corte Sup., 20/10/2009, "Ortega, Diego N. v. Transporte Metropolitano General Roca S.A", RCyS 2009-XI-112; LL del 12/11/2009, p. 6; DJ del 30/12/2009, p. 3707., citado por Compiani, María Fabiana, Las exclusiones de cobertura en el seguro automotor, RCyS 2015-III , 225).

Así, e inversamente a lo que se decidió en la instancia de grado, comparto con mi colega que el límite asegurativo invocado por la citada en garantía resulta irrazonable, contrario a la finalidad que inspira el seguro obligatorio en materia automotriz, y por lo tanto, inoponible a la víctima del siniestro.

Tres consideraciones me llevan a concluir de ese modo.

Ante todo, los límites de cobertura que se establecieron en la póliza en estudio coinciden con los fijados en la resolución n° 21.999/1992 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que se cita en la póliza (ver hoja 45).

Ahora bien, en esa resolución, como explica Stiglitz: "se han establecido topes indemnizatorios a favor de las víctimas de la circulación, cuando el daño, como presupuesto de la responsabilidad civil, es tema regulado por el Código Civil donde el principio general es el contrario, ya que lo que se prevé en las normas generales es un sistema de reparación integral (art. 1068), comprensivo incluso del daño moral (art. 1078)" (Stiglitz, Ruben S. – Stiglitz, Gabriel A., Derecho de seguros, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. IV, p. 225, ap. 1461 "b").

En segundo término, la resolución data de 1992, cuando el límite de $ 30.000.- equivalía a U$S 30.000.- De más está recordar que esas condiciones han cambiado totalmente en la actualidad –a más de veinte años de aquel momento-, con lo que resulta insensato pretender mantener esa suma nominal en claro detrimento de las víctimas.

Finalmente, señalo que la finalidad tenida en cuenta por el art. 68 de la ley 24.449, que establece el seguro automotor obligatorio –que no es otra que la de proteger a las víctimas de accidentes de tránsito y asegurar su reparación- se vería claramente desvirtuada por la aplicación de una resolución administrativa que prevé la posibilidad de limitar la cobertura a un monto hoy en día irrisorio. No cabe duda de que, en esos términos, la mencionada resolución –y la cláusula contractual en la que se funda- colisiona con la citada disposición legal –de jerarquía netamente superior en la estructura del ordenamiento jurídico argentino-, por lo que debe ser dejada de lado en los términos de los arts. 28, 31 y concs. de la Constitución Nacional (cfr. CNACiv, Sala A, "Fecit, Gustavo Adrián c/ Brabo, Juan Carlos y otros s/ Daños y Perjuicios", Expte. N° 14.132/2008, citado por la actora en su recurso. Ver también, CNACiv, Sala H, "S. J., C. A. c. R., M. Á. y otros s/ daños y perjuicios", 03/04/2014, citado por mi colega).

Cabe aquí traer a colación lo señalado por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, si bien referido a un supuesto diferente -franquicia asegurativa-, en orden a que la regla general es que la franquicia es oponible al damnificado. Pero precisó que, por excepción, tal franquicia será inoponible cuando resulta irrazonable. Así: "el pacto de franquicia no debe ser un tótem inmodificable que tiene como fundamento las soberanía de la voluntad individual de los contratos...la preservación del interés general tiene peso específico para contraponerse a una cláusula inconciliable con la idea del seguro obligatorio impuesto por la ley de tránsito... los contratos no pueden perjudicar a terceros... el elevado monto de la franquicia opera como un caso de no seguro, repudiado por la ley 24.449, razón por la cual la cláusula que la implementa sólo tiene efectos entre la aseguradora u el asegurado, no siendo oponible a las eventuales victimas del daño".

Sigue la autora de la nota: "El art. 28 de la Constitución Nacional garantiza que la razonabilidad debe estar siempre presente en los actos del Estado... La fijación de una franquicia de monto desmesurado de acuerdo a la finalidad económica jurídica del contrato evidencia un ejercicio carente de razonabilidad de las facultades de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en violación a los arts. 17 y 18 de la Carta Magna, en tanto ignora el derecho del asegurado a la contratación de un seguro que lo ampare contra la mayor exposición patrimonial... la solución sería la declaración de su inoponibilidad absoluta y parcial".

"La desmesura en la cuantificación de la franquicia acaece tanto cuando se la desnaturaliza como cuando, indirectamente, se

afectan los derechos de los damnificados o terceros, para quienes el seguro contra la responsabilidad civil cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización del daño" (M. Fabiana Compiani, "La irrazonabilidad de la cuantía de la franquicia" (LA LEY, T.2007-A-p-577), donde se cita el fallo de la SC de Mendoza, Sala primera, del 20/10/2006, en causa 86.383, "Centeno María c. Russo, Norberto").

En el presente caso nos encontramos frente a un supuesto de una cláusula limitativa de responsabilidad donde se establece en la póliza la cobertura de la responsabilidad civil con un límite de $30.000.

Como señalé, esta cláusula resulta irrazonable; además de contraponerse a una norma de orden público que establece la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil contra terceros.

Entiendo que, en caso de admitirse este tipo de convenciones limitativas de la cobertura asegurativa, una suma tan exigua en supuestos en los cuales la contratación de una póliza deviene obligatoriamente impuesta por la ley, se estarían vulnerando los propósitos que motivaron su sanción. Además, tampoco puede desconocerse el transcurso de tiempo que se verifica entre la emisión de la póliza y el dictado de la sentencia, resultando los límites asegurativos originalmente previstos totalmente ineficaces dada la situación inflacionaria que atravesó el país desde entonces.

Así: "Consideramos que una disposición como la referida, propende a la protección de la víctima. Este es el principio rector protector que debe ser priorizado y no puede verse desnaturalizado por las normas que las reglamenten.

El monto asegurado previsto en la póliza en estudio resulta irrazonable para afrontar un eventual reclamo por daños y perjuicios, si se tienen en cuenta los acontecimientos dañosos más asiduamente producidos y traídos a la órbita de la justicia, en especial, cuando conllevan indemnizaciones en caso de lesiones graves o muertes, que superan holgadamente ese límite ínfimo. Se violenta de esta manera, el servicio asegurativo que, indirectamente, recae sobre las víctimas de accidentes, para quienes el seguro contra la responsabilidad civil cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización del daño. Aceptar esta cláusula limitativa de responsabilidad implicaría desnaturalizar las obligaciones que se encuentran a cargo de la aseguradora en un contrato de seguro "normal", al violentar los deberes esenciales o naturales del contrato, o sea, su fin. Anotamos que ello frustraría las expectativas razonables que legítimamente tienen los consumidores de seguros, contrariando las raíces del contrato. Es evidentemente una cláusula abusiva que traslada sus efectos a los damnificados. El seguro contratado en tales condiciones equivale prácticamente a la inexistencia de cobertura. Y si la compañía aseguradora celebró un contrato con un límite asegurado tan exiguo, violando normas imperativas, debe cargar con sus propias consecuencias (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans; art. 1137; 1198 y cc C. Civil). Siempre se ha dicho que el principio de autonomía de la voluntad (conf. art. 1197 C. Civil), no puede ser ejercido de modo tal que cada uno se comporte de la manera que le plazca perjudicando los derechos del otro -vgr. la víctima- (ver CNComercial, Sala F, "Transportes Metropolitanos Gral. Roca S. A. y otro c. Provincia Seguros S.A. y otro; s/ ordinario" del 12/5/2011, elDial.com - AG2B; LORENZETTI, Ricardo, Tratado de los contratos, Rubinzal Culzoni, 1999, T. 1, p. 165).

En efecto, el límite de cobertura fijado en la póliza reseñada no es lógico ni razonable. Prácticamente, sería un supuesto de "no seguro", por insuficiencia de la suma asegurada (ver sobre este tópico, SOBRINO, Waldo, Consumidores de Seguros, ed. La Ley, 2009, p. 278), pues elimina uno de los propósitos dominantes o principales de la cobertura, que no es tan solo garantizar la indemnidad del asegurado, sino, en especial, resarcir el daño provocado al damnificado" (CNACiv, Sala H, "González, Ulises Ricardo c. Castillo, Raúl Manuel y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", 26/10/2015, RCyS 2016-II, 255).

Sobre la base de todas estas consideraciones, concluyo que el límite de cobertura mencionado es, cuanto menos, inoponible a la víctima del siniestro, sin perjuicio de si puede o no hacerse valer entre las partes del contrato de seguro, cuestión que resulta ajena a esta litis.

Por estas razones, propondré la modificación de la resolución apelada en este sentido.

Por lo cual, la condena respecto de Liderar Compañía General de Seguros S. A. deberá ser soportada por ésta de acuerdo a los topes vigentes en la actualidad.

Así, teniendo en cuenta los montos previstos en la Res SSN 39927/16 ya citada, como límite de la responsabilidad para el seguro obligatorio, el límite asegurativo que regirá en el caso asciende al importe de $400.000,00.-

4.- En lo que refiere al importe reconocido en concepto de daño moral, entiendo que si bien no pueden desconocerse las graves repercusiones en la esfera anímica y social que reportó la amputación del miembro inferior y la necesidad de usar sillas de ruedas, tal como surge del informe psicológico de hojas 785/792, y el informe social de hojas 863/866, la indemnización a otorgarse debe resultar acorde a otros casos resueltos por esta Sala (ver, por caso, Exptes. N° 470840/12 y 388836/09).

En el caso de autos, las secuelas del accidente son gravísimas: luego de permanecer 103 días internada, la mayor parte del tiempo en terapia intensiva con sepsis grave, debió amputársele el miembro inferior derecho por necrosis (muerte de los tejidos) y

consecuente infección. A la agonía del postoperatorio, debe sumársele la certeza respecto del cambio total en su vida, la alteración de su cuerpo a raíz de la pérdida del miembro inferior, la angustia de encontrarse a sí misma disminuida en sus aptitudes, el indudable impacto de la discapacidad en las posibilidades laborales y en la vida de relación, todo lo cual revela que el daño moral sufrido es particularmente intenso. Consecuentemente estimo que este rubro debe fijarse en la suma de $150.000,00.

En todos los demás aspectos tratados por mi colega, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido. 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 lo expuesto, esta Sala I POR MAYORIA

RESUELVE:

1. Modificar la sentencia de fs. 990/1001vta., elevando el monto de condena a la suma de $ 559.844, y estableciendo que Liderar Compañía General de Seguros S.A. deberá soportar la condena de acuerdo a los topes vigentes en la actualidad, de conformidad con lo expuesto en los considerandos respectivos, y confirmarla en lo demás que fue materia de recursos y agravios.

2. Rechazar los recursos arancelarios deducidos por la perito psicóloga a fs. 1014 y el perito contador a fs. 1022, confirmando las regulaciones de honorarios de fs. 1001vta. y 1036, respectivamente.

3. Imponer las costas de la Alzada a la demandada por su condición de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

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 - Dr. Fernando M. GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"VERGARA VILLANUEVA SANDRA F. C/ MUJICA VICTOR MARTIN Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 474239/2013) – Sentencia: 110/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. GIRO A LA IZQUIERDA. EXCESO DE VELOCIDAD. CULPA CONCURRENTE. SEGURO POR RESPONSABILIDAD CIVIL. ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO. PAGOS. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

1.- Cabe atribuir mayor responsabilidad al conductor del automóvil por los daños derivados del accidente que protagonizó al realizar una maniobra de giro hacia la izquierda sin que tenga relevancia el carácter de embistente del actor, pues, la maniobra de aquél al tratar de girar -prácticamente en "U", como señala el testigo- sin que se encuentre probado que advirtiera el giro mediante las señales correspondientes, es altamente riesgosa y constituye un obstáculo en la trayectoria de la moto que venía transitando por detrás. Razón por la cual, es evidente que quien intente esta maniobra, debe previamente tomar todos los recaudos que le permitan asegurarse de que es posible realizarla sin peligro, permitiendo el paso de cualquier rodado que se desplace por la arteria que habrá de atravesar o por la que habrá de introducirse (arts.

43 y 48, incs. c), d) y f) de la ley 24.449). (el voto de la Dra. Pamphile, en mayoría).

2.- En atención a que el demandado realizó una maniobra muy riesgosa, demuestran la decisiva incidencia causal de su conducta. Y esta fuerte influencia causal determina que deba acordársele el 85% a su conducta como concausa del daño. El 15% restante pesa sobre la actora, en tanto surge de las pericias practicadas, tanto en esta sede como en la penal, que excedía el límite de velocidad permitido. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría).

3.- Cabe revocar lo decidido por la Sentenciante, en el sentido de que la aseguradora no produjo prueba con relación a los pagos efectuados por la aseguradora de riesgos del trabajo y no menciona los montos que pretende deducir (art. 265 del C.P.C. y C.), pues la presentación de la actora encuentra razonable el pedido de la contraria tendiente a evitar un enriquecimiento sin causa y, al contestar agravios, reconoce que se encuentra discutiendo a nivel administrativo los ítems que determinan la incapacidad atribuida en dicha sede.

En tal virtud, por el juego armónico de las normativas aplicables en los dos ámbitos de protección y, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa, propongo que al importe de condena por el rubro incapacidad física se le descuenten las sumas eventualmente percibidas por el régimen especial de riesgos de trabajo por dicho concepto, lo que así corresponderá que se invoque y acredite por la obligada al pago en la etapa de ejecución de sentencia (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría).

4.- En tanto el evento dañoso estuvo determinado por la imprudencia de ambos partícipes: uno por no advertir la maniobra de giro con suficiente antelación y el otro, por transitar a velocidad antirreglamentaria, cabe concluir que cada uno contribuyó en igual medida a la producción del accidente. (del voto del Dr. Pascuarelli, en menoría).

5.- Teniendo en cuenta la edad de la actora al momento del hecho (25 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por el perito, el que no fue cuestionado por las partes (52%), los recibos de haberes agregados, las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Sala y lo peticionado por la actora, la justipreciación efectuada por la Sentenciante de grado debe ser elevada a la suma de $ 348.500 (art. 165 del C.P.C. y C.). (del voto del Dr. Pascuarelli, en minoría).

6.- Las circunstancias del hecho plasmadas en el expediente en cuanto al largo período de internación, el dolor sufrido y la cantidad de veces que debió ser intervenida quirúrgicamente, la colocación de material osteosíntesis, el dolor que todo el proceso de recuperación le trajo aparejado y lo expuesto por la actora en cuanto a la interrupción de sus estudios en un Instituto educativo, justifican la elevación del monto de condena por este rubro, por lo que el monto por el daño moral se eleva a la suma de $70.000 (art. 165 del C.P.C. y C). (del voto del Dr. Pascuarelli, en minoría).

7.- Corresponde rechazar el agravio de la aseguradora en el sentido que la sentencia guarda silencio en torno al trámite administrativo que la actora impulsó ante su ART, en tanto no produjo prueba con relación a los pagos efectuados por la aseguradora de riesgos del trabajo y no menciona los montos que pretende deducir (art. 265 del C.P.C. y C.), asimismo, la providencia fue consentida y anterior al autos para sentencia, por lo cual los planteos de la

aseguradora respecto a su contenido resultan extemporáneos (del voto del Dr. Pascuarelli, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 13 de junio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VERGARA VILLANUEVA SANDRA F. C/ MUJICA VICTOR MARTIN Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI4 EXP Nº 474239/2013) 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 el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. La actora y la demandada apelan la sentencia de fs. 433/440vta. por la cual se hizo lugar a la demanda por la suma de $ 134.250, más intereses y costas.

A fs. 469/472 expresó agravios la actora. Se queja porque considera que el porcentaje de culpa que corresponde al demandado es superior al 50% atribuido.

Dice, que conforme surge de las pruebas accidentológicas y mecánicas de la causa penal, el hecho determinante de la ocurrencia del accidente fue la maniobra obstructiva antirreglamentaria que realizó el Sr. Mujica, sin la cual el accidente no hubiera ocurrido. Sostiene, que la velocidad con la que circulaba antes del accidente no es definitoria como sí lo fue la maniobra ejecutada por Mujica.

Además, se queja porque considera reducida la indemnización por daño material.

Señala, que se indemniza este rubro tomando como parámetro la fórmula de matemática financiera, pero dice que el salario que debió tomar el juez para calcular la indemnización por incapacidad física es el de la misma categoría laboral que tenía la actora al momento de dictar sentencia y no al momento del accidente, es decir cuatro años atrás. Peticiona por este rubro una indemnización no inferior a los $305.138,90.

También critica el importe indemnizatorio por daño moral y solicita que se indemnice el rubro lesión estética como un daño autónomo. Manifiesta, que el importe que reconoce la sentencia es muy bajo y no alcanza a cubrir el daño provocado a la Sra. Vergara quien posee sólo 25 años de edad. Agrega, que se ve impedida de practicar hockey, asistir a encuentros al aire libre, lucir en público pollera, shorts, minifalda, ni menos aún traje de baño porque tiene mucha vergüenza por la cicatriz que le quedó en la pierna derecha, la cual tiene un hundimiento por falta de músculo y acortamiento notorio respecto de la otra. También, porque su caminar es y será de por vida claudicante, tambaleando, producto de los 5cm. menos de longitud que tiene una pierna respecto a la otra.

Expresa, que como consecuencia de esta lesión y de las 8 cirugías que debió soportar para curarse, otro daño colateral que sufre es una osteomelitis crónica producto de una infección hospitalaria que sufrió en la herida en una de las 8 intervenciones que se realizó. Alega, que la prueba pericial psicológica estableció una incapacidad del 30%.

También critica la falta de reconocimiento del daño por la interrupción de la carrera en el Instituto Séneca. Dice, que la Sentenciante interpretó erróneamente la información brindada por Sonrisas S.A. en tanto, si bien luego del accidente continuó la relación laboral con la firma, ello no indica que haya ido a trabajar al local. Señala que, al respecto, declaró la testigo Monsalve Padilla quien dijo que, luego del accidente, no volvió nunca más a trabajar en El Niño Feliz. Además, se refiere al informe de fs. 216 del mencionado instituto.

Luego, a fs. 476/480vta., expresa agravios la aseguradora. Dice, que si la actora hubiera conducido su motocicleta a una velocidad reglamentaria, el accidente nunca se hubiera producido. Sostiene, que es la motocicleta el vehículo embistente y que resulta más que evidente que el descontrol se produce por la excesiva velocidad, ambos elementos que fueron determinados en la pericia accidentológica.

Además, se agravia porque la sentencia guarda silencio en torno al trámite administrativo que la actora impulsó ante su ART, no obstante haber sido admitido como un hecho sobreviniente y no como hecho nuevo. Alega, que en su planteo de fs. 389 denunció como hecho nuevo esta circunstancia, lo cual fue ocultado por la accionante. Tampoco fueron respondidos los oficios reiteratorios por la ART.

Dice, que prestó conformidad para no suspender el trámite judicial y que no quede supeditado a la presentación del informe de la ART para que se dicte sentencia, condicionado a que si hubiese habido erogación de la ART a favor de la actora por su incapacidad, fuera deducido del monto indemnizatorio que eventualmente le otorgue la sentencia, lo cual se tuvo presente

conforme providencia de fs. 418 de fecha 20 de noviembre de 2015, pero que al ser intimados para que se arbitraran los medios para la realización del informe, la providencia que lo disponía no fue publicada en DEXTRA en forma completa, solamente sale el título anunciando la reanudación de plazos pero el texto no aparece.

A fs. 482/483vta. la demandada contestó los agravios de la actora y a fs. 485/486vta. ésta hizo lo propio. Ambas solicitaron el rechazo del recurso de la contraria, con costas.

A fs. 464 el perito ... apeló sus honorarios por bajos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe señalar que no se encuentran controvertidas en autos las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrió el evento dañoso, ni los protagonistas del mismo, como tampoco que el demandado giró a la izquierda sin advertir la maniobra con suficiente antelación y que la demandada conducía a exceso de velocidad. A partir de los agravios expuestos, corresponde analizar el porcentaje de responsabilidad atribuido a cada uno de los intervinientes, la valoración de los daños y si resulta procedente la reducción del importe de condena con fundamento en la percepción de una indemnización abonada por SMG ART S.A. a la actora.

1. En punto a la atribución de responsabilidad comparto el porcentaje del 50% para cada uno de los intervinientes determinado por la A-quo.

Es que el perito con especialidad en accidentología sostuvo que “Lo que sí es aclarable es que concluyen dos circunstancias que a la luz son los detonantes del evento: La maniobra de giro hacia la izquierda del Megane y la velocidad a la que se trasladaba la motocicleta instantes previos al evento” (fs. 350vta.).

En consecuencia, este evento dañoso estuvo determinado por la imprudencia de ambos partícipes: uno por no advertir la maniobra de giro con suficiente antelación (Mujica) y el otro (Vergara), por transitar a velocidad antirreglamentaria, y cada uno contribuyó en igual medida a la producción del accidente” (cfr. TSJ, Sala Civil, Ac. 48/13 en autos “MARCILLA MARCELO OSCAR CONTRA ÁVILA MANUEL GERARDO Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte. Nro. 113 - año 2009)”.

En este sentido también se expidió esta Sala en autos “OJEDA HECTOR HORACIO C/ YAÑEZ JAVIER MAXIMILIANO Y OTRO S/D. y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, EXP Nº 448967/2011.

A partir de lo expuesto, es que los agravios de las partes en cuanto a la atribución de responsabilidad corresponde que sean desestimados.

2. Luego, en punto a la queja de la actora con relación al importe indemnizatorio por el rubro daño material, la misma resulta procedente.

Al respecto, cabe partir de considerar que “Para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables lo porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificación, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (no arbitrariedad) judicial, pero podrá ser un elemento útil a la hora de fijar un quantum por muerte como por incapacidad permanente”, (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo VIII, pág. 528, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015).

A partir de lo expresado y las constancias de autos, teniendo en cuenta la edad de la actora al momento del hecho (25 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por el perito, el que no fue cuestionado por las partes (52%, cfr. surge de fs. 232), los recibos de haberes agregados a fs. 323/330, las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Sala y lo peticionado por la actora a fs. 470, la justipreciación efectuada por la Sentenciante de grado debe ser elevada a la suma de $ 348.500 (art. 165 del C.P.C. y C.).

3. En cuanto al tercer agravio de la actora, el mismo resulta procedente con relación al monto del daño moral, no así respecto al tratamiento autónomo del daño estético y psicológico.

En punto al daño moral se ha sostenido que: “De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo “consecuencias no patrimoniales”) como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial”, (Picasso, Sebastián – Sáenz, Luís R.J., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T IV, art. 1741, pág. 453, Infojus, Buenos Aires, 2015).

En el caso de autos, la accionante se queja porque entiende que la Sra. Jueza, al valorar el daño estético, no lo hizo de forma autónoma.

Con relación a ello, si bien en la pericial de fs. 231/232vta. se describen las cicatrices que padece la actora, el experto no señala cuales son las acciones que se ve impedida de realizar como consecuencia de las mismas, por lo que su petición con relación a la autonomía del daño no resulta procedente.

Al respecto esta Sala sostuvo: "[...] El daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aún en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial en comparación con el estado precedente al hecho".

"Así puede verificarse cuando un daño psíquico se indemniza en sí, por implicar enfermedad de la persona y, además, por sus secuelas negativas, que son vertientes del mismo mal: incapacidad, afectación de la vida de relación, sufrimientos... Al contrario, estimamos que una eventual incapacidad de fuente psíquica constituye componente nocivo que desencadena y agrava los perjuicios existenciales y económicos resultantes, pero no procede resarcir dicha incapacidad más la perturbación de origen. Tampoco, indemnizar este trastorno de la personalidad, que significa patología comúnmente acompañada por padecimientos "y" estos pesares".

"Además, según insistimos más adelante, emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente cómo incide en la situación concreta de la víctima…" (cfr. Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)".

"Por estas consideraciones, que son trasladables al caso, entiendo que la ponderación de la afectación psicológica puede incidir en los planos patrimonial y moral, pero su resarcimiento en forma autónoma, en términos generales, determinaría una duplicación indemnizatoria sin causa y por lo tanto, injusta", (MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH CONTRA SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP Nº 395793/9)", (JARA JAIME ANTONIO CONTRA NAVARRO RUBEN WILLIAMS Y OTROS S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL", EXP Nº 321577/5 y "U.A.A. C/ P.J.J. Y OTRO S/D.Y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", EXP Nº 425060/2010).

En el caso de autos, no puede dejar de valorarse lo expuesto por el perito médico a fs. 231vta. en cuanto a que "Al interrogatorio la actora refiere dolor y molestia en la cadera, rodilla y tobillo derechos, con disminución de movilidad y acortamiento del miembro. Se evidencia en la medición de aproximadamente 1,5cm. Presenta cicatriz de aproximadamente 6 cm en cara anterior de tibia secundaria a la zona de la exposición y a la apertura del foco, presenta otra herida en región superior y anterior relacionada a la tuberosidad anterior de la tibia correspondiente al ingreso del clavo endomedular de aproximadamente 2cm., herida de 2cm. aproximadamente de cara externa distal en relación a la resección parcial de peroné realizada e injerto de piel en cara anterior secundario a lesión expuesta".

Al respecto, cabe tener en cuenta lo expuesto a fs. 266 por la Lic. ..., psicóloga, en la constancia de atención médica, en la que señala que "La paciente se presenta angustiada. Hasta acerca de sus expectativas sobre la operación que le practicará, aunque refiere tener miedo que todo salga mal nuevamente".

Además, lo expuesto por la perito psicóloga a fs. 292/293 se encuentra corroborado parcialmente por la testigo Genoveva Monsalve, quien dijo haberla visitado en el hospital y que en ese momento la actora no estaba bien aunque trataba de estarlo (4" del cd. de fs. 427).

Además, las circunstancias del hecho plasmadas en el expediente en cuanto al largo período de internación, el dolor sufrido y la cantidad de veces que debió ser intervenida quirúrgicamente (fs. 107/187), la colocación de material osteosíntesis (fs. 257), el dolor que todo el proceso de recuperación le trajo aparejado (fs. 257/275) y lo expuesto por la actora en cuanto a la interrupción de sus estudios en el Instituto Séneca, justifican la elevación del monto de condena por este rubro.

A partir de las consideraciones expuestas, el monto por el daño moral se eleva a la suma de $70.000 (art. 165 del C.P.C. y C).

4. Por último, corresponde desestimar el segundo agravio de la demandada. Ello, porque tal como lo sostuvo la Sentenciante, no produjo prueba con relación a los pagos efectuados por la aseguradora de riesgos del trabajo y no menciona los montos que pretende deducir (art. 265 del C.P.C. y C.). Asimismo, la providencia de fs. 420 fue consentida y anterior al autos para sentencia, por lo cual los planteos de la aseguradora respecto a su contenido resultan extemporáneos.

A partir de lo expuesto, el recurso de la demandada no resulta procedente.

5. Luego, en punto al recurso arancelario del perito ..., sin perjuicio de la modificación de la sentencia y teniendo en cuenta que no existen pautas aplicables a los honorarios de los peritos médicos y psicólogos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos, y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID CONTRA

CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP Nº 385961/9).

Sentado lo anterior, de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, atento que la retribución fue fijada en forma porcentual, se observa que la regulación atacada resulta ajustada a derecho por lo que se impone su confirmación.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por La Perseverancia Seguros S.A. y la apelación arancelaria del perito médico traumatólogo ..., y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la actora. En consecuencia, modificar la sentencia de fs. 433/440vta. elevando el monto de condena a la suma de $ 218.500 con más los intereses determinados a fs. 440 y confirmarla en lo demás que fue materia de recursos y agravios.

Imponer las costas de Alzada a cargo de La Perseverancia Seguros S.A. por su calidad de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. PAMPHILE dijo:

1.- Disiento con la solución propuesta por mi colega en punto a la atribución de responsabilidad. A continuación, expongo las razones.

Conforme se desprende de la declaración del único testigo presencial, en forma coincidente con la versión actoral, el auto Renault Megane realizó una maniobra antirreglamentaria y por demás peligrosa, al intentar girar hacia su izquierda.

Puntualmente, dijo el testigo Agüero que vio lo acontecido cuando se encontraba colocando un cartel en la entrada de su negocio y observó que el automóvil "...había avanzado más de lo que tenía que avanzar para doblar o girar hacia su izquierda... se había pasado de la calle Tunuyan y dobló en "U"prácticamente...". Agregó que no recuerda si el auto activó la luz de giro y que el conductor luego del accidente quiso correr el automóvil para que no se advirtiera que se había pasado del cruce (cd reservado en la hoja 427 y croquis de la hoja 352vta).

En este contexto, entiendo que cabe atribuir mayor responsabilidad al conductor del automóvil por los daños derivados del accidente que protagonizó al realizar una maniobra de giro hacia la izquierda sin que tenga relevancia el carácter de embistente del actor. Pues, la maniobra de aquél al tratar de girar -prácticamente en "U", como señala el testigo- sin que se encuentre probado que advirtiera el giro mediante las señales correspondientes, es altamente riesgosa y constituye un obstáculo en la trayectoria de la moto que venía transitando por detrás.

Razón por la cual, es evidente que quien intente esta maniobra, debe previamente tomar todos los recaudos que le permitan asegurarse de que es posible realizarla sin peligro, permitiendo el paso de cualquier rodado que se desplace por la arteria que habrá de atravesar o por la que habrá de introducirse (arts. 43 y 48, incs. c), d) y f) de la ley 24.449).

1.1. A esta altura debo señalar que no desconozco que, conforme expresara el perito mecánico, la moto se desplazaba a excesiva velocidad (superior a los 53 km/h, ver hoja 320) y que, a su juicio, confluyen dos circunstancias detonantes del evento: la maniobra de giro hacia la izquierda del Megane y la velocidad de la motocicleta (hoja 350 vta).

Sin embargo, entiendo que la incidencia causal de la víctima ha sido menor, frente a la peligrosidad de la maniobra intentada por el automóvil (véase que en la causa penal obra informe accidentológico donde se calculó una velocidad mínima de 50,42 km/h –hoja 365- y el testigo Agüero dijo que para él la moto iba a unos 40 km/h estimativamente).

Es que no puede omitirse, que el demandado realizó una maniobra muy riesgosa: los diversos elementos de convicción ya referidos demuestran la decisiva incidencia causal de su conducta.

Y esta fuerte influencia causal determina que deba acordársele el 85% a su conducta como concausa del daño.

El 15% restante pesa sobre la actora, en tanto surge de las pericias practicadas, tanto en esta sede como en la penal, que excedía el límite de velocidad permitido. Pero, insisto aquí en dos aspectos determinantes para discrepar con la magistrada y reducir la incidencia causal del exceso de velocidad: por una parte, el carácter temerario de la maniobra; por el otro, la magnitud de la excedencia de velocidad; ciertamente, no es lo mismo, que la velocidad se exceda en esa cifra, que en una mayor.

Bajo estos parámetros, opino que la conducta de la víctima interrumpió solo parcialmente el nexo causal. Así, propongo establecer un 15% de responsabilidad a la actora y el 85% restante a la demandada –y su aseguradora, en la medida del seguro- Ello importa, consecuentemente, la modificación del importe de condena conforme el sentido del pronunciamiento.

2.- En punto al segundo agravio de la demandada, referente a un eventual reclamo o percepción de la indemnización especial correspondiente al régimen de infortunios laborales, creo importante tener en cuenta lo siguiente:

"…de acuerdo a la ley vigente al momento de la ocurrencia del hecho de autos, a la víctima de un accidente de trabajo (en el caso, "in itinere"), imputable a un tercero, le asisten distintas acciones, como la que le compete contra su empleador dentro de los límites tasados de la responsabilidad contractual de éste (ley 24.557), y la ejercida en este fuero, sustentada en los arts. 1066 y siguientes del Código Civil. El ejercicio de una no es excluyente de la otra, en la medida -claro está- en que no exista superposición de

indemnizaciones que constituyan una fuente de lucro para la víctima. Es decir, en juicio civil, de causa extracontractual, solo pueden reclamarse los renglones no cubiertos por la ley especial (vgr., “daño moral”), y, en los previstos por ésta, en la medida en que la indemnización tarifada no alcance a la reparación integral del daño (conf. Kemelmajer de Carlucci, “Código Civil Anotado”, Astrea, vol. 5, pág. 226, causas 82.299 del 17-5-2001, 97.230 del 18-4-06 y 100.907 del 18-7-06 de Sala II; causa 109.724 del 14-9-10 de Sala III)” (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala/Juzgado: Tercera Fecha: 13-feb-2013 Partes: T. M. c/ R. G. s/ daños y perjuicios Cita: MJ-JU-M-77444-AR | MJJ77444 | MJJ77444).

Desde allí que es claro que de la indemnización que en este juicio se fijara, correspondería deducir el valor de las prestaciones percibidas o que fuera a percibir de la aseguradora de riesgos del trabajo.

Es que “…“La procedencia del descuento de las indemnizaciones percibidas de la ART que dispuso el magistrado, extremo del que se agravia el actor, resulta incuestionable. Las quejas soslayan que el descuento debe hacerse por expresa disposición legal. Así, según lo establecido en el art. 39 de la ley 24.557, aunque todo damnificado está legitimado para reclamar las indemnizaciones que correspondiesen contra el tercero responsable de los daños de acuerdo a las normas del Código Civil, de la indemnización que se obtenga "se deducirá el valor de la prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado", lo que sella sin más su suerte.” (CN Civil, sala I Di Candia, Juan Carlos c. Rosso Ballester, Horacio Antonio Ramón y otros s/daños y perjuicios 02/08/2011 La Ley Online AR/JUR/65109/2011; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M Saldívar, Federico Reynaldo c. Metrovías S.A. 08/09/2010 La LeyOnline AR/JUR/61667/2010; CNCiv, Sala H, LA LEY, 2005C, 452; C.Apel. Civ. Com. San Isidro, Sala I, "González, Marcelo c/ Municipalidad de Vicente López s/daños y perjuicios").

Por ello es que frente a otro reclamo en sede civil como es el caso de autos, la deducción de cualquier monto resarcitorio obtenido por determinado concepto es incuestionable, porque de otro modo se produciría una doble indemnización para enjugar un único daño y un enriquecimiento sin causa consecuente, lo que no es admisible. Por otra parte la acumulación de ambas indemnizaciones, la de derecho común y la especial, por la misma causa que es el hecho del accidente, queda excluida por la necesidad de atender a la reparación de un daño neto, purificado por la "compensatio lucri cum damno" (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo", LA LEY, 1979- C, 852) Es que "...si la víctima reclama el correspondiente resarcimiento contra el responsable del hecho lesivo, estaremos en presencia de obligaciones concurrentes que pesan sobre la aseguradora de riesgos de trabajo en favor del tercero empleado y sobre el responsable del cuasidelito. La regla es que la satisfacción del crédito por alguno de los responsables determina que la víctima quede desinteresada en la medida de esa cancelación, conservando su acción en todo lo demás, que queda como saldo dañoso pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa y es por ello que corresponde deducir de la indemnización a los reclamantes por los beneficios recibidos en ese concepto, para evitar la superposición indemnizatoria incompatible con los principios que informan la reparación de daños" (Alejandra D. Abrevaya "El daño y su cuantificación" Abeledo Perrot p. 289/290; ver mi voto en Expte. N°: 50012 LOVERA LUIS OSCAR C/ FERRUA MARTA ISABEL Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJ. POR USO AUTOMOT. (C/ LES. O MUERTE) N° Orden: 109 Libro de Sentencia Nº: 52; 28/6/2011).

No paso por alto, las particularidades procesales que se dieron en esta causa (admisión del hecho sobreviviente mediante resolución de hojas 391/393vta., y auto de hojas 420 y vta.), sin embargo, entiendo que el tenor de los respondes de la actora, no resultan contrarios a la jurisprudencia que he citado.

Nótese que en la presentación de hojas 412/413 la actora encuentra razonable el pedido de la contraria tendiente a evitar un enriquecimiento sin causa y, al contestar agravios (hojas 485/486vta.), reconoce que se encuentra discutiendo a nivel administrativo los ítems que determinan la incapacidad atribuida en dicha sede.

En tal virtud, por el juego armónico de las normativas aplicables en los dos ámbitos de protección y, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa, propongo que al importe de condena por el rubro incapacidad física se le descuenten las sumas eventualmente percibidas por el régimen especial de riesgos de trabajo por dicho concepto, lo que así corresponderá que se invoque y acredite por la obligada al pago en la etapa de ejecución de sentencia.

Las costas de Alzada, se imponen a la demandada vencida (art. 68 CPCC).

En todo lo demás y en tanto no contraríe lo aquí expuesto, comparto los desarrollos efectuados por mi colega. ASI 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 lo expuesto, esta Sala I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1. Modificar la sentencia de fs. 433/440vta., estableciendo un 15% de responsabilidad a la actora y el 85% restante a la demandada –y su aseguradora, en la medida del seguro- y elevando el monto de condena a la suma de $ 371.450, con más los

intereses determinados en la sentencia de grado, debiendo deducir del importe por el rubro incapacidad física las sumas eventualmente percibidas por el régimen especial de riesgos de trabajo por dicho concepto, lo que así corresponderá que se invoque y acredite por la obligada al pago en la etapa de ejecución de sentencia.

2. Rechazar la apelación arancelaria deducida a fs. 464 por el perito médico traumatólogo ....

3. Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCC).

4. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando M. GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLOR Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (JNQCI1 EXP 327220/2005) ACUMULADOS CON LOS AUTOS "URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. S/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 327220/2005) – Sentencia: 114/17 – Fecha: 22/06/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. ACCION CIVIL. REPLANTEO DE PRUEBA ANTE LA ALZADA. LESION OCULAR. AGREGACION DE PRUEBA. OPORTUNIDAD. INFORME PERICIAL. VALORACION DE LA PRUEBA. INDEMNIZACION. CUANTIFICACION. DAÑO MORAL. ASEGURADORA DE RIEGOS DEL TRABAJO. RESPONASBILIDAD POR OMISION. CONDENA SOLIDARIA. COSTAS.

1.- Corresponde desestimar el replanteo de prueba pedido por el actor atento que no se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el art. 260 del C.P.C. y C. toda vez que esta esta Sala sostuvo: "[…] que la apertura a prueba en la segunda instancia se encuentra limitada a los supuestos previstos por los incisos 2do. y 5to., – apartados a) y b) – del artículo 260 del Código Procesal; es decir en la hipótesis de tratarse de un replanteo de prueba o cuando se hubiese alegado un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el artículo 365 del citado cuerpo legal". ("MENDEZ SILVINA BEATRIZ C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. y P. - MALA PRAXIS", Expte. Nº 395618/2009).

2.- En autos se ha producido la agregación de documental, fuera del momento procesal oportuno, lo cual no puede definir en este caso la suerte del litigio.

En este sentido, esta Alzada sostuvo: "Entiendo que como principio general no corresponde la incorporación de prueba documental fuera de los momentos establecidos a tal fin por la legislación procedimental. Las normas procesales están destinadas a conseguir un desarrollo ordenado y armónico del proceso, preservando la igualdad de los litigantes y, en el caso concreto de la incorporación de la prueba documental, a evitar la desventaja de ignorar la

existencia de un documento fundamental para el ejercicio del derecho de defensa, y por razones de lealtad y probidad", (Sala II en autos "RUIZ MIRTA CONTRA LEONI SILVINA MARCELA S/ DESALOJO POR FALTA DE PAGO", Expte. Nº 468607/12). Es necesario además señalar, que sin perjuicio de la extemporaneidad de la agregación de la prueba, llama la atención que la perito tampoco señala qué familiar del actor le acercó la historia clínica, cuál fue el motivo, cómo es que el mismo tuvo conocimiento de su intervención, y menos aún las circunstancias de tiempo y lugar de la entrega del certificado. Así, como tampoco realiza estudios o fundamentos que lo corroboren.

3.- En lo concerniente a la valoración de la prueba acerca de la real dimensión de la afección ocular invalidante -leucoma corneal- originada por una intoxicación aguda con amoníaco, el dictamen de la perito oftalmóloga no resulta suficiente a los fines de desestimar la pretensión del actor en cuanto a su patología visual. Es que más allá de las consideraciones expuestas en cuanto a su informe y la agregación de documental, la misma no efectúa un análisis de las constancias agregadas a la causa cuyas conclusiones son opuestas, a los fines de producir de esa manera la convicción suficiente para resolver la cuestión debatida, (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "M., F. I. v. Provincia de Buenos Aires -Instituto de Previsión Social-", 27/03/2008, La Ley On Line, 70051928).

4.- […] teniendo en cuenta la edad del actor al momento del hecho (63 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por la Comisión Médica Central (…) (65%), el salario de $1055 (….) y las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Sala, la indemnización por este rubro procede por la suma de $ 70.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

5.- Debe hacerse extensiva la condena a la A.R.T. por la inobservancia de los deberes legales a su cargo, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1.074 del C.C. -vigente al momento del hecho- y condenarla solidariamente con la demandada Cooperativa La Flor a abonarle al actor la suma por la cual prospera la demanda, con más los intereses y costas. Ello es así, ya que no existen constancias en autos que la empresa haya realizado dicho informe –solicitado por el experto en Higiene y seguridad enviado por la Superintendencia de Riesgos del trabajo-, tampoco denunciado tal incumplimiento en cuanto a las medidas de prevención que debía establecer, ni que ello fuera denunciado ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

6.- Deben confirmarse las costas que se le impusieran a la Cooperativa La Flor, quien sostiene que tal proceder resulta improcedente por el rechazo de los rubros incapacidad fisica sobreviniente y lucro cesante, ya que al respecto, el TSJ ha sostenido que: "Conforme lo tiene dicho este Alto Cuerpo, en los Acuerdos Nros. 151/95, 41/97 y 3/98, entre otros, del Registro de la Secretaría Actuaria": "[…] en los juicios de daños y perjuicios –aun cuando no se admita la procedencia de todos o algunos rubros reclamados o cuando los montos acordados sean inferiores a los originariamente pretendidos por la parte- las costas deben ser íntegramente soportadas por la autora del daño, pues integran la indemnización debida; ello en virtud de la naturaleza resarcitoria de la pretensión deducida y el principio de reparación integral" (cfr. PALACIO Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Tº

III, pág. 107/108, Santa Fe, Año 1989; DARAY, “Accidentes de tránsito. Doctrina y jurisprudencia sistematizada”, Pág. 398, Nº 39)”.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLOR Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL ” (JNQCI1 EXP 327220/2005) ACUMULADOS CON LOS AUTOS “URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. s/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL” (Expte. N° 327220/5) 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. 1619/1641 la A-quo dictó sentencia, decretó la inconstitucionalidad del art. 39 ap.1 de la ley 24.557 planteada en ambos expedientes acumulados, rechazó el planteo de inconstitucionalidad formulado en el expediente N° 327220/05 respecto de la prohibición de indexación contenida en las leyes 25561, 23928 y decreto de necesidad y urgencia 214/02 y condenó a la demandada en ambos expedientes, a abonarle a cada uno de los actores las sumas indicadas en los considerandos, con más intereses y costas. Además, hizo lugar a la defensa opuesta por ASOCIART ART S.A. y en consecuencia rechazó la pretensión de hacer extensiva la condena en su contra.

A fs. 1645 apeló el actor Alberto Marambio y a fs. 1647 hizo lo propio la demandada.

El primero expresa agravios a fs. 1678/1690vta. Se queja porque considera que existió una errónea valoración respecto de la naturaleza, el origen, el mecanismo de producción y hasta la magnitud de la afección invalidante que presenta el actor.

Critica, el rechazo de la impugnación efectuada por esa parte al informe médico oftalmológico de la Dra. González. Dice, que el daño está relacionado con la cantidad y concentración de amoníaco y que es posible que se produzca ceguera permanente.

Además, señala que una de las lesiones oftalmológicas típicas que presenta el actor está constituida por el leucoma corneal, esto es la opacificación de la córnea, la que pierde su transparencia normal.

Manifiesta, que la Dra. González desconoce las graves consecuencias de la intoxicación aguda del amoníaco y que hasta el 29 de septiembre de 2003 el actor se encontraba en óptimas condiciones físicas y mentales para cumplir integralmente con todas las exigencias físicas, psicológicas y técnicas que su puesto de trabajo requería. Dice, que después se vio obligado a utilizar una licencia médica prolongada para acogerse al beneficio de jubilación por invalidez.

Peticiona la nulidad del informe y en especial de lo manifestado en los puntos 1, 2, 3 y 5 de las preguntas propuestas por esa parte. También solicita el replanteo de la prueba oftalmológica.

Por otra parte, critica la exclusión de responsabilidad de la ART. Manifiesta que se agravia por el rechazo de la condena solidaria a la misma, no sólo por la citación en garantía efectuada, sino también por la extensión de la totalidad de la condena lograda en autos.

Sostiene, que se encuentran acreditados los incumplimientos de la ART en función del art. 1074 respecto a las normas de seguridad e higiene del trabajo, ausencia de cursos de capacitación en seguridad e higiene, y la más grave la falta de denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, quien ejerce el poder de policía en Seguridad e Higiene.

Alega, que la ART demandada desconocía por completo los riesgos a los que se hallaban sujetos los trabajadores de la Cooperativa Frutícola La Flor.

Manifiesta que el art. 4° de la ley 24.557 debe ser interpretado en armonía e integración con el art. 1074 del CC y los arts. 901, 902, 903 y 904 del mismo cuerpo.

Por último, se agravia porque considera insuficiente la indemnización otorgada en concepto de daño moral.

Sostiene, que el siniestro con su perpetua secuela para el actor, le genera indudablemente un agravio moral considerable. Dice, que se ve privado de su tranquilidad y equilibrio espiritual ante los irreparables efectos. Peticiona que con fundamento en la pericia médica producida, la incapacidad real del Sr. Marambio y los padecimientos sufridos durante los últimos quince años, la indemnización por este rubro se eleve a la suma de $ 200.000.

Luego, a fs. 1693/1699 expresó agravios la demandada. Dice, que la A-quo soslaya el planteo medular formulado por el actor quien al demandar reclamó puntualmente por su ceguera y daño agudo en el aparato respiratorio.

Se agravia, porque fue desestimada totalmente la pretensión respecto a la incapacidad sobreviniente y al lucro cesante pero se le cargan la totalidad de las costas, inclusive las de la co-demandada Asociart. Manifiesta, que la misma fue demandada por el actor y

que no fue objetada por parte del mismo su citación en garantía. Solicita que se haga lugar al agravio y se impongan las costas en forma proporcional.

Además, se queja porque el actor en base a la incapacidad que le otorgó la Comisión Médica Previsional, para acceder a la jubilación por invalidez con causa de ceguera renunció al empleo y gestionó y obtuvo de su empleadora la indemnización del art. 212 inc. 4° prevista para enfermedad inculpable, por lo cual no resulta procedente el daño moral con causa en el accidente padecido, porque el A-quo desestimó el nexo causal.

Subsidiariamente, para el caso que no prospere el agravio respecto a la procedencia del daño moral se queja por la cuantificación del mismo. Alega, que además el actor no ha producido prueba alguna sobre secuelas derivadas por parálisis de cuerda vocal como secuela de la prolongada entubación.

Manifiesta, que la Jueza de grado señala que de los padecimientos que sufrió el actor no le quedaron secuelas, por lo que resulta contradictorio no sólo que prospere el daño moral sino el monto en que se cuantifica.

A fs. 1701/1704 Cooperativa La Flor SCL y a fs. 1706/1710 Asociart ART contestaron los agravios del actor Marambio. Ambos solicitaron su rechazo con costas.

A fs. 1645 los letrados del mencionado actor apelaron 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 los recursos.

En el caso de autos, no se encuentra controvertida la existencia del accidente y tal como lo señala la A-quo a fs. 1626, “ha sido suficientemente acreditada con las constancias obrantes en la causa penal que corre por cuerda”.

1. En punto a la petición de replanteo de prueba en Alzada que efectúa el actor a fs. 1683, esta Sala sostuvo: “En relación al pedido de apertura a prueba en la Alzada, entiendo que es improcedente por cuanto lo requerido no se ajusta a ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 260 del C.P.C. y C. para la producción de prueba en esta etapa (…)”.

“En este sentido, se ha expresado: “[…]que la apertura a prueba en la segunda instancia se encuentra limitada a los supuestos previstos por los incisos 2do. y 5to., – apartados a) y b) – del artículo 260 del Código Procesal; es decir en la hipótesis de tratarse de un replanteo de prueba o cuando se hubiese alegado un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el artículo 365 del citado cuerpo legal”.

“Es así que cualquiera de las partes, puede solicitar el diligenciamiento en esta segunda instancia de la prueba indebidamente denegada en primera instancia ó respecto de la cual hubiere mediado una también errónea declaración de negligencia o caducidad por negligencia (v. Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado", 5ta. edic. actualizada, Edit. Abeledo Perrot, Año 2010 pág. 604)”.

“En este contexto, la petición en la Alzada, debe encontrarse debidamente fundada (artículo 260 inciso 2 "in fine"), lo que implica la necesidad de señalar los errores cometidos en la resolución del magistrado de grado, a los efectos de demostrar que las probanzas no fueron correctamente denegadas o decretadas negligentes o caducas (…)”.

“Así las cosas, este Tribunal ha sostenido que la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite en primera instancia, siendo solo excepcionalmente admisible la reedición de la etapa probatoria en la alzada (CNCiv. Sala H, 3/9/97, in re "Kirikian, Jorge A. y ot. c/ Delmas Sabia, Marcos A", LL 1998-B-pág. 434)”.

“En su mérito, al no observarse que se encuentren configurados ninguno de los supuestos que habilitarían la producción de prueba en los términos del mencionado artículo 260 del código de forma, se desestima la solicitud que se efectúa” (CNCiv., Sala H, “D., J. A. c. M., E. y otros s/ daños y perjuicios resp. prof. médicos y aux.”, 15/08/2014; AR/JUR/45056/2014), (“MENDEZ SILVINA BEATRIZ C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. y P. - MALA PRAXIS”, Expte. Nº 395618/2009).

A partir de lo expuesto, corresponde desestimar el replanteo de prueba pedido por el actor atento que no se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el art. 260 del C.P.C. y C.

2. Luego, en punto a la primera crítica del actor, adelanto que resulta procedente.

Es que, con respecto a la valoración del informe pericial, esta Sala sostuvo: “Debe recordarse que el principio general que rige en esta materia, es la de que los informes periciales no constituyen prueba legal”.

“Este principio es trascendente, en tanto implica que el juez no está sometido a sus conclusiones, sino que tiene libertad para apreciarlas; es más, puede dictar sentencia en contra de lo que se dispone en las pericias”.

“Esto es de fácil comprensión, en tanto resultaría absurdo que el Juez se viera obligado a declarar que un dictamen es plena prueba de un hecho cualquiera -así proviniera de dos o más peritos en perfecto acuerdo- si, pese a ello, le pareciera absurdo o siquiera dudoso, carente de razones técnicas o científicas, contrario a la lógica o a las reglas generales de la experiencia o a

hechos notorios. “Esa sujeción servil haría del juez un autómata, lo privaría de su función de fallador y convertiría a los peritos en jueces de la causa, lo cual es inaceptable” (cfr. Koch, Eduardo Alfredo; Rodríguez Saumell, Mariana, “Informe Pericial (su impugnación. Distintos supuestos. Poderes y Deberes del Juez)”, La Ley 1990-a-881, con cita de Devis Echandía, Hernando, “Teoría de la Prueba judicial”, T.II, pág. 334)”.

“También es claro, que la posibilidad de disentir no es absoluta: rige aquí la idea de la “sana crítica”.

“Como sostiene Ammirato “si bien la ley no ha definido a las aludidas reglas de la sana crítica, suponen la existencia de ciertos principios generales que han de guiar en cada caso la apreciación de la prueba en tanto operación de la inteligencia, y que excluyen, en consecuencia, la discrecionalidad absoluta del juez. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica y de las reglas del correcto entendimiento humano, y por otro de las llamadas máximas de experiencia, esto es, los principios extraídos de la observación corriente del comportamiento del hombre”.

“Corolario de lo expuesto es que la opinión del perito no es más que un elemento auxiliar para la formación de la convicción del juez en el acto de juzgamiento, y cuya fuerza probatoria debe ser estimada conforme a las reglas del buen sentido y según el resultado de las demás pruebas, indicios y presunciones que la causa ofrezca. Por lo tanto, los jueces no están obligados a aceptar los dictámenes periciales, si bien la sana crítica aconseja sin duda su aprobación cuando sus conclusiones aparecen suficientemente fundadas y no pueden oponérseles argumentos que las desvirtúen”.

“Empero, los argumentos susceptibles de desvirtuarlas, no habrán de ser necesariamente técnicos y/o científicos” (cfr. Ammirato, Aurelio Luis “Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial”, LA LEY 1998-F, 274)”.

“Como se ha indicado en otras oportunidades, más allá de que se lo denomine “sentido común”, “reglas del correcto entendimiento humano”; “máximas de experiencia”, “reglas del buen sentido”, si el razonamiento para apartarse del dictamen se basa en ellas y resulta que es serio, porque se fundamenta en el resultado de las demás pruebas, indicios y presunciones que la causa ofrece, no advierto que ello merezca ser reprochado”.

“En igual línea, cabe aquí señalar que si bien es cierto que el Juez, por más que cuente con conocimientos no jurídicos, no puede suplantar o sustituir al perito, ello no determina que los conocimientos no jurídicos del juez no puedan ser utilizados para valorar más adecuadamente la prueba pericial en la oportunidad procesal pertinente, esto es, al dictar sentencia (cfr. Rodríguez, Juan Pablo, “La prueba pericial y las universidades” LL Supl. Act. 29/04/2008, pág. 1)”, (“CANTERO GREGORIA C/ TOLEDO MIRYAM BEATRIZ Y OTROS S/ D. y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, Expte. Nº 400186/2009).

En el caso de autos, la perito oftalmóloga señala que las lesiones estructurales y funcionales que presentaba el actor al momento del examen del día 09/05/2008 no serían compatibles con intoxicación aguda con amoníaco (fs. 1158). Ello, a partir de considerar un informe que la misma agrega a su dictamen, suscripto por el Dr. Sergio Cetti, el cual no fue oportunamente agregado a estos autos (cfr. art. 333 del C.P.C. y C.).

Al respecto dice: “Adjunto asimismo fotocopia de resumen de historia clínica (traído por el familiar del Sr. Marambio) del Dr. Sergio Cetti desde el año 2000 al año 2002 en donde se informa que ya el Sr. Marambio presenta disminución de la agudeza visual, aumento de su presión ocular, excavación glaucomatosa y atrofia de papila” (fs. 1158).

En definitiva, se ha producido la agregación de documental, fuera del momento procesal oportuno, lo cual no puede definir en este caso la suerte del litigio.

Al respecto se ha sostenido que: “Si bien las normas regulatorias de la presentación de documentos en el proceso no son de orden público, lo cual podría llevar en ciertos casos extremos a la admisión de su agregación extemporánea, no cabe extender indiscriminadamente tal criterio excepcional a toda situación de esa índole planteada en el juicio, lo cual conduciría en la práctica a la derogación de las normas procesales que permiten el desarrollo ordenado de la causa”, (CNCIv. y Com. Fed. , Sala II, en autos “Tel Rad, S. A. c. Stromberg Carlson Corporation”, 19/02/1986, La Ley On Line”, AR/JUR/956/1986).

En este sentido, esta Alzada sostuvo: “Entiendo que como principio general no corresponde la incorporación de prueba documental fuera de los momentos establecidos a tal fin por la legislación procedimental. Las normas procesales están destinadas a conseguir un desarrollo ordenado y armónico del proceso, preservando la igualdad de los litigantes y, en el caso concreto de la incorporación de la prueba documental, a evitar la desventaja de ignorar la existencia de un documento fundamental para el ejercicio del derecho de defensa, y por razones de lealtad y probidad”, (Sala II en autos “RUIZ MIRTA CONTRA LEONI SILVINA MARCELA S/ DESALOJO POR FALTA DE PAGO", Expte. Nº 468607/12).

Es necesario además señalar, que sin perjuicio de la extemporaneidad de la agregación de la prueba, llama la atención que la perito tampoco señala qué familiar del actor le acercó la historia clínica, cuál fue el motivo, cómo es que el mismo tuvo conocimiento de su intervención, y menos aún las circunstancias de tiempo y lugar de la entrega del certificado. Así, como tampoco realiza estudios o fundamentos que lo corroboren.

Por otra parte, la experta nada dice en cuanto al informe efectuado por la Comisión Médica Central.

Además, los informes acompañados por la ART con relación a los exámenes de salud periódicos que se le realizaban al actor tampoco resultan suficientes a los fines de acreditar la patología previa que poseía el actor. Así, el de fs. 353 señala que en el año 2000 poseía una visión, en el ojo derecho de 3/10 e izquierdo de 5/10.

Luego, conforme surge del informe realizado el 09 de Mayo de 2002 por el Departamento de Medicina preventiva, el actor poseía agudeza visual en el ojo derecho de 9/10 y en el izquierdo de 10/10 (fs. 356). Además, el 29 de septiembre 2003 se indica agudeza visual en el ojo derecho de 08/10 e izquierdo de 06/10 (fs. 359).

En definitiva, surge de tales informes que los efectuados con posterioridad demuestran una mejor visión del actor.

Por otra parte, a fs. 924 del Dictamen de la Comisión Médica Central, el que entiendo determinante, surge: “Que en la documentación aportada (fs. 06 a 34) que consta de historia clínica de internación en terapia Intensiva y de las interconsultas y estudios realizados y posterior evolución, surge a criterio de esta Comisión Médica Central que el accidente y sus secuelas orgánicas fueron de tal magnitud que no concuerda con lo consignada en el Acta acuerdo para determinar la incapacidad laboral (fs. 354 a 37) donde se fija incapacidad por la parálisis unilateral de cuerda vocal y se consigna “amaurosis secundaria a glaucoma crónico bilateral inculpable”.

“Que si bien de lo consignado en el Dictamen recurrido, el trabajador es portado de afección oftalmológica crónica (glaucoma) ajena al hecho súbito y violento denunciado como accidente de trabajo, no obran en el expediente constancias de preexistencia, en los términos de la normativa vigente, más aún, hasta el momento del siniestro realizaba tareas de medición que requerían una agudeza visual superior a la que presentaba durante la internación hospitalaria y hasta la actualidad (fs. 19): “permanece con disminución de la agudeza visual, con leve opacificación corneal” (…).

“Que a criterio de esta Comisión Médica Central corresponde determinar porcentaje de incapacidad por disminución de agudeza visual (3/10 y 1/10: 65%) además de la patología laríngea (parálisis de cuerdas vocales única: 5%) pues la real magnitud de las secuelas que presenta el trabajador como consecuencia del accidente denunciado genera una incapacidad superior a la estimada en el Dictamen recurrido”.

“Que por lo expresado, esta Comisión Médica Central rectifica el porcentaje de incapacidad conforme lo dispuesto por el marco legal vigente, el que junto a los factores consignados alcanza un valor de 73,93% (setenta y tres con noventa y tres centésimas por ciento”.

En este sentido, el testigo Gerardo Moya dijo que: “Lo fui a ver después de quince días de haber salido de la clínica y estaba sin poder ver y solo me reconoció por la voz y después lo volví a ver cuando tuve que declarar en el otro juzgado y estaba igual sin poder ver”. “El usaba anteojos yo siempre lo veía con anteojos y yo sé que en el sector donde trabajaba era bandejero y ahí tiene números chiquitos donde el sí podía verlos y nunca se quejaba de que no veía”, (fs. 387vta.).

A partir de lo expuesto, es que el dictamen de la perito oftalmóloga no resulta suficiente a los fines de desestimar la pretensión del actor en cuanto a su patología visual. Es que más allá de las consideraciones expuestas en cuanto a su informe y la agregación de documental, la misma no efectúa un análisis de las constancias agregadas a la causa cuyas conclusiones son opuestas, a los fines de producir de esa manera la convicción suficiente para resolver la cuestión debatida, (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “M., F. I. v. Provincia de Buenos Aires -Instituto de Previsión Social-”, 27/03/2008, La Ley On Line, 70051928).

Por ello, teniendo en cuenta la edad del actor al momento del hecho (63 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por la Comisión Médica Central a fs. 925 (65%), el salario de $1055 (cfr. fs. 182 y sgtes.) y las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Sala, la indemnización por este rubro procede por la suma de $ 70.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

3. Luego, en punto al recurso del actor respecto a la cuantificación del daño moral y al de Cooperativa La Flor por su procedencia, cabe señalar que esta Sala tiene dicho al respecto que: “De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo “consecuencias no patrimoniales”) como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”, (Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R.J., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T IV, art. 1741, pág. 460, Infojus, Buenos Aires 2015).

En autos, comparto la valoración efectuada por la A-quo en cuanto a que debe considerarse “la trágica forma en que se produjo el accidente, según los dichos de los testigos que declararon en autos, las constancias que emergen de las historias clínicas agregadas en estas actuaciones y a las que he hecho referencia precedentemente, el sufrimiento padecido en ocasión del

infortunio y de su traslado, el sometimiento a los tratamientos médicos que debió soportar el actor, su prolongada internación en terapia intensiva, así como su edad a la fecha en que acaeció el siniestro", (cfr. fs. 1634vta.).

Además, a partir de lo expuesto en la presente debe considerarse que quedaron acreditadas las secuelas que el actor padece y que afectan su visión produciéndole tan alto grado de invalidez totalmente incapacitante, lo cual trae aparejado una perturbación de la tranquilidad, imposible de soslayar.

A partir de lo expuesto, procede confirmar el monto de condena por este rubro (art. 165 del C.P.C. y C).

4. Luego, en cuanto a la responsabilidad de la ART, preliminarmente cabe señalar que no se encuentra discutido el infortunio laboral por el cual el actor reclama en autos.

Al respecto, el TSJ sostuvo: "Ya se brindaron algunas ideas acerca del deber de prevención, y se las vinculó con las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. Ahora es forzoso ampliar los conceptos para resolver el planteo".

"En tal sentido, se enunciaron –con transcripción del precedente "TORRILLO"-, las obligaciones que emergen de la ley 24.557. Estas se complementan con su Decreto reglamentario N°170/96 – entre otras normas-. A su respecto, en la citada causa la Corte Nacional expresó "La reglamentación de la LRT […] detalló diversos aspectos del desarrollo del plan de mejoramiento, al paso que previó, tanto que éste debía ser redactado 'en lenguaje claro, procurando evitar el uso de conceptos equívocos, de modo que el empleador pueda comprender con claridad sus compromisos e identificar los aspectos que debe mejorar para adecuarse a la legislación vigente' (art. 5°), cuanto que su marcha debía ser vigilada por las ART 'en los lugares de trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas en el formulario que a tal fin disponga la Superintendencia de Riesgos del Trabajo', lo 29 cual implicaba verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el plan (art. 19, a y b)".

"El decreto citado también precisó que las ART debían 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 […] (art. 18)".

"El art. 19, a su turno, después de disponer que las ART 'deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo', destacó entre aquéllas, v.gr., brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (inc. c); promover la integración de comisiones paritarias de riesgos del trabajo y colaborar en su capacitación (inc. d); informar al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la LRT (y en el propio decreto reglamentario), en particular sobre los derechos y deberes de cada una de las partes (inc. e), e instruir a los trabajadores designados por el empleador, en los sistemas de evaluación a aplicar para verificar el cumplimiento del plan de mejoramiento (inc. f)."(Considerando 5°)".

"Para completar el marco teórico referencial, cabe aclarar que el Art. 4 de la L.R.T. "Constituye la regla jurídica que enuncia el marco general de las obligaciones legales de prevención y control que pesan sobre la aseguradora y, por ende, puede válidamente integrar el basamento jurídico de una pretensión fundada en el art. 1074 del Código Civil" (FALLOS: 334:573, Considerando 3°) 5.3", (Sala Civil, PEREYRA CESAR OSVALDO CONTRA EMP. OMNIBUS CENTENARIO S.R.L. Y OTRO SOBRE ACCIDENTE ACCION CIVIL, Expte. N° 7- año 2012, Ac. 25/2016).

A partir de lo expuesto, corresponde analizar si en el caso de autos existieron los incumplimientos denunciados por la actora, y luego, en su caso, su incidencia causal en el daño.

La demandada alega que tal incumplimiento se corresponde con la falta de capacitación del personal y de denuncia ante la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, quien ejerce el Poder de Policía en Seguridad e Higiene.

En punto al primero de ellos, conforme surge de fs. 75, 76, 77, 78, 79, y 80, el actor fue capacitado en equipos de protección personal, señalización y riesgos específicos, uso de extintores portátiles, prevención de accidentes in itínere, levantamiento y transporte seguro de cargas y riesgo eléctrico.

Luego, en cuanto a la denuncia de la ART ante la Superintendencia de Riesgos del Seguro, el experto en seguridad e higiene sostuvo: "En el Plan de Actuación de fecha 24/05/99 (ver hoja 17 y 18), se ha detectado intoxicación con amoníaco, se asesoró a la empresa, recomendando medidas correctivas para el caso. Con fecha 30/06/99 (hoja 44) se ha detectado riesgo de intoxicación por amoníaco, donde se reiteran las medidas que la empresa deberá implementar para evitar accidentes y enfermedades profesionales", como también que en tal oportunidad se habían realizado las correspondientes denuncias ante la Superintendencia de Riegos del Trabajo (fs. 800/803), pero nada dice de lo expuesto en la constancia de visita de la ART a la empresa a fs. 788 y vta.

De acuerdo con dicha constancia de fecha 08/01/2003, "Se toma conocimiento de un siniestro ocurrido en la planta donde explota un recibidor de amoníaco, no habiendo personas lesionadas, no obstante ante la gravedad del hecho se requiere que el Servicio de

Seguridad e Higiene realice un informe de lo ocurrido, establezca las medidas de prevención, evalúe si la máscara que poseen sirve para siniestros de esta envergadura ya que la concentración de amoníaco es muy alta" (fs. 788vta.).

Luego, no existen constancias en autos que la empresa haya realizado dicho informe, tampoco denunciado tal incumplimiento en cuanto a las medidas de prevención que debía establecer, ni que ello fuera denunciado ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Y en este sentido, resulta aplicable lo expuesto por el TSJ al sostener que: "A partir de esta singular circunstancia del caso, resulta que la A.R.T. podía contar con la información suficiente para individualizar el concreto riesgo que implicaba el modo en que se realizaba el cambio de neumáticos de los colectivos, tornándose de tal forma previsible y posible de evitar la producción del hecho generador del daño con la denuncia al organismo estatal.

Ello así, toda vez que esa medida es la que estaba legalmente a su alcance para evitarlo y hubiera permitido a la Superintendencia el oportuno conocimiento del estado de situación a partir del cual podía desplegar sus propias atribuciones para impedir la continuación del riesgo al que estaban sometidos quienes prestaban sus servicios en tales condiciones. Por consiguiente, queda comprobada la idoneidad de la inobservancia para evitar el daño y, por ende, su virtualidad para influir como adecuada causa", (TSJ, en autos "PEREYRA" citados precedentemente).

En consecuencia, corresponde condenar a la A.R.T. por inobservancia de los deberes legales a su cargo, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1.074 del C.C. -vigente al momento del hecho- y condenarla solidariamente con la demandada Cooperativa La Flor a abonarle al actor la suma por la cual prospera la demanda, con más los intereses y costas.

5. Por último respecto a las costas, la queja de Cooperativa La Flor no resulta procedente teniendo en cuenta la forma en que se resuelve y que, al respecto, el TSJ ha sostenido que: "Conforme lo tiene dicho este Alto Cuerpo, en los Acuerdos Nros. 151/95, 41/97 y 3/98, entre otros, del Registro de la Secretaría Actuaria":

"[…] en los juicios de daños y perjuicios –aun cuando no se admita la procedencia de todos o algunos rubros reclamados o cuando los montos acordados sean inferiores a los originariamente pretendidos por la parte- las costas deben ser íntegramente soportadas por la autora del daño, pues integran la indemnización debida; ello en virtud de la naturaleza resarcitoria de la pretensión deducida y el principio de reparación integral" (cfr. PALACIO Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Tº III, pág. 107/108, Santa Fe, Año 1989; DARAY, "Accidentes de tránsito. Doctrina y jurisprudencia sistematizada", Pág. 398, Nº 39)".

"En el mismo sentido, se ha expedido este Tribunal en los autos: "MORÓN de Gutiérrez, Antonia y Otros c/ ANTILLANCA MOLINA, Eduardo s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nro. 36 – Fº 190 – Año 1994, Acuerdo Nro. 151/95), donde sostuvo:

"[…] el hecho de que no progrese la demanda en alguno de los rubros resarcitorios pretendidos, no debe en principio incidir en el régimen de costas, cuando aquélla prospera en cuanto al fundamento de la condena resistido por el demandado al contestarla" (C.N.Especial Civil y Comercial, Sala III, mayo 5-1981, citado por MOISSET DE ESPANÉS, Accidentes de Automotores, T. II – pág. 80)".

"Tal criterio se basa en que en esta tipología procesal, la condena en costas tiene condición resarcitoria, pues son los necesarios gastos en que se ha visto obligado a incurrir el damnificado para obtener el cobro del crédito, cuando en manos del deudor estaba evitarlo pagando a tiempo".

"Así, la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y sus resultados".

"En este entendimiento, es notorio que en el caso de autos las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte condenada que negó toda reparación –como lo demuestra la necesidad del pleito- y que, según se determinó en esta instancia, resulta responsable del daño sufrido por la actora".

"Y a los efectos de la imposición de costas, procesalmente resulta vencido aquel contra quien se declara el derecho y la resistencia que presupone el hecho del pleito ha de entenderse en el sentido que la actividad judicial resulte necesaria para la conducta del vencido. La actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a cuyo favor tiene lugar.", (Secretaría Civil, Ac. 11/2012, en autos "CAMPANO NORMA ESTHER C/ BARADELLO DANIEL PÍO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° 184 - Año 2009).

A partir de lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de Cooperativa Frutícola y de Consumo La Flor SCL en cuanto a las costas.

III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la demandada deducido a fs. 1693/1699 y hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el actor a fs. 1678/1690 y, en consecuencia, condenar a Cooperativa Frutícola y de Consumo La Flor SCL solidariamente con Asociart S.A. ART a abonarle al actor la suma de $170.000, con más los intereses que

deberán calcularse conforme lo dispuesto a fs. 1636vta. e imponer las costas de Alzada a cargo de los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.).

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Adhiero al voto de mi colega. En relación a las costas, coincido con la solución acordada, en tanto, en atención a la forma en que aquí se resuelve, deben ser impuestas a las demandadas en su condición de vencida. MI VOTO.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación de la demandada deducido a fs. 1693/1699 y hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el actor a fs. 1678/1690 y, en consecuencia, condenar a Cooperativa Frutícola y de Consumo La Flor SCL solidariamente con Asociart S.A. ART, a abonarle al actor la suma de $170.000, con más los intereses que deberán calcularse conforme lo dispuesto a fs. 1636 vta.

2. Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior.

3. Regístrese, notifíquese 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

"RIVAS SILVIA MABEL 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 I – (Expte.: 443513/2011) – Sentencia: 121/17 – Fecha: 04/07/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

PRESTACIONES DINERARIAS. INGRESO BASE. DETERMINACION. TRABAJADOR DE TEMPORADA.

Para el cálculo del Ingreso Base Mensual en los términos del art. 12 LRT vigente a la fecha del accidente, el ingreso base se determina sumando el total de remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante o en el tiempo de prestación de servicios si fuera menor a un año, por el número de días corridos en el período considerado y a dicho resultado debe multiplicárselo por 30,4. Asimismo tratándose de un trabajador de temporada resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 3 párrafo tercero del Decr. Nac. Nro. 334/96, debiendo computarse a los fines de la determinación del ingreso base los días de efectiva prestación de servicios tratándose de trabajadores jornalizados.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RIVAS SILVIA MABEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA1 EXP 443513/2011) 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. Los agravios. La actora apela la sentencia dictada en autos, circunscribiéndose su queja a la determinación del IBM.

Sostiene que el magistrado no ha considerado que se trata de una trabajadora temporaria con prestación discontinua, por lo que en la denominada postemporada la misma en ocasiones presta tareas y en ocasiones no lo hace.

Por esta circunstancia, entiende que no corresponde tomar el mes completo, sino los días efectivamente trabajados.

Cita jurisprudencia en apoyo de su posición.

Efectúa un resumen de las remuneraciones percibidas y de los días trabajados, concluyendo que el IBM debe establecerse en la suma de $3.610,50 y no, en la de $2.839, como lo determina el magistrado.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 226, peticionando el rechazo del recurso.

Indica que la recurrente pretende que el trabajador temporario tenga un IBM superior al de cualquier otro trabajador, lo cual vulnera el principio de igualdad.

2. Así planteada la cuestión, entiendo que le asiste razón a la recurrente, en los términos que seguidamente expondré.

En efecto, a los fines del cálculo del Ingreso Base Mensual en los términos del art. 12 LRT vigente a la fecha del accidente, el ingreso base se determina sumando el total de remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante o en el tiempo de prestación de servicios si fuera menor a un año, por el número de días corridos en el período considerado y a dicho resultado debe multiplicárselo por 30,4.

Asimismo tratándose de un trabajador de temporada resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 3 párrafo tercero del Decr. Nac. Nro. 334/96, debiendo computarse a los fines de la determinación del ingreso base los días de efectiva prestación de servicios tratándose de trabajadores jornalizados.

Así se ha sostenido en criterio que comparto:

"…La Cámara sentenciante -como alega el recurrente- hace lugar parcialmente a la demanda, y al momento de determinar el Ingreso Base Mensual para el cálculo de las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente parcial aplica el divisor que corresponde al trabajador cuya modalidad de trabajo es por tiempo indeterminado de prestación continua, y no la verdadera modalidad contractual del actor de temporada por tiempo indeterminado de prestación discontinua -365 días corridos correspondientes al año anterior considerado-, obviando en el caso la aplicación del art. 3 tercer párrafo del Decreto 334/96, toda vez que en razón de la mencionada modalidad debió tomarse como divisor los días efectivamente trabajados durante dicho año. Analizados los recibos de haberes obrantes a fs. 302/308, se advierte que efectivamente hubo meses que el actor prestó servicios el mes completo y en otros lo hizo menos cantidad de días, de la simple lectura de los mismos surge el tipo de prestación que unía a las partes. Es decir, los recibos de haberes identifican el vínculo laboral como trabajo de temporada. Por otra parte, del análisis del derecho aplicable, es dable destacar que resulta de aplicación el CCT 1/76 -Sindicato de Obreros y Empacadores de Frutas de Río Negro y Neuquén; y Empacadores y Frigoríficos de Frutas Asociados de Río Negro y Neuquén- a la relación habida entre las partes atento que invocado en la demanda no fue negado por la accionada, resultando claramente un convenio adecuado a la actividad de trabajo bajo la modalidad de temporada y postemporada...".

Que así las cosas, y a los fines del cálculo del ingreso base deben considerarse las remuneraciones devengadas por la reclamante en el período del 13 de Marzo de 2013 al 13 de Marzo de 2014, a saber: Marzo de 2013: 17 días, $7.371,14; Abril 2.013: 14 días, $ 6.686,47; Mayo 2.013: 16,5 días, $ 9.176,74; Vacaciones 21 días: $3.690,33; Junio 2.013: 9,5 días, $2.303,45; S.A.C. 1° CUOTA 2013: $5.598,95; Julio 2013:7 días, $4.849,61; Agosto 2013: 20 días, $5.681,10; Septiembre 2013: 20,5 días, $4.894,93; Octubre 2013: 21,5 días, $9.027,03; Noviembre 2013: 19 días, $8.091,27; Diciembre 2013: 20 días, $11.845,42; SAC 2° cuota 2013: $4.263,49; Enero 2012: 22 días, $10.267,3; Febrero 2012: 24 días, $13.520,18; Marzo 2012: 13 días, $ 6535,8.

Se totalizan de tal modo 245 días de trabajo, con una remuneración de $113.803,21 haciendo un ingreso base diario de $ 464,50 ($ 113.803.21 / 245 = $464,50), un valor mensual del mismo de $ 14.120.80 ($464,51 x 30,4 = $14.120,80)…" (cfr. FERNANDEZ CARLOS ALBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO, Cámara del Trabajo de Roca, 3/05/2017; Número de sentencia 26 Expte. Nº H-2RO-2261-L1-16. En igual sentido, STJ de Río Negro, 20 de septiembre de 2016, en autos "NEIRA FIGUEROA, JOSE HUMBERTO C/HORIZONTE COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES S.A. ART S/ ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" Expte. N° 27972/15-STJ).

3. Pero lo cierto es que, en el caso, no es posible desentrañar si el magistrado ha seguido o no el criterio precedentemente sentado, al no encontrarse detallados los cálculos que ha efectuado.

Más allá de ello, tomados los recibos acompañados, asiste razón a la recurrente.

Por lo tanto, tomando un IBM de $3.610,50, multiplicándolo por 53, arroja un resultado de $191.356,50. Aplicado el coeficiente de

edad 1.44 y sobre el resultante, el porcentaje de incapacidad (15%), la condena prosperará por la suma de $ 41.333, tal como lo indica la apelante.

En mérito a estas consideraciones, propongo hacer lugar al recurso de apelación, con costas a cargo de la demandada en su calidad de vencida. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de hojas 214/217vta., elevando el monto de condena a la suma de $41.333, con más los intereses fijados en la instancia de grado.

2.- Imponer las costas a la demandada en su calidad de vencida (art. 17, Ley 921).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"RIVAS VIRGINIA SOLEDAD C/ INDALO S.A. 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.: 502563/2017) – Sentencia: 134/17 - Fecha: 06/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. TRANSPORTE DE PASAJEROS. LESION. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. FALTA DE ACREDITACION.

Cabe rechazar la demanda por daños y perjuicios sufridos por un pasajero durante el transporte en un colectivo de la empresa demandada si no quedó acreditado en autos el hecho generadorde la responsabilidad.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RIVAS VIRGINIA SOLEDAD C/ INDALO S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (JNQCI4 EXP 502563/2014) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 200/213 la actora apeló la sentencia de fs. 180/185 que rechazó la demanda iniciada contra Indalo S.A., con costas.

Considera, que existió una errónea interpretación del artículo 1.113 del Código Civil. Dice, que la Sentenciante desconoce la acreditación del hecho ilícito en tanto restringe la valoración de la declaración de la única testigo presencial, por ser amiga de la actora, a pesar de que la misma dijo que su vinculación no le impedía decir la verdad.

Agrega, que con la declaración de la mencionada y el testimonio del Sr. Guiñazu quedaron debidamente acreditados los hechos.

Luego, manifiesta que existió un error en la narración de los hechos efectuados en la demanda, en punto a la colisión del colectivo con otro vehículo y que la causa que origina las lesiones de la actora es el sobrepaso a exceso de velocidad de un lomo de burro por parte del chofer del ómnibus y dice que resulta de aplicación al caso de autos el art. 184 del Código de Comercio.

Expresa, que el daño sufrido por el pasajero durante el transporte implica una violación por parte del transportista de su obligación tácita de seguridad y que la presunción de responsabilidad contenida en la norma invierte la carga de la prueba. Alega, que las eximentes de responsabilidad en el ámbito del transporte han sido juzgadas con carácter restrictivo.

Además, dice que la Jueza tampoco tiene acreditado el factor de atribución de la responsabilidad por parte de la demandada, pese a tener dos testimonios vertidos en autos que dan cuenta que la actora debió ser retirada del colectivo propiedad de la demandada por personal del Hospital de Plottier, en camilla rígida y con collar cervical.

Sostiene, que con relación al presupuesto de acreditación del daño también se encuentra cumplido con la pericia médica, la documental acompañada con el escrito de demanda y la prueba informativa solicitada a la Clínica de Imágenes.

Peticiona se produzca en esta Alzada la prueba testimonial del Sr. Miguel Oscar Berlady y la informativa en subsidio no proveída en la instancia de grado.

A fs. 215/219vta. la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar la apelación 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 los diversos agravios formulados se remiten a los mismos fundamentos.

1. Luego, corresponde comenzar por el tratamiento de la producción de la prueba testimonial e informativa en subsidio cuya reserva efectúa el apelante a fs. 211vta./212.

En autos, no se encuentra configurado ninguno de los supuestos previstos en el art. 260 inc. 2° del C.P.C. y C. por cuanto no se trata de medidas de prueba denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiere mediado declaración de negligencia, conforme los arts. 379 y 385 del C.P.C. y C.

Además, la parte interesada tiene la carga de acreditar las razones demostrativas de la necesidad de la prueba “[...] y formular una crítica razonada y concreta de los motivos en que se apoyó la resolución denegatoria o declarativa de negligencia, en forma similar a lo que ocurre cuando se trata de una expresión de agravios o de un memorial” (Palacio – Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 6, pág. 367).

Empero, el recurrente no cumple dicha carga por cuanto se limita al pedido de producción de la testimonial del Sr. Berladyn, desistido a fs. 165.

Además, en punto a la prueba informativa ofrecida en forma subsidiaria para el caso del desconocimiento de los certificados médicos que obran a fs. 171/172, la A-quo expresó que “nunca se despachó y a pesar de esa omisión nada dijo la parte actora ni en ese momento ni al momento de alegar” (fs. 183vta.), lo cual no se encuentra cuestionado por la recurrente, quien solicita su producción en esta instancia, pero no acredita las razones para su procedencia y sólo expresa que puede ser de vital importancia su valoración, lo cual no resulta suficiente argumento a los fines de hacer lugar a su petición.

A partir de lo expresado, corresponde desestimar la petición de reserva que efectúa la recurrente a fs. 211vta./212.

2. Luego, en el caso de autos, la actora fundó su demanda en el art. 1.113 del C.C., sin embargo, peticiona en esta instancia la aplicación del art. 184 del C.C., lo cual no puede ser receptado por esta Alzada sin vulnerar el principio de congruencia y de cercenar la garantía del debido proceso y defensa en juicio teniendo en cuenta las defensas de la demandada en su contestación (cfr. esta Sala en autos “NAVARRETE HUGO A. c/RIVA S.A. LUCIANO S.A. UTE s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte. Nº 343.739/06).

Sin perjuicio de lo expuesto, comparto la valoración de las pruebas efectuadas por la A-quo y su conclusión en cuanto a que no quedó acreditado en autos el hecho generador de la responsabilidad (fs. 184 vta.), más allá de su calificación legal.

Es que, tal como la misma señala a fs. 183, la única prueba es la declaración de la testigo Soto, amiga de la actora, que resulta insuficiente para tener por acreditado el hecho constitutivo alegado en la demanda, en tanto el testigo Guiñazú manifestó llegar luego de que el mismo se había producido, en virtud del llamado telefónico efectuado por el hijo de la actora y no hay ninguna otra prueba conducente.

Resulta importante destacar que la actora al demandar alegó dos situaciones que dieron origen al hecho, es decir la frenada brusca del colectivo y la colisión con otro rodado, pero luego al expresar agravios manifiesta que el hecho sólo se produjo a raíz de

dicha frenada (fs. 201 y vta).

Además, obsérvese que no existe coincidencia entre lo expuesto por la actora y el testigo Guiñazú respecto al lugar por el cual transitaba el colectivo al momento del hecho.

Asimismo, cabe señalar que los dichos de la Sra. Soto, aún los correspondientes a momentos posteriores al hecho, no se encuentran corroborados por otros medios de prueba ya que no se produjo prueba con respecto a la derivación al Hospital de Plottier y su atención primaria como tampoco de la derivación al Policlínico Neuquén.

Tampoco se acompañaron certificados médicos que acrediten la atención de la Sra. Riva como consecuencia del hecho. Ello, porque no pueden valorarse en este sentido los certificados médicos de fs. 172/173, en tanto son de fechas 13/01/2014 y 11/03/2014, es decir habiendo transcurrido más de un mes y medio del hecho. No obsta tal conclusión lo expuesto por el recurrente en su escrito recursivo en cuanto a que fueron solicitados a los fines de valorar la incapacidad de la demandante. Ello, sin considerar además que fueron desconocidos por la contraria y no se produjo prueba para el reconocimiento por parte de su emisor.

Por otra parte, en punto al acta exposición realizada por la actora con relación al hecho (fs. 170), cabe señalar que la misma data del 21 de marzo de 2014 y sin perjuicio de ser una declaración efectuada por la propia Sra. Rivas, tampoco resulta indicio suficiente que permita tener por acreditada la existencia del hecho. Máxime así, cuando dijo en ese momento que cuando se produjo el infortunio en forma inmediata le realizaron placas radiográficas que no acompañó e identificó al conductor del rodado como Jorge Claudio Cabezas, aportando su D.N.I. y número de teléfono, pero omitió citarlo en carácter de testigo.

A partir de lo expuesto, es que no se encuentra acreditado en autos la materialidad e ilicitud del hecho que alega la actora (cfr. señala la Sentenciante a fs. 181), como tampoco la relación de la causalidad del daño con el contrato de transporte alegado por el recurrente, y en consecuencia, sus agravios al respecto no resultan procedentes.

3. En punto al informe de guardia del Hospital de Plottier, acompañado a fs. 221/222, su consideración resulta improcedente por cuanto por esta vía la parte actora pretende la agregación de prueba documental y producción de informativa de forma extemporánea –arts. 333 y 260 del CPCyC-. Asimismo, no constituye un hecho sobreviniente por cuanto no surge de la prueba producida en autos –art. 163 inc.6° del CPCyC-, ni tampoco un hecho nuevo porque la atención en ese nosocomio fue alegada en su escrito de demanda.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 200/213 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 180/185 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 200/213 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 180/185 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la actuación en la instancia de grado (art. 15 L.A.).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"ANDUAGA MARCHETTI LUCAS MATIAS C/ GRUICH NICOLAS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 308403/2004) – Sentencia: 136/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. PRIORIDAD DE PASO. RESPONSABILIDAD CIVIL. PREJUDICIALIDAD. CUESTION PREJUDICIAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL EN SEDE CIVIL.

1.- El objeto del proceso penal es imponer una sanción, mientras que el del proceso civil es condenar a una reparación. Pueden darse conductas que son insuficientes para fundamentar una condena penal, pero pueden considerarse suficientes para fundar la obligación de resarcir, puesto que en este último caso juega la atribución objetiva de responsabilidad que impone el art. 1113 del C. Civ.…" (Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, Causa nº 77.835, "Scheffler, Jorge B. y ot. C/La Independencia S. A. de Transp. S/daños y perjuicios").

2.- La regla de prioridad del que avanza por la derecha, no fue respetada por el conductor del vehículo en el que era trasladado el accionante, configurándose el supuesto de eximición de culpa del tercero por el que no se debe responder. En el caso ha quedado sentado, que la regla de la prioridad de paso a favor del demandado, regía en el supuesto.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ANDUAGA MARCHETTI LUCAS MATIAS C/ GRUICH NICOLAS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (JNQCI2 EXP 308403/2004) 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 en todas sus partes, apela el actor.

Se queja de la aplicación del instituto de la prejudicialidad, en tanto indica que lo allí resuelto no hace cosa juzgada en punto a la responsabilidad civil.

Indica que no se ha eximido al imputado de su participación en el hecho, ni se ha negado la existencia del hecho dañoso.

Entiende por tanto, que lo resuelto en sede penal, no puede ser utilizado como eximente de responsabilidad civil.

En segundo lugar, se agravia de que no se haya valorado la prueba rendida en esta causa.

En este punto, refiere a la documental de la cual surge que el Oficial subinspector Silvio Rodolfo Muñoz dio cuenta del certificado policial que certificara el aliento etílico.

Dice que, a partir de esto, se verifica el estado de ebriedad, lo que no fue tenido en cuenta.

También se queja de que no se haya tomado en consideración la pericia mecánica llevada a cabo en esta sede.

Indica que la prioridad de la camioneta conducida por el demandado no era absoluta, en atención a los términos de la pericia practicada en esta sede y a la ubicación del punto de impacto.

Hace alusión al testimonio de Benítez, quien manifestó que al llegar a la intersección gira la cabeza y ve que viene una luz que se acercaba muy rápido, de lo que se puede colegir que el Senda estaba trasponiendo la arteria.

Por último se queja del análisis de la prueba testimonial, en tanto de las mismas surge con claridad que el vehículo embistente fue la FORD F 100.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 1191/1192 por Baker Hughes Argentina S.R.L. y por la citada en garantía en hojas 1194/1195.

Así planteada la cuestión entiendo que las razones expuestas por el recurrente son insuficientes para revertir la solución dada en esta causa.

2. Analizaré en primer término el planteo relativo a la prejudicialidad penal y los efectos que la absolución dictada en dicha sede acarrea en la esfera civil.

2.1. Como ya lo he señalado en anterior oportunidad, el TSJ ha sostenido que "El art. 1102 del Código Civil, aplicable -como se anticipara- subsidiariamente a la materia, regula, in genere, los efectos que el pronunciamiento penal condenatorio tiene en el juicio

civil, donde se ventilan las consecuencias del mismo hecho, relacionadas con el perjuicio sufrido por el damnificado.

Resulta conveniente aclarar que, antes que otorgar a esa influencia la categoría de cosa juzgada en el sentido tradicional, parece más propio aludir a la prioridad y prevalencia del contenido de una sentencia respecto de la otra, que produce, no todos, pero sí algunos de sus efectos. Más que cosa juzgada, hay una vinculación legal que debe observar el juzgador iusprivatista respecto de la sentencia penal precedente sobre el mismo hecho (cfr. Creus, Carlos, Influencias del proceso penal sobre el proceso civil, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20/23, Bueres-Highton, Código Civil, Ed. Hammurabi, T. 3-A, p. 316).

Según se desprende de la norma en cuestión, después de la condenación criminal no se pueden cuestionar, discutir o desconocer en sede civil dos aspectos: a) la existencia del hecho principal; b) la culpabilidad del imputado. Como es sabido, el juez penal debe analizar necesariamente la materialidad del hecho que se atribuye al imputado y esa materialidad comprende las circunstancias esenciales para resolver la cuestión, de modo que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que el magistrado dio por verificados (Llambías, Jorge, “Límites de la cosa juzgada penal” ES 84-755, SC Mendoza, Sala I, “Buel c/ Cía de Perforaciones Río Colorado”, ED 145-454).

Sin perjuicio de ello, el criterio prevaleciente indica que no todas las declaraciones que integran la sentencia penal hacen cosa juzgada en sede civil, sino sólo aquellas que el juez penal tuvo necesidad de pronunciar para resolver sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor (cfr. Creus, op. cit., p. 68; Bueres-Highton, op. cit, p. 316, Cárdenas-Kemelmajer de Carlucci, Código Civil, Ed. Astrea, p. 306)... Bien se ha dicho que “la jurisdicción no puede fraccionarse en compartimentos estancos, absolutamente independientes entre sí, de modo tal que un mismo hecho o un mismo acontecimiento pueda ser afirmado o negado y sus consecuencias jurídicas resueltas de distinta manera según el tribunal que lo examine. Ese concepto de unidad de lo jurisdiccional, engendrado en esencias jurídicas lógicas, tiene un fin con el que afronta la necesidad social de lo jurídico: el de concretar la seguridad como valor equiparable, en el ordenamiento positivo, al ideal de justicia; y ese valor exige que las soluciones del poder jurisdiccional sobre el mismo acontecimiento resulten, si no uniformes, por lo menos no contradictorias” (cfr. Creus, op. cit, p. 21)...” (cfr. Ac. 24, “ALCAPAN, JUAN OSVALDO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, expte. n° 2029/07).

Pero, como se pusiera de resalto en el plenario “Amoruso” y en el voto de Boffi Boggero, entiendo que la finalidad de evitar el escándalo jurídico tiene que compatibilizarse con los derechos de los terceros, a quienes no puede oponérseles –salvo los casos excepcionales que el art. 1103 C.C. contempla– una resolución dictada en un proceso en el que no han sido parte. Es decir: debe regir el principio general de que la cosa juzgada tiene efectos sólo respecto de las partes del proceso en el que se ha dictado que, en definitiva, no es otra cosa que una derivación de principios constitucionales (derecho de defensa y debido proceso, art. 18 C.N.)…” (cfr. Ibarlucía, Emilio, INFLUENCIA DE LA ABSOLUCION PENAL EN SEDE CIVIL. Con especial referencia a la jurisprudencia de la S.C.B.A.).

2.2. En esta misma línea, recientemente se indicó en la Sala II “…la valoración de la influencia de la conducta de la víctima en la producción del accidente de tránsito realizada por el juez penal al dictar el sobreseimiento no tiene efectos prejudiciales en el debate acerca de la responsabilidad civil…”

“…Esta interpretación se ve ahora corroborada por el nuevo Código Civil y Comercial el que, si bien no se encontró vigente al momento del dictado de la sentencia de grado, sirve como pauta orientadora para la aplicación de la legislación anterior (cfr. TSJ Neuquén, “Mansur c/ Consolidar ART S.A.”, Acuerdo 20/2013 del registro de la Secretaría Civil). En esta senda, el art. 1777 del nuevo Código, en su segundo párrafo establece: “Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de la responsabilidad civil…” (cfr. Sala II, “Candia Isaac” Expte. 399291/2009 y su acumulado “Alcayaga” Expte. 448316/2011).

En definitiva: “… La necesidad de evitar sentencias contradictorias sobre los mismos hechos impone tener por acreditada la materialidad de los que se han tenido por ciertos en sede penal. Pero cabe la posibilidad de que al receptarse el sustento fáctico desde una óptica diversa -la atribución de culpa penal o la de responsabilidad civil-, los mismos hechos puedan ser interpretados de manera diversa, dando lugar a diferentes soluciones. Y ello es así fundamentalmente en razón de la distinta finalidad de ambos procesos.

El objeto del proceso penal es imponer una sanción, mientras que el del proceso civil es condenar a una reparación. Pueden darse conductas que son insuficientes para fundamentar una condena penal, pero pueden considerarse suficientes para fundar la obligación de resarcir, puesto que en este último caso juega la atribución objetiva de responsabilidad que impone el art. 1113 del C. Civ….” (Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, Causa nº 77.835, “Scheffler, Jorge B. y ot. C/La Independencia S. A. de Transp. S/daños y perjuicios”).

2.3. Sobre estas directrices, si bien, en términos generales, el planteo que se efectúa en el recurso es atinado, lo cierto es que la argumentación de la sentencia no se circunscribe a desestimar la acción, por haber sido absuelto el demandado en sede penal.

Lo que dice la magistrada, es que lo resuelto en sede penal hace cosa juzgada respecto del hecho y sus demás circunstancias, impidiendo que efectúe valoraciones dispares.

No obstante ello, a partir del punto IV evalúa el acontecimiento dañoso a la luz de las disposiciones que rigen la responsabilidad civil.

Lo que es importante señalar, es que podría presentarse un supuesto de duda, acerca del alcance de la inexistencia del estado de ebriedad, declarada en sede penal, a partir de considerar la ausencia de prueba suficiente para tenerla por acreditada.

Pero aún cuando se entendiese que ello no obliga al magistrado civil, lo cierto es que el razonamiento efectuado por el Juez penal, no logra ser desvirtuado en esta instancia.

El testimonio prestado en sede penal por el oficial subinspector, se circunscribe a la certificación de la médica policial, que resultó no ser tal, lo que priva de validez a su actuación.

De allí que deba compartirse y hacerse propio, ahora en esta sede, lo indicado en la sentencia absolutoria en sede penal, en tanto considera: “En relación a la supuesta ebriedad de Gruich tampoco se puede tener acreditada con la necesaria certeza. Ninguno de los testigos BENITEZ, SEGUEL O ANDUAGA MARCHETTI, advirtieron aliento etílico. Del acta de procedimiento surge que la persona que se encontraba alterada, muy nervioso y gritaba era GUSTAVO ALEJANDRO GRUICH y no el imputado de autos. Ello, a su vez, es corroborado por los testigos OLGA Leonor Tenaglia y Juan Ignacio Cendagorta (ver fs. 72 y 73). El certificado de fs. 32 está firmado por Mónica Castañón, quien solo refiere aliento etílico, pero a ello se suma que no es médica, conforme las investigaciones que está llevando a cabo la Fiscalía de Delitos contra la Administración Pública….”

Podemos decir entonces, que en todo caso, podríamos afirmar que la prejudicialidad penal impacta en cuanto al estado de ebriedad, el que es tenido por inexistente al no haberse acreditado. Pero, aunque no se considerara así, como he señalado, tampoco los elementos reunidos en esta causa, permiten apartarse del razonamiento efectuado en sede penal.

Agrego, además, que la crítica efectuada en el recurso no se hace cargo de estas argumentaciones, limitándose a efectuar una referencia a la documental agregada en hojas 59 en adelante, describiendo su contenido.

Luego dice el juez penal: “En definitiva, varias son las hipótesis que se pueden barajar sobre las razones por las cuales se produjo el accidente, pero ninguna de ellas me hace suponer fundadamente y con la certeza que requiere una condena penal, que se debió al accionar antirreglamentario o imprudente de GRUICH…”

En este punto, es claro que esta declaración no condiciona al análisis de los presupuestos de la responsabilidad en esta sede civil. Pero también lo es, que la magistrada aborda este análisis, concluyendo en que la regla de prioridad del que avanza por la derecha, no fue respetada por el conductor del vehículo en el que era trasladado el accionante, configurándose el supuesto de eximición de culpa del tercero por el que no se debe responder.

3. Y llegados a este punto, entiendo que las críticas efectuadas en el recurso, tampoco son suficientes para revertir lo decidido.

Como se ha señalado en otras oportunidades, debo reiterar aquí que no puede resultar indiferente a quienes operamos con el derecho, la existencia de una norma legal que establece una presunción de responsabilidad, lo que acentúa o completa el régimen que en materia de responsabilidad establece el Código Civil en sus artículos 1109 y 1113. Como sostienen Mosset Iturraspe y Piedecasas, "cualquiera que sea la norma que se aplique, debe considerarse la presunción de responsabilidad que tiene aquel que participa en un accidente y que carecía de prioridad de paso, ya que se trata de una presunción de origen legal, que no puede ser ignorada ni por la parte ni por el juez al aplicar el derecho".

Es que la prioridad de paso es un principio importantísimo en materia de ordenamiento vehicular y desde ello “…nada mejor para evitar la eventualidad que obligar a quien circula sin prioridad de paso a que detenga su marcha, aun si ha llegado antes al cruce, cuando advierte que no podrá superarlo sin que el vehículo que lo hace con prioridad detenga o aminore su marcha.

A los efectos de la resolución judicial, adoptar como pauta de inicio del razonamiento que la parte que carecería de la prioridad de paso resulta responsable, tiene su fundamento en las normas de tránsito citadas; a saber, en primer lugar, el carácter absoluto asignado por el art. 41 y, en segundo término, en la disposición del art. 64 que se la asigna a quien carecía de la prioridad de paso, la presunción de responsabilidad.

Ello produce claras consecuencias en un proceso, no solo para el juzgador sino también para las partes, quienes saben desde un inicio cuáles serán las pautas de resolución y quien tiene la carga de probar para desvirtuar total o parcialmente la presunción de responsabilidad. En efecto: para hacerla ceder incumbe a la parte contraria probar que quien gozaba de la presunción la había perdido, pero ello con un criterio restrictivo y de excepción, cediendo solo en situaciones probadamente extremas…” (cfr. Gallego, Richar F. “Prioridad de paso por la derecha” Publicado en: LLPatagonia 2010 (agosto), 336).

Y, en línea nuevamente coincidente con Galdós, debo decir que esta postura “no propicia legitimar comportamientos abusivos del conductor que goza de paso preferente, confiriéndole el rotulado "bill de impunidad" que convalide conductas antijurídicas y teñidas de reproche social y legal. Procura sentar un parámetro interpretativo que rige "ex ante" del hecho y en base al cual el juez acometa el análisis del cuadro fáctico. Creemos que se infiere de la interpretación gramatical del dispositivo legal ("La prioridad del que viene por la derecha es absoluta…") y es la que más se ajusta a la finalidad de las normas viales: establecer pautas de comportamiento claras, objetivas y certeras que tornen predecible la actuación de los restantes conductores y peatones garantizando la fluidez y la seguridad vial. Aquí radica el núcleo que la sustenta y que persigue que el ciudadano -peatón o conductor- conozca anticipadamente como debe proceder; es sencillo: frenar y ceder el paso al vehículo que aparece por su derecha. Y ese deber legal debe ser, además, difundido adecuadamente para que se genere la convicción de que la seguridad vial también requiere de uniformidad en la interpretación de las bases normativas vigentes…” (cfr. Galdós, Jorge Mario, “La prioridad de paso de quien circula por la derecha”, publicado en LLC 2012 (marzo), 147).

3.1. En el caso ha quedado sentado, que la regla de la prioridad de paso a favor del demandado, regía en el supuesto.

Ahora bien, es claro que el dispositivo preferencial supone la existencia de una situación de “normalidad”, “habitualidad” o “previsibilidad” en su aplicación.

Justamente, el desarrollo de una velocidad excesiva que impactara en las condiciones de previsibilidad y normalidad, a punto tal de mutar el escenario tenido como hipótesis de regulación, impediría aplicar esas reglas, por cuanto el presupuesto fáctico sería otro.

En este sentido señala Tabasso Cammi:

“El límite verdaderamente intransgredible de las preferencias en todas sus especies –como de cualquier otro dispositivo de seguridad vial- reside en la velocidad instantánea que efectivamente desarrolle el usuario. Desde el punto de vista técnico y constructivo, todo esquema organizativo del tránsito se funda, necesariamente, sobre el presupuesto de determinados topes máximos y mínimos de velocidad resultantes del tipo, capacidad y condiciones de la red existente. Cada vía tiene una velocidad directriz (también llamada de proyecto, de diseño o de cálculo, que es: “la adoptada para propósitos de diseño y correlación de aquellas características de un camino, tales como curvatura, peralte y distancia visual, de los que depende la seguridad de operación de los vehículos. Es la velocidad continua más alta a la que pueden viajar los vehículos individualmente y con seguridad en un camino cuando las condiciones del tiempo son favorables, la densidad de tránsito es baja, constituyendo las características de diseño del camino las condiciones gobernantes para la seguridad”.

Por ende, no hay orden –ni seguridad- posible si los topes no son respetados, puesto que quien marcha a una velocidad excesivamente baja para la media común, priva a otros de la posibilidad de avanzar dentro de los límites permitidos y ralentiza el flujo; en tanto, quien lo hace a una velocidad excedida para la circunstancia o ultrapasando los topes admitidos, llega antes de lo debido a todos los puntos que recorre, constituyéndose en un factor inesperado, imprevisible, conflictivo y alterador de la normalidad que cabría esperar conforme al principio de confianza…” (cfr. Tabasso Cammi, Carlos, “PREFERENCIAS DEL INGRESO PRIORITARIO, DE LA DERECHA-IZQUIERDA Y DE FACTO” Intentando terminar una polémica interminable, Revista de Derecho de Daños “Accidentes de Tránsito-III, Año 1998/N° 3. (Ver esta Sala en “LOBATO C/QUINTANA S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte. Nº 267163/1, y mi voto en “CHAVES C/VIDAL S/D Y P”, Expte. Nº 421942/10, entre otros).

Ahora: ¿podríamos afirmar que, en el caso analizado, el demando desplegó una velocidad excesiva que impide aplicar las reglas de preferencia, en tanto mutó el escenario previsto por las normas de tránsito aplicables al caso?

Entiendo que no. Ambas pericias (tanto la practicada en sede penal, como en esta sede civil), son contestes en la imposibilidad de establecer que el conductor demandado circulara con exceso de velocidad.

Conforme surge de la pericia practicada en esta sede “El evento fue ocasionado por la violación al derecho de prioridad de paso que ostentaba uno de los involucrados.

El vehículo que detentaba la prioridad de paso por aproximarse a la encrucijada por la mano derecha es la pick up Ford F-100… y quien debía ceder el paso por aproximarse por la mano izquierda es el VOLKSWAGEN SENDA…”

Esta descripción y atribución de responsabilidad en el evento, conforme a las normas de tránsito es reiterada en hojas 402.

Y, en punto a las velocidades, el perito actuante en sede civil, si bien discrepa en cuanto a la velocidad determinada en sede penal, en lo que aquí importa, no concluye en modo favorable para la posición actoral.

En efecto, el perito indica: “En relación a la determinación de las presuntas velocidades de los vehículos involucrados, no se coincide por no existir datos concretos que permitan determinar las mismas…” (hoja 403).

Y más adelante indica: “En atención a que a pesar de lo ya manifestado no se puede determinar la velocidad estimada de los rodados a través del cálculo por vía de desarrollo de ecuaciones matemáticas, con los datos aportados en la causa se podría inferir que el VW Senda que conducía el actor, ingresó en la encrucijada a más velocidad que la permitida, por lo que la maniobra de

ingreso no se corresponde con las normas de tránsito. Asimismo debe tenerse en cuenta que el vehículo que detentaba la prioridad de paso por aproximarse por la mano derecha es la pick up Ford…" (hoja 406).

Estas conclusiones no son objetadas por el accionante, desde donde y estando a sus conclusiones, la regla de decisión utilizada por la magistrada es correcta.

En cuanto a las testimoniales y, en especial, la citada en el recurso, debo decir que coadyuva al acierto de la decisión, en tanto si Benítez, quien iba en el vehiculo que circulaba por la izquierda, pudo ver a la camioneta que se acercaba, también pudo hacerlo el conductor, debiendo ceder el paso.

4. Dos últimas consideraciones.

4.1. En algunos casos, me he inclinado por relativizar la regla de la prioridad de paso, cuando la encrucijada se produce entre avenidas de doble circulación.

Sin embargo, en este caso, no se ha acreditado que el demandado no haya obrado con la diligencia debida.

Además, como también ha señalado el TSJ, "El conductor -sea de un vehículo mayor o menor- que llega a una bocacalle o encrucijada debe en todos los casos reducir sensiblemente la velocidad y tiene la obligación de ceder espontáneamente el paso a todo rodado que se presente por una vía pública situada a su derecha, y en todos los casos, sin discriminar quien llegó primero a la bocacalle.

Incluso, no se exceptúa la citada regla ordenadora del tránsito ante la circunstancia de que las arterias en cuya esquina se produce el accidente sean de doble mano de circulación (Cfr. SJC Sala I, 26/12/97 causa 60569 Mendoza, citado en Revista de Derecho de Daños Accidentes de Tránsito II- Rubinzal- Culzoni Santa Fe 1998-pag. 420).

En ese orden de ideas, cabe advertir, que si bien no pueden soslayarse deberes precaucionales para quien goza de prioridad de paso en una encrucijada como, asimismo, tampoco se puede negar que la conducción en bicicleta en el tránsito urbano importa un alto riesgo para quien la conduce, ha de verse que ello no significa que se deje de lado que el propio ciclista conduzca en mira a ese riesgo o en infracción a las reglas de circulación, las que prescriben comportamientos técnicos en función de una adecuada prevención de la vida y de la integridad personal.

Así, los procederes incumplidos del damnificado en el hecho aparecen como la causal relevante y única del suceso. Ello si se tiene en consideración que el damnificado, en su pieza casatoria, no formula un reproche que demuestre que la velocidad impresa por el automotor sea de tal magnitud que hubiera impedido al ciclista tales procederes, especialmente el de cerciorarse que el cruce se va a producir sin interferencias (Arts. 901, 906, 974, 1113 del C. Civil de Vélez)…." (cfr. Ac. 7/16 "Martinez Ríos"; el análisis que se efectúa con relación al ciclista es trasladable al conductor del rodado en el que era transportado el actor).

4.2. Por último, he de referirme a la calidad de embistente de la camioneta, alegada como dirimente.

Disiento con tal apreciación, en tanto, conforme se ha señalado en criterio que comparto, "Si la demandada interfirió la trayectoria del automotor que tenía expedito el cruce de la bocacalle… la argumentación basada en el resultado que arrojara la prueba de pericia de ingeniero mecánico, en punto a que el actor reviste la calidad de agente activo de la colisión y el demandado la calidad de sujeto pasivo, pierde totalmente entidad pues la parte actora no reviste la condición de embestidora jurídica. El hecho de resultar el actor embestidor mecánico, no siempre fluye que se derive para él una consecuencia desfavorable, desde que para que ello ocurra es menester que coincida el concepto de embestidor mecánico con el de embestidor jurídico. La razón es simple: el primero refiere una calidad puramente física; el segundo una jurídica. En otros términos, aquel apunta a la sola materialidad, mientras que éste hace a la responsabilidad. Decidir si coinciden o no, es materia específica de valoración judicial. Aferrarse ciegamente al mundo físico para decidirse siempre por la responsabilidad del embestidor (no obstante la innegable presunción que pesa sobre él), lleva a desnaturalizar la ciencia jurídica y a sacar conclusiones que, en supuestos como el de autos, van contra lo que indica la lógica y el curso normal de las cosas. Frecuentemente sucede (y así es en el presente caso), que el embestidor resulta, en buena medida, un agente pasivo; es el objeto impactado el que se coloca sorpresiva e indebidamente en su camino" (cfr. PS-2008-T°II-F°393/398)…" (cfr. Sala I, "AGUERO BRUNO CONTRA HERNANDEZ MARTIN Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. (SIN LESION)", Expte. Nº 375288/8, 24/07/12).

Y esto ocurre, justamente, cuando no se respeta la prioridad de paso.

Por estas consideraciones, entiendo que el recurso debe ser desestimado, confirmándose el pronunciamiento de grado en todo cuanto ha sido materia de recurso. Las costas de esta instancia estarán a cargo del recurrente en su calidad de vencido (art. 68 del CPCC).

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Desestimar el recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 1145/1150 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"JUAREZ JUAN CARLOS C/ URBANO EXPRESS ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 425909/2010) – Sentencia: 137/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. INDEMNIZACION POR DESPIDO. REGISTRACION LABORAL. INTIMACION FEHACIENTE. MULTA.

1.- Existe relación laboral y no de tipo comercial en el supuesto de fleteros, si no se acreditó que el automóvil utilizado para realizar las tareas fuera propiedad del actor, ni que aquél corriera con los gastos de mantenimiento, o que reemplazara en un tercero la prestación de servicios, tampoco la eventualidad de los servicios a que hicieran alusión los testigos de la demandada, en tanto ello queda desvirtuado con las facturas acompañadas en la demanda, emitidas mensualmente, en forma correlativa y por un período prolongado.

2.- La multa el art. 15 de la ley 24.013 resulta procedente si la intimación al empleador efectivamente fue realizada.

3.- Resulta aplicable la multa del art. 2 de la Ley 25.323, en tanto el trabajador intimó el pago de las indemnizaciones de ley, y tuvo que recurrir a sede judicial para obtener la satisfacción de su derecho, a lo que se agrega el requerimiento efectuado en la instancia administrativa. No debe olvidarse que el objetivo perseguido por la norma es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. Se sanciona la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo, siempre que el empleador esté debidamente anoticiado del reclamo, lo cual entiendo se ha cumplido.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "JUAREZ JUAN CARLOS C/ URBANO EXPRESS ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES" (JNQLA2 EXP 425909/2010) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia

PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- La demandada apela la sentencia dictada en autos.

Plantea que no se ha aplicado la ley vigente, específica y posterior: ley 24.653, art. 4; conforme a la cual, según la doctrina que cita, se invierte la carga probatoria de la existencia de relación laboral para los supuestos de fleteros, tornando inaplicable la presunción del art. 23 LCT.

Como segundo agravio, sostiene que la sentencia es arbitraria por realizar una interpretación amplia del art. 23 LCT. Cita la postura de la Corte Suprema y se queja de que se haya aplicado la presunción derivada de normas procesales, respecto de obligaciones que la empleadora no tenía.

En tercer orden, denuncia arbitrariedad fáctica y apartamiento de las constancias de la causa. En este sentido, indica defectos que adolece la prueba testimonial, de la cual surgen las notas de no exclusividad, no permanencia e inexistencia de subordinación técnica.

Alega que los testimonios de la parte actora son aislados y “de oídas”, sin perjuicio de la animosidad que presentan, contrariamente a los testimonios propuestos por la demandada, que fueron prescindidos.

Agrega que la sentencia la ha condenado al pago de diferencias salariales que no se reclamaron. A continuación, se queja de las multas reconocidas, los montos liquidados, la condena a entregar certificado de trabajo, las costas y su monto.

Los agravios son contestados por la actora, en la presentación de hojas 410/414.

2.- Planteados de este modo los agravios, se observa que la quejosa sostiene, como cuestión medular, que en el caso mediaba una inversión de la carga probatoria con respecto a la existencia de la relación laboral, por tratarse el actor de un fletero. Afirma que el supuesto se rige por el art. 4 de la ley 24.653 y art. 8 del Decreto 1494/92, no siendo de aplicación el art. 23 LCT a la situación de un fletero.

A mi juicio, este agravio no resulta procedente.

En primer término, el decreto aludido (1494/92), fue derogado por la ley 24.653 de Transporte Automotor de Cargas (art. 13).

Luego, no desconozco que la posición que postula la demandada es sostenida en nuestra doctrina, entre otros, por Etala (cfr. DT 2015, 1431). Sin embargo, otra corriente, que comparto, sostiene lo siguiente:

“El art. 4, inc. h de la Ley 24.653, cuando establece que el transportista que presta servicio por cuenta de otro que actúa como principal —el denominado “fletero”— no tiene relación laboral, se refiere, inequívocamente, al "contratante", vale decir a quien requirió sus servicios: dicho en otras palabras, se aclara definitivamente, que no existe vinculación laboral con el llamado "cargador" (conf. esta Sala X in re: Marote, Juan Domingo c/Alpar Service S.R.L. s/despido" S.D. 9700 del 30/9/01) circunstancia distinta a la que se da en el sub lite en donde no caben dudas que la relación existió entre una persona física y una sociedad dedicada al transporte de carga, que al no contener una definición expresa en la ley 24.653 se encuentra sujeta a las disposiciones de los arts. 21, 22, 23 y cc. L.C.T. (CNAT, sala X, “Jaller, José Luis y otro c. Cosméticos Avon S.A.C.I. y otros”, DT 2012 (septiembre), 2432).

Y también:

"...El art. 4º de la Ley 24.653 dispone en lo pertinente:

"A los fines de esta ley se entiende por:..."

"...h) Fletero: transportista que presta el servicio por cuenta de otro que actúa como principal, en cuyo caso no existe relación laboral ni dependencia con el contratante."

Me permito destacar en apoyo de la opinión que sustento los siguientes tramos del erudito dictamen del Sr. Fiscal ante esta Cámara Dr. Eduardo O. Alvarez:

"... la única conclusión posible es que el ordenamiento previsto por la Ley 24.653 sólo se aplica a los fleteros que no son dependientes"

"No es posible sostener que la proposición que, con cierto defecto gramatical, comienza con "en cuyo caso" signifique una derogación para las personas físicas que hacen tareas de transportes de las pautas legales de la imperatividad del tipo contractual laboral. Tal inferencia sería inexplicable y gravísima, porque los que hacen traslado de carga con su fuerza de trabajo incorporándose a una empresa ajena mediante el pago de una retribución periódica en dinero, serían autónomos aunque tuviesen exigencias fácticas de exclusividad y se daría una inadmisible hipótesis de trabajo no tutelado."

"Convengamos, al menos, que una conclusión tan singular, aun de ser admisible, requeriría una expresión normativa más clara y terminante, y existen elementos, no sólo de orden lingüístico, que impiden una deducción tan peregrina."

"Digo esto último porque el análisis global de la Ley 24.653...evidencia que se trató de generar una regulación orgánica para el

transporte de carga llevado a cabo por empresas autónomas, sea su titularidad de una persona de existencia ideal o de una persona física y, en este marco, más allá de los reproches de redacción que pudiera merecer la norma, no es cuestionable la inclusión de los "fleteros" autónomos...si el "fletero" fuera dependiente dejaría de existir una relación de transporte que es, precisamente, lo que la ley aspira a regular."

"Adviértase que el art. 8, inc. a), de la Ley 24.653 exige a las personas físicas estar inscriptas en la matrícula de "comerciantes" y en el ordenamiento de la actividad se establecen requisitos que sólo se conciben cuando los que realizan la actividad son titulares de una empresa, que nada obsta a que no asuma la forma de un ente de existencia ideal y sea explotada por individuos."

"... si se interpretara que su finalidad es la mutación imperativa de un vínculo dependiente o la limitación de los alcances del art. 21 de la L.C.T., la norma no trataría del "transporte", porque no existe este contrato cuando la tarea se realiza con subordinación, sin dejar de señalar, repito, la necesidad de un texto más explícito ante la trascendencia de la pretendida exclusión que, por otra parte y aunque en algunos ambientes tanto no importe, carecería de todo respaldo científico..." (conf. dictamen de fs. 558/60 vta.) (CNAT, sala V, “Abud, Jorge Osvaldo c. Sucesores de Alfredo Williner S.A. s/despido”, DT 2012 (enero), 3546).

Desde esta perspectiva, entonces, no siendo un dato controvertido que el Sr. Juan Carlos Juarez se desempeñó como “fletero”, realizando el transporte y reparto de correspondencia, al haber sido reconocido desde el conteste la prestación de tareas, es correcta la aplicación que en el caso la magistrada de la anterior instancia hiciera con respecto al art. 23 L.C.T.: presumiendo la existencia de un contrato de trabajo y determinando que eran las demandadas las que debían desvirtuar la presunción.

Con respecto al alcance de la presunción establecida en esta norma y la posición “amplia” a la que refiere el apelante en su recurso, esta Sala ha seguido la posición que sobre el punto ha mantenido el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, quien recientemente señalara:

“...En punto a la interpretación y alcance que debe darse al citado artículo, me he expedido en la causa “GUERRA, RAFAEL CÉSAR C/CONSOLI, NORA Y OTRO S/DESPIDO” (Expte. N°162-año 2001), donde señalé cómo funciona la presunción iuris tantum contenida en la norma.

Expresé en tal oportunidad que dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales se han venido desarrollando a través del tiempo en que la norma en cuestión tiene vigencia. 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. Adherí y ratifico mi postura, con esta última interpretación, y así que corresponde 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” (cfr. Acuerdo N° 15/2002 de Registro de la Secretaría Civil).” (Ac. 10/16, “REYES BARRIENTOS”).

Y en tal sentido, comparto lo decidido por la magistrada, en orden a que la demandada no ha logrado demostrar ni justificar la modalidad contractual a la que alude o la existencia de una relación comercial entre las partes.

Pues la accionada no acreditó que el automóvil utilizado para realizar las tareas fuera propiedad del actor, ni que aquél corriera con los gastos de mantenimiento, o que reemplazara en un tercero la prestación de servicios, tal como alegó en su responde.

Tampoco la eventualidad de los servicios, a la cual hicieran alusión incluso los testigos de la demandada Tiscornia y Luna, en tanto ello queda desvirtuado con las facturas acompañadas en la demanda, emitidas mensualmente, en forma correlativa y por un período prolongado.

Recordemos que el Tribunal Superior ya ha señalado que, en muchas actividades, sin dejar de referir a necesidades permanentes de la empresa, el servicio puede ser prestado con intermitencias (ver fallo recién citado).

El mismo Cuerpo también ha dicho que el “quid” de la permanencia no refiere a la intensidad o frecuencia de los servicios, sino al hecho de que ellos vienen a satisfacer una necesidad empresaria que tiene y que transmite o comunica al vínculo mediante el que se la atiende, una inherente vocación de continuar en el tiempo (cfr. Ac. N° 36/15 –“ARRIAGADA”- del Registro de la Secretaría Civil).

Y en el caso, es patente esa “satisfacción de una necesidad empresaria”, en tanto la empresa accionada reconoció dedicarse a la distribución de correspondencia y contratar al actor para realizar exactamente esa misma tarea.

En cuanto a la valoración de la prueba testimonial, considero que aún prescindiendo de lo señalado por los testigos ofrecidos por el actor, los dos empleados de la accionada, brindan datos que corroboran lo aquí decidido.

Así, Tiscornia señaló que al fletero se lo convoca cuando existe una necesidad de traslado en el ámbito de la sucursal y que el control de la empresa se relaciona con verificar el traslado de cargas que se el encomienda al transportista (hoja 226 y vta).

Mientras que Luna afirmó que las tareas del actor eran las de trasladar encomiendas, realizar gestiones, mensajería, que el encargado de sucursal era quien confeccionaba los recorridos del actor, que la demandada le proveyó indumentaria, consistente

en una campera con identificación de la empresa y que el actor deja de prestar servicios para la demandada porque ésta toma más personal y deja de tener la necesidad de contratar terceros (hoja 229/230).

Lo hasta aquí expuesto, me lleva a propiciar la confirmación del decisorio dictado en la anterior instancia, en punto a la existencia de una relación laboral y no de tipo comercial.

El agravio vinculado a la multa del art. 15 de la ley 24.013 también será desestimado, puesto que dicho artículo solo hace referencia a la intimación cursada al empleador, que fue efectivamente realizada conforme se desprende de la causa, sin que por otra parte se adviertan razones para reducir el agravamiento indemnizatorio.

Igual sucede con la multa del art. 2 de la Ley 25.323, ya que el fallo de primera instancia la considera aplicable en tanto el trabajador intimó el pago de las indemnizaciones de ley, y tuvo que recurrir a sede judicial para obtener la satisfacción de su derecho, sin que surja el recaudo que menciona el quejoso del texto de la norma, a lo que se agrega el requerimiento efectuado en la instancia administrativa.

No debe olvidarse que el objetivo perseguido por la norma es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. Se sanciona la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo, siempre que el empleador esté debidamente anoticiado del reclamo, lo cual entiendo se ha cumplido.

Tampoco aquí encuentro causas que justificaren la conducta del empleador, para reducir el incremento.

El octavo agravio, referente a los montos liquidados, no puede tampoco tener favorable acogida, puesto que la solución acordada en la sentencia es conteste con las previsiones de los art. 21 y 38 de la ley 921, y 55 LCT. Sin que corresponda, por otra parte, el tratamiento de los restantes argumentos por no haber sido planteados oportunamente ante el juez de la anterior instancia (art. 277 CPCC).

En orden a las astreintes, tratándose de un medio coercitivo para hacer efectivo un pronunciamiento judicial, su aplicación es resorte del juez que debe procurar el cumplimiento, de modo que no se advierte incongruencia.

3.- Sin embargo, en lo que refiere al reclamo de diferencias salariales, estimo que le asiste razón a la recurrente, toda vez que no han sido solicitadas en la demanda.

Ninguno de los rubros mencionados en el objeto (hoja 95 y vta), ni en la liquidación (punto IV.-), refieren a supuestas diferencias salariales. Por el contrario, el actor denuncia haber percibido esas sumas y la enumeración que hace en la hoja 100 es al solo efecto de establecer la mejor remuneración percibida. Véase que el monto total reclamado, coincide con el resultante de la liquidación practicada, en la que no se incluye diferencia salarial alguna, a excepción de los haberes proporcionales del mes de febrero.

En este punto, estimo no le asiste razón al actor al responder agravios, quien solo alega la forma en que se caratuló la causa, y la causa del despido indirecto, cuando de la misiva pertinente se extrae que la extinción del vínculo fue a raíz de la falta de registración de la relación laboral (ver misiva de la hoja 84).

Consecuentemente, propongo al Acuerdo, se deje sin efecto este rubro y por ende, el monto de condena se reduce a la suma de $101.460,52.

En punto a las costas, hemos dicho reiteradamente que 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, entiendo que las costas de la instancia de origen han sido correctamente impuestas a la accionada.

Las costas de la Alzada, se impondrán en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C), en función del resultado obtenido en esta instancia.

Atento el sentido de este pronunciamiento, corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada (art. 279 CPCC). 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 consecuencia, modificar la sentencia de grado, reduciendo el monto de condena a la suma de $101.460,52.-, confirmándola en lo demás que ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71 CPCC).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia recurrida, las que se efectuarán en la instancia de grado, una vez practicada la planilla de liquidación del capital con más los intereses devengados.

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- 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

"H.C.J.E. C/ CEDICOM S.A.C.I.F.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 376858/2008) – Sentencia: 138/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO DISCRIMINATORIO. DISCRIMINACION POR ENFERMEDAD. CARGA PROBATORIA DINAMICA.

1.- La prueba rendida en la causa, valorada conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de la tesis sentada en el precedente de la Suprema Corte en la causa “Pellicori”, no presenta indicios que permitan afirmar que la decisión rupturista adoptada por la empleadora presente “humo de discriminación”. En efecto, coincido con el magistrado en punto a que no hay prueba, ni siquiera indiciaria, de que la empleadora supiera que la actora padecía el virus de inmunodeficiencia humana.

2.- La trabajadora tenía la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial configuró un obrar discriminatorio vinculado a su enfermedad. Para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de elementos que, aun cuando no creen plena convicción sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, induzcan a creer racionalmente justificada su posibilidad. No habiendo logrado tal cometido, concuerdo con el rechazo de la demanda decidido en la anterior instancia y propicio su confirmación.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “H.C.J.E. C/ CEDICOM S.A.C.I.F.A. S/ DESPIDO X OTRAS CAUSALES” (JNQLA1 EXP 376858/2008) 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 dictada en autos.

La agravia la apreciación de la prueba realizada por el magistrado. Cita fallos y doctrina sobre la carga dinámica de la prueba y la

interpretación mas favorable al trabajador.

Señala que la prueba no fue valorada en función de esa doctrina, dado las dificultades que afrontaba la actora para probar el conocimiento que la demandada tenía de su enfermedad.

Alega que la accionada efectuaba controles médicos, de modo que debió presentar los informes correspondientes a esos controles, para demostrar que desconocía la enfermedad.

Sostiene que atento el tenor y cantidad de certificados médicos, habiendo estado internada en terapia intensiva y aislada, la empleadora debió sospechar de la existencia de una enfermedad grave.

Añade que también existen elementos que presumen el trato discriminatorio, dado que la empleadora la sancionó reiteradamente por faltas y llegadas tarde, claramente vinculadas a su estado de salud, además de cambiar sus funciones dentro del supermercado, y la reducción de sus haberes.

La contraria responde agravios en la presentación de hojas 879/882 vta.

Solicita el rechazo del recurso, con costas.

2.- Como señalara esta Sala en la causa “Lobo c/ Cencosud” (Nº 448957/11), 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 posteriormente en la causa “S.M.G.”, al señalar: “..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).

Al respecto, se ha sostenido: “En cuanto a la adecuación de los hechos a los presupuestos de la Ley 23592 que penaliza con la nulidad los actos discriminatorios, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, con suficiencia para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada. Una vez alcanzada dicha verosimilitud, imprescindible en el ámbito procesal en que se encauzara la pretensión, habrá de ponderarse si el demandado asumió la finalidad de desvirtuarla, a través del aporte de elementos aptos para corroborar que su decisión rupturista obedeció a causales ajenas al derecho fundamental que se imputa como lesionado” (Yacanto, Claudio vs. Radiotrónica de Argentna S.A. s. Sumarísimo Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IX; 27-jun-2007; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 3693/09) citado por esta Sala en “FIGUEROA DANIEL ALBERTO C/ENSI S.E. S/COBRO DE HABERES”, EXP. Nº 427837/10.

Desde esta perspectiva de análisis, en mi criterio, la prueba rendida en la causa, valorada conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de la tesis sentada en el precedente citado, no presenta indicios que permitan afirmar que la decisión rupturista adoptada por la empleadora presente “humo de discriminación”.

Para arribar a tal conclusión tengo en cuenta que, conforme lo afirmó el Alto Tribunal en “Pellicori”, si bien en situaciones en las que se controvierte la causa real de un acto particular tildado de discriminatorio corresponde reducir el “grado de convicción” que se exige en la afirmación judicial acerca de la existencia de tal conducta (ver considerando 5°), no es menos cierto, que esta circunstancia no implica eximir de prueba a la demandante, pues, de ser aquélla controvertida, tal como aquí acaece, pesa sobre éste la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido (considerando 11).

En esta línea de razonamiento, y tal como ya lo he adelantado, considero que los elementos adjuntados a la causa no permiten tener por configurado un haz de indicios suficientes que —"prima facie"— evaluados resulten idóneos para inducir la existencia un acto discriminatorio (cfr. CNAT, sala VI, H. J. A. c. Banco Macro S.A. s/ despido", 13/02/2017, LA LEY 05/07/2017, 10).

En efecto, coincido con el magistrado en punto a que no hay prueba, ni siquiera indiciaria, de que la empleadora supiera que la actora padecía el virus de inmunodeficiencia humana.

En su recurso la accionante no cuestiona en forma seria y concreta, la valoración que el sentenciante hiciera de las testimoniales, en tanto casi la totalidad de los testigos, ex compañeros de trabajo de la actora, señalaron que desconocían esta circunstancia.

Ello se condice con lo manifestado por el médico tratante, Dr. Chiocconi, en orden a que los pacientes muchas veces solicitan que el diagnóstico no figure en los certificados médicos que se extienden a fin de cuidar su privacidad (hoja 680/681vta).

Con respecto a los controles médicos que realizaba la empleadora a través de CEMELAR SRL, la recurrente no repara que en la hoja 695 obra respuesta de la mencionada entidad, en la que se informa que "concurrió a control de ausentismo por enfermedad de largo tratamiento a partir de abril de 2005, por cuadro psiquiátrico. En estos controles no se pide ningún tipo de estudios ni se indican tratamientos, solo se corrobora su estado de salud y la justificación o no de su ausentismo".

Luego, la afirmación de que la presentación de más de 150 certificados médicos, debió hacer sospechar a la empleadora sobre la enfermedad que aquejaba a la actora, constituye una suposición que no se halla corroborada con prueba idónea, máxime cuando los certificados obrantes en su legajo son por diferentes afecciones: bronquitis, cuadro psiquiátrico, neumonía, dermatitis, sinusitis, migraña, gripe, stress psicológico, dolor lumbar, tortíclolis, gastroenteritis, fractura de metacarpiano, etc.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, cabe memorar que la accionante en su demanda afirma que los malos tratos y persecución de la empleadora habrían comenzado cuando se reintegrara a prestar labores luego de su internación en marzo del 2001 por un cuadro agudo de toxoplasmosis.

Empero, debe tenerse presente que el despido tuvo lugar más de cinco años después, lo que no permite inferir que la extinción del contrato de trabajo tuvo lugar por la circunstancia denunciada al demandar (ver en similar sentido, CNAT, sala II, T., M. A. c. Ecohabitat S.A y otro • 23/06/2009, DT 2010 (marzo), 536).

Con respecto a los traslados a otra sucursal, los testigos fueron contestes en punto a que se trataba de una medida común en la empresa, que se adoptaba de modo general, al punto que todos los deponentes fueron en algún momento trasladados (Torres, Aguada, Morales, Muñoz, Scartaccini, Britos, Aruani).

En el caso de la actora, además, obra un certificado médico que recomienda cambio de sucursal y funciones (sector reposición) –ver hoja 511/512 del legajo reservado-.

De todo lo expuesto, concluyo que no se han acreditado hechos de los que pueda presumirse –prima facie- su carácter discriminatorio.

Es que, como señalara el Dr. Pirolo en la causa "H.J.A.", ya citada, que "...la imposición de la carga de la prueba en torno al marco circunstancial en que se alega el trato discriminatorio, resulta coherente con lo dispuesto por los arts. 17 y 81 de la L.C.T. y con la doctrina que al respecto sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Fernández Estrella c. Sanatorio Güemes" y, más recientemente, en la causa "Pellicori, Liliana S. c. Colegio Público de Abogados s/ amparo" antes citada; criterio que, en principio, no se ha visto conmovido a través de la normativa constitucional y supra-legal aplicable, puesto que no se ha interpretado de manera disímil tal tópico por los organismos de control de la OIT, ni por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o la Declaración Universal de Derechos Humanos no se oponen a la interpretación propiciada, y a través de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo —OIT, 1998— se han establecido las bases para el compromiso internacional en torno al alcance de las garantías que emergen de los convenios fundamentales —entre los que se encuentran los relativos a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo—; pero nada se ha dispuesto con relación al modo en que deben aplicarse las cargas probatorias en el proceso, las que, necesariamente, en lo que respecta a la configuración de un trato peyorativo o desigual, se encuentran a cargo de quien lo alega pues, al menos, debe aportar elementos indiciarios en tal sentido.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala que sólo en ciertas circunstancias, la carga de la prueba de la discriminación no debe corresponder al que la alega. El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación). En sentido similar se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la

Nación en los ya citados autos “Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de Capital Federal” del 15/11/2011 (P489, XLIV); y también la Sala II en “Sotelo, Ramón Olegario c. Wall Mart Argentina (SD N° 100.431 del 25/04/2012)”.

En resumen, en un caso como el presente, la trabajadora tenía la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial configuró un obrar discriminatorio vinculado a su enfermedad. Para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de elementos que, aun cuando no creen plena convicción sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, induzcan a creer racionalmente justificada su posibilidad.

No habiendo logrado tal cometido, concuerdo con el rechazo de la demanda decidido en la anterior instancia y propicio su confirmación.

Costas de Alzada a la apelante vencida. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de grado en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"SANDOVAL OSCAR RAMON C/ GARCIA JUANA Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES” - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 388488/2009) – Sentencia: 142/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

RENUNCIA AL EMPLEO. DIFERENCIAS SALARIALES.

1.- No existe vicio nulificante que afecte la validez de la renuncia si no hay elementos ni indicios que permitan unir el suceso descripto por el trabajador y consecuente denuncia penal, con el acto formulado casi tres años después.

2.- Si el trabajador solo hizo reserva de reclamar eventuales diferencias salariales, sin indicar cuál era el motivo concreto de su petición, incumpliendo lo normado por el art. 20 de la ley 921, corresponde su rechazo, pues en nuestro ordenamiento los derechos no se reservan, sino que se ejercen.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SANDOVAL OSCAR RAMON C/ GARCIA JUANA Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES” (JNQLA2 EXP 388488/2009) 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 la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- La jueza de grado rechaza la demanda en el entendimiento que el actor no acreditó un vicio nulificante que afectara la validez de su renuncia, así como tampoco formuló un planteo concreto en cuanto a las diferencias salariales. A su vez, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por dos codemandados.

Esta decisión es apelada por el actor.

En primer lugar, se queja de la valoración de la prueba con respecto a la legitimación de los demandados.

Al respecto, dice que la Sra. Patricia Pieroni manifiesta ser empleada de su madre pero no aporta prueba de ello, ni tampoco prueba ser apoderada de aquélla. Que redactar el telegrama de renuncia excede los intereses de un mero empleado.

Agrega que el Sr. Enrique Pieroni era, al menos, socio de Juana García y beneficiario directo del trabajo realizado por el actor.

Señala que la Sra. García reconoce que ninguna decisión toma en su empresa, sino que lo hacen su ex marido y su hija y abunda luego en los resultados de la prueba testimonial.

El segundo agravio refiere a la validez de la renuncia. Alega que deben tenerse en cuenta los hechos reconocidos por los accionados, como la confección del telegrama y la contemporaneidad con determinados actos, como la firma del comodato.

Añade que la demandada no puede desconocer que el actor puso a trabajar el camión de su hijo para la empresa, ni los reclamos que luego efectuó cuando lo desapoderaron del vehículo.

En tercer lugar, se queja de que no se hayan reconocido las diferencias salariales, cuando su parte reclamó en la demanda las diferencias que surgieran de la pericial contable y finalmente la perito las determinó en su informe.

Entiende que no se afectó el derecho de defensa, dado que la demandada impugnó el informe pericial.

Los agravios son respondidos por la contraria en la presentación de hojas 422/425. Solicita se confirme la sentencia recurrida, con costas.

2.- Así planteadas las cuestiones que se someten a consideración de esta Sala, comenzaré por el agravio que atañe a la legitimación pasiva de los accionados.

En este punto, comparto la valoración efectuada por la Sra. Magistrada, puesto que los elementos obrantes en la causa no resultan suficientes para adjudicar al ex marido y a la hija de la Sra. Juana García el carácter de empleadores.

La crítica que formula el actor no se hace cargo de que, tal como resaltan la sentenciante y la demandada, del intercambio epistolar surge que el actor intimó únicamente a la Sra. Juana García y no a los Sres. Pieroni, e incluso la cuestionada renuncia y posterior denuncia de ardid y engaño, también fue dirigida únicamente a ella (hojas 18, 19, 20).

La Sra. Juana García es quien figura en los recibos que acompañó el actor a autos, mientras que de las constancias de hojas 138/140 y 295 surge que Patricia Pieroni estaba registrada como empleada de la Sra. García.

Si bien los testigos manifestaron que siempre trataron con Vicente Pieroni, entiendo que el hecho probado de que los familiares co-demandados hayan participado en el manejo del negocio, por si solo no los hace responsables –al menos con la escasa prueba arrimada- de las obligaciones laborales del titular del negocio, máxime cuando no se ha acreditado que hayan sido quienes requirieron o se beneficiaron de los servicios del actor. En suma, no surge de los elementos aportados que los demandados asumieran en forma conjunta el rol de empleador pluripersonal (art. 26 LCT).

3.- Con respecto a la validez de la renuncia formulada por el actor, también comparto lo decidido en la anterior instancia.

Dado que la renuncia constituye una declaración de voluntad que altera una relación concretada con otro, una vez notificada no es retractable. Como consecuencia de ello, el trabajador se libera de sus obligaciones que habrían de devengarse en el futuro. En suma, se trata la renuncia de un acto unilateral de carácter recepticio, por lo tanto dicha decisión sólo produce efectos en tanto y en cuanto la misma haya llegado a la esfera de conocimiento del empleador.

Debido a la trascendencia del acto, la Ley de Contrato de Trabajo ha rodeado a la renuncia de ciertas formalidades; y a su respecto, rigen los principios generales sobre invalidez de los negocios jurídicos.

El art. 240 LCT dispone que el trabajador puede disolver el vínculo mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente a su empleador o ante autoridad administrativa. Como todo acto jurídico, su validez está supeditada a que la voluntad del trabajador no esté viciada por error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude. Por ello, si se pretende impugnar la validez de la renuncia es preciso demostrar la existencia de alguno de los vicios de la voluntad que tornan anulable el acto jurídico (CNAT, Sala III, “Cabrera c. Ramón Chozas S.A.”, AR/JUR/45906/2010).

En autos, el acto formalmente reúne los requisitos formales aludidos, pero el actor sostiene que no existió acto lícito por encontrarse viciada la voluntad a raíz del engaño y ardid del que fue víctima.

Relata aquí que ante la venta sin autorización de un camión de su hijo, creyó encontrar solución mediante su renuncia y la entrega

de otro camión que supuso definitiva, pero cuya devolución se le requirió posteriormente.

La prueba testimonial no brinda elementos de los que pueda inferirse que la voluntad del actor estuviera viciada. De hecho, Fermín dijo no saber por qué razón dejó de trabajar el actor (hoja 220 y vta), y Sola que "...escuchó a unos compañeros de trabajo de Sandoval que había falta de pago en la empresa; cree el testigo que es por eso que dejó de trabajar" (hoja 234 y vta).

Por otra parte, las alegaciones del actor en esta causa no tienen correlato con su conducta posterior a los hechos que denuncia.

Nótese el tenor de sus respuesta al pedido de restitución del camión (CD hojas 45 y 46 del expediente "Pieroni c/ Sandoval s/ restitucion", Nº 378395/8, que tengo a la vista), en el que alega haber puesto a disposición del comodante el vehículo en cuestión y reclama los importes correspondientes a su depósito y guarda, más sin mencionar la improcedencia del reclamo en virtud de alguna maniobra fraudulenta, ardid o engaño.

Tengo en cuenta, también, que en la sentencia dictada en aquella causa, a esta altura firme, se descartó que el error que alegara el aquí actor fuera excusable, puesto que pese a haber afirmado que desconocía el verdadero sentido del negocio jurídico suscripto, del intercambio epistolar "surge perfectamente que lo que las partes suscribieron fue justamente un contrato de comodato" (hoja 318/323).

Este razonamiento fue confirmado por esta Sala en su anterior composición, al señalar que no existe elemento alguno que lleve a descalificar al negocio jurídico entre las partes y frente a la cosa, como comodato (hoja 354).

Otro aspecto a destacar en punto a la conducta posterior del accionante, es la falta de contemporaneidad entre ambos actos: la retractación o denuncia de invalidez de la renuncia fue efectuada casi siete meses después de haber puesto fin al vínculo (ver hojas 18 y 19).

De la causa penal acompañada, tampoco surgen elementos que corroboren el relato del actor: la causa se inicia en virtud de una denuncia penal realizada en junio del 2005 por el hijo del actor por presunta estafa y falsificación de documento contra el Sr. Traico (a quien le había encomendado la venta de un camión de su propiedad, entregándoselo en consignación). Es decir, no involucra a ninguna de las partes litigantes en estas actuaciones.

Por lo demás, surge de dicha causa que el camión fue recuperado: en septiembre de 2009 fue entregado al Sr. Sandoval en carácter de depositario judicial (hoja 259) y en diciembre de 2012 se ordenó su entrega definitiva y regularización registral (hoja 368), reiterándose la medida con posterioridad (hoja 607/609).

En suma, no hay elementos ni indicios que permitan unir el suceso ocurrido con el camión perteneciente al hijo del actor y consecuente denuncia penal, con la renuncia al empleo que este último formulara casi tres años después.

Cierto es que la redacción del telegrama de renuncia hecho por la hija de la demandada, constituye un indicio favorable a la posición del actor, pero estimo que este único elemento no resulta suficiente, en el contexto descripto, para concluir en la nulidad del acto.

En tal sentido se ha dicho: "Si bien el trabajador sostuvo que envió una comunicación de renuncia redactada por un tercero y bajo injustas amenazas, resulta improcedente su pretensión de declarar nulo el acto, dado que no precisó quién habría sido el amenazador y cuáles fueron las amenazas" (CNAT, Sala VIII, "Román Florentín c/S.A. Alba", AR/JUR/24656/2010).

Cito aquí algunos lineamientos jurisprudenciales que entiendo resultan plenamente aplicables a estos autos.

"...si pretendía impugnar la validez de la renuncia, alegando que su decisión no fue producto de la libre expresión de su voluntad, porque se vio condicionado por una conducta patronal, era menester que el actor, acreditara fehacientemente, los hechos denunciados como vicios constitutivos de tal voluntad.

... la cuestión a decidir, se encuentra huérfana de pruebas que demuestren que realmente existió un vicio en la voluntad del actor, y que la decisión de la renuncia, tuvo que ver más, con la elección de una entre las opciones que se presentan dentro de un ámbito de libertad que nunca es absoluto y evidentemente, el accionante ha balanceado las distintas alternativas que tenía (documentar su situación de relación laboral, pedir asesoramiento sindical, etc.), optando por lo que en ese momento le pareció o creía que era lo más le convenía, por lo que su posterior retractación resulta totalmente extemporánea, alegando su nulidad, no puede ser motivo suficiente para afirmar que en su momento, careció de libertad para tomar tal decisión." (voto del Dr. Gigena, en "Pedrero", Expte. Nº 315956/04).

Y en igual sentido: "...considero que ha sido la orfandad probatoria del actor la que no ha logrado acreditar los extremos invocados como vicio nulificante de la voluntad expresada en oportunidad de emitir aquella comunicación.

...De allí que si bien en materia laboral corresponde recurrir al principio de primacía de la realidad, en el sentido de que los hechos prevalecen sobre lo documentado, advierto que los primeros necesariamente deben ser acreditados.

Circunstancia que no ha ocurrido en el expediente, a pesar del esfuerzo del apelante en base a las interpretaciones que ha querido realizar en función de las testimoniales" (Sala III, "Erro", Expte. Nº 330134/05).

"Si el actor pretendía impugnar la validez de la renuncia debió demostrar la existencia de alguno de los vicios de la voluntad que tornan anulable el acto jurídico. En autos la actora señala que la patronal ejerció sobre ella presiones para lograr su renuncia, pero no se advierta ni siquiera inicios de que esos vicios hayan existido. La abdicación de un derecho a través de un acto jurídico requiere, para considerarlo ineficaz la prístina acreditación del vicio nulificante. Esta acreditación prístina se impone en razón de que ab inicio, los actos jurídicos deben ser considerados eficaces y la nulidad es como, suele afirmarse, la "última ratio" (Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de 4ª Nominación de Santiago del Estero, "Rizzoli, Rita Elena c. Lial S.R.L.", 16/04/2008).

4.- Resta analizar la cuestión atinente a las diferencias salariales y aquí también entiendo que la decisión recaída en la instancia anterior resulta ajustada a derecho.

Es que, a los motivos señalados por la magistrada en cuanto a la generalidad del reclamo, señalo que en nuestro ordenamiento los derechos no se reservan, sino que se ejercen.

En autos, el actor solo hizo reserva de reclamar eventuales diferencias salariales, sin indicar cuál era el motivo concreto de su petición, incumpliendo lo normado por el art. 20 de la ley 921.

Además, la demanda contiene otra deficiencia que impide su progreso en este punto, y es que el actor no mencionó los datos que debían figurar en la planilla que refiere el art. 4.2.18 del Convenio Colectivo aplicable.

Esta Sala sostuvo: "...concuerdo con la sentenciante en orden a que el reclamo es genérico sin detallar el origen, cálculo de los importes y procedimiento para su determinación, máxime cuando el trabajador no aportó a juicio los datos que surgen de la planilla anexa al C.C. 40/89" ("MENDEZ C/ EXPRESO OLIVA HNOS SRL", Expte. Nº 467596/2012).

En similar sentido, "Distinta suerte ha de correr el cuestionamiento en lo relativo a las diferencias por adicionales de convenio (rubros 4.2.3., 4.2.6., 4.2.4. y 3.6.1.,...lo cierto es que la crítica que trae el recurrente no logra neutralizar aquella definición que -teniendo en miras el derecho de defensa de la demandada- desestimó también estos reclamos con basamento en las imprecisiones o vaguedades que portaba la liquidación inserta en la demanda" (SCBA, "Casal, Luis M. v. Salvo Construcciones y otros", 02/03/2011, Cita Online: 70070695).

"La no determinación de los parámetros para el cálculo de la liquidación, hace que el demandado se encuentre en una situación de indefensión que no puede ser tolerada por un Tribunal de Justicia a tenor de lo dispuesto por el art. 18 de la CN.

La presunción reconocida al trabajador por el art. 55 del CPL Mendoza y la prevista en el CCT 40/89, no permiten al juez adivinar los hechos constitutivos de los reclamos del trabajador, y menos los parámetros para el cálculo de los rubros, de manera que si se reclama diferencias salariales por kilómetro, debe al menos mencionarse cuántos fueron los kilómetros no computados en la planilla respectiva e indicar el período por los cuáles fueron erróneamente liquidados" (Cám. 1ra Trab. Mendoza, "Battistella, Juan R. v. Martín y Cia. S.A·, 04/12/2009, Cita Online: 70058527).

Consecuentemente, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por el actor, con costas a su cargo (art. 17, ley 921). ASÍ 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 recuso de apelación deducido por el actor y confirmar la sentencia de grado, en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dra. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"HERRERA ANGEL FEDERICO C/ COOP. TRABAJO ADOS LTDA. S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 416885/2010) – Sentencia: 146/17 – Fecha: 27/07/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

COOPERATIVA DE TRABAJO. SOCIO EMPLEADO. DERECHOS DEL TRABAJADOR. RELACION DE SUBORDINACION. FRAUDE LABORAL. IMPROCEDENCIA.

No existe relación de trabajo regulada por la LCT y por tanto corresponde confirmar la sentencia de grado que así lo decide, si no se ha demostrado la existencia de fraude laboral en el uso de la Cooperativa de Trabajo, sino que por el contrario se ha acreditado la constitución y real funcionamiento de la demandada bajo dicha forma social, el accionante solicitó su ingreso como socio y participó de las asambleas, sumado a que se le pagaban anticipos de retornos.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "HERRERA ANGEL FEDERICO C/ COOP. TRABAJO ADOS LTDA. S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION" (JNQLA4 EXP 416885/2010) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- El actor apela la sentencia de grado que rechaza la demanda.

En primer término, plantea que se ha considerado de manera errónea que la relación tenía carácter asociativo, cuando en realidad reunía todas las características del vínculo laboral.

Dice que el juez no tuvo en cuenta que la fecha de ingreso del actor es previo al inicio de la relación cooperativa. Señala que de la pericia contable surge que en ese período el actor facturaba a la Cooperativa de manera mensual.

Señala que conforme surge del testimonio de Tofalleti el actor fue obligado a asociarse.

Plantea que la demandada no acreditó que el accionante tuviera real participación como asociado y que la demandada no logró acreditar la distribución de los excedentes o retornos, tanto anuales como mensuales.

Considera que debería haberse evaluado la efectiva colaboración en base al principio de solidaridad, según el cual el peso de la prueba se adjudica a quien está en mejores condiciones de aportarla. Cita aquí un antecedente del Juzgado Laboral Nº 3.

Acota que el reglamento interno refleja a todas luces una relación laboral encubierta y que se trata de una prueba dejada de lado por el sentenciante.

Corrido el traslado de ley, es contestado en la presentación de hojas 442/447 vta. por la contraria. Solicita el rechazo del recurso, con costas.

2.- Como puede observarse de los agravios planteados, el recurrente cuestiona la conclusión del sentenciante en orden a que el actor era un asociado de la cooperativa y que las partes no se encontraron vinculadas por una relación de trabajo regulada por la LCT.

Inicialmente, debo destacar que esta Sala tiene dicho:

"En una cooperativa de trabajo genuina, la calidad de socio excluye la de trabajador dependiente. No corresponde asimilar por lo tanto, la subordinación que caracteriza el contrato de trabajo con la obligación del socio cooperativo de acatar las instrucciones necesarias del ordenamiento interno requeridas para el cabal cumplimiento común. Si no se demuestra la irrealidad (fraude) de la cooperativa interpuesta, la invocación de un vínculo regido por el derecho del trabajo no puede ser admitida" (CNTrab., Sala VIII, "GODOY, HECTOR c/ COOPERATIVA DE TRABAJO 4 DE SEPTIEMBRE LTDA. s/DESPIDO", 24/05/96, citado en "ZANOLA C/COOP. TRABAJO EL PETROLEO", EXP Nº 418842/10, "DIAZ C/COOP. TRABAJO ADOS LTDA", EXP Nº 372591/8 y "MERINO C/COOP. ANGEL G. BORLENGHI LTDA", EXP Nº 383386/2008).

Y en este caso, coincido con el sentenciante en punto a que no se ha demostrado la existencia de fraude laboral.

A mi criterio, no existe fraude laboral en el uso de la Cooperativa de Trabajo cuando, como sucede en este caso y llega firme a esta instancia, se ha acreditado la constitución y real funcionamiento de la demandada bajo dicha forma social, el accionante solicitó su ingreso como socio y participó de las asambleas, sumado a que se le pagaban anticipos de retornos, como se verá seguidamente.

Alega el actor que fue obligado a asociarse, y que ello se extrae de los dichos del testigo Tofaletti. Sin embargo, entiendo que de este testimonio solo se desprende que la única manera de permanecer prestando servicios dentro de la organización era bajo el sistema cooperativo, lo cual es acorde al régimen legal bajo el cual actuaba la accionada.

Por lo demás, no hay ningún elemento en la causa que permita considerar que -cuando el actor presentó la solicitud de incorporación como asociado- su voluntad estuviera viciada por error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude. Por el contrario, Tofaletti indicó que en un primer momento eran monotributistas y luego se tornó necesario asociarse a la cooperativa “y como estábamos bien lo hicimos” (176 y vta.).

El resto de la base argumental del memorial gira en torno al hecho de que su parte comenzó a prestar servicios con anterioridad a su ingreso formal como socio de la cooperativa y que no se ha acreditado la distribución de retornos o excedentes.

Con respecto a la primer cuestión, juzgo que -al igual que resolviera esta Sala en autos “BONINO C/ COOPERATIVA A.D.O.S. LTDA. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES” (EXP Nº 415606/10)-, en dicho período, no se observan presentes las notas tipificantes de una relación laboral.

Se observa que, contrariamente a lo que afirma el apelante, la facturación era por distintos conceptos y no se trataba de recibos correlativos (ver punto 6 de la pericia contable agregada en las hojas 203/207).

Nada dice el recurrente, por otra parte, de la prueba que indica que su parte facturaba, paralelamente, a las obras sociales (ver hojas 182 vta., 241 y vta.).

De los testimonios no surge ningún elemento que permita determinar -en esta primer etapa de la vinculación entre las partes- la existencia de una relación subordinada y encuadrada en la LCT. Nótese que la demandada no ejercía poder disciplinario alguno, no había control de horarios (hojas 176vta., 182, 183, 241vta.), si el actor faltaba o llegaba tarde no le traía consecuencias, y éste facturaba sus honorarios médicos (176vta., 182, 241, 242). De las probanzas se desprende que existía una dirección médica con la que se consensuaba la metodología de trabajo (hoja 176).

El único testimonio que habló de una relación de tipo laboral fue Alvaro, pero manifestó que lo sabe por los dichos del actor y su esposa (hoja 240vta.), por lo que no resulta atendible.

En orden a la segunda cuestión planteada por el quejoso, entiendo que la percepción de adelantos de excedentes de manera mensual fue confirmada por el perito contador (hojas 203/207, punto 5) y por los testigos Tofaletti, Treppo, Lagos, Faundez, Gómez, sin perjuicio de la documentación que remitió el INAES correspondiente al legajo de la entidad (hojas 278/388). Algunos testigos también aludieron a las ganancias anuales variables (Treppo, Lagos, Faundez, Gómez), y señalaron que el monto de los retornos se decide en una asamblea en la que participan todos los asociados (Treppo, Lagos, Faundez, Gómez).

Por último, la mera existencia de un reglamento interno no emerge como un elemento suficiente para el fin pretendido en el memorial, desde que toda organización que se precie de tal –también en una cooperativa- debe imperar un cierto orden y cumplimiento de instrucciones (CNAT, SALA V, “Penida, c. Cooperativa de Trabajo La Cacerola Limitada y otros s/despido”, 17/08/2012, AR/JUR/47456/2012).

En conclusión, frente a los presupuestos de hecho invocados y probados por las partes, los fundamentos firmes que sustentan el decisorio apelado, y las consideraciones expuestas en este voto, opino que no hay elementos como para revocar lo decidido en la anterior instancia, máxime cuando dicha solución se encuentra en línea con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Lago Castro, Andrés Manuel c/ Cooperativa Nueva Salvia Limitada y otros" (sentencia del 24-11-2009) sobre el valor que cabe otorgar a este tipo de entidades.

Entre otras consideraciones, allí el Alto Tribunal dejó sentado que “...en cuanto a la determinación imperativa de la calidad de empleado del socio de una cooperativa de trabajo y a la inexistencia de norma que torne inaplicable el citado art. 27, predicadas por el juzgado, surge con nitidez que tales asertos no pudieron ser sostenidos válidamente con prescidencia de todo examen concerniente al sentido y esencia del tipo societario al que se adecuan las cooperativas de trabajo y al régimen legal establecido por la ley 20.337. En efecto, ninguna consideración han merecido los caracteres y concepto de esas entidades, "fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios" (ley cit., art. 2º); sus particulares formas de constitución; las condiciones de ingreso y los derechos de los "asociados", así como las modalidades de retiro y sobre todo, de exclusión de éstos (ídem, arts. 23 y 62); la formación del capital; las cuotas sociales; los caracteres de los bienes aportables; el régimen de gobierno, de administración y de representación del ente, y la fiscalización pública a la que éste se encuentra sometido. Otro tanto cabe decir

acerca de lo atinente a los "actos cooperativos" (ídem, art. 4º), a los principios democráticos y de igualdad entre los asociados (p.ej., ídem, art. 2.3) y, muy especialmente, a que el grueso de los llamados "excedentes repartibles", en una cooperativa de trabajo, está destinado a ser distribuido en "concepto de retorno" entre los asociados en proporción al trabajo efectivamente prestado por cada uno de éstos (ídem, art. 42.5.b)."

"De igual modo, el sentenciante no debió pasar por alto las normas que, en ejercicio de sus facultades reglamentarias expidió el INAC, como lo son, v.gr., el art. 1º de la resolución 183/92 (7-4-1992), que tuvo como objeto "reafirmar que el vínculo jurídico entre el asociado y la cooperativa de trabajo es de naturaleza asociativa y está exento, por lo tanto, de toda connotación de dependencia, encuadrado en el derecho laboral", y la resolución 360/75 (20-5-1975), que determinó las excepciones al principio de "mutualidad rigurosa" en las cooperativas de trabajo, autorizando a que éstas pudieran utilizar servicios de personal en relación de dependencia sólo en los supuestos que enuncia. Ambas resoluciones, por lo demás, fueron expresamente declaradas vigentes por el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) -continuador a la postre del INAC (decreto 721/2000)- mediante la resolución 1810/2007 (14-8-2007). Súmase a ello, tal como fue señalado por el Tribunal en "Cooperativa de Trabajo de Transporte La Unión Limitada c/Dirección General Impositiva" (Fallos: 326:4397), la resolución 784/92 (27-7-1992) de la Administración Nacional de la Seguridad Social, que declaró "como norma de alcance general [...] que los asociados a la cooperativas de trabajo no revisten la calidad de dependientes de las mismas, debiendo considerárselos como trabajadores autónomos" (art. 1º)..."

"...Es misión del intérprete, en suma, no atenerse sin más a la literalidad de los vocablos legales, sino rescatar el sentido jurídico profundo de éstos, pues por encima de lo que parecen decir debe indagar lo que dicen jurídicamente.

Para ello, es regla de hermenéutica dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante...".

Consecuentemente, juzgo que el recurso debe ser desestimado, con costas a cargo del apelante vencido (art. 17, ley 921). 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 recuso de apelación deducido por el actor y confirmar la sentencia de grado, en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, ley 921).

3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en 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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"B. M. C/ A. V. J. L. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 506516/2015) – Sentencia: 151/17 – Fecha: 27/07/2017

DERECHO CIVIL: Familia.

CONCUBINATO. SOCIEDAD DE HECHO. INMUEBLE PROPIO DEL CONCUBINO. MEJORAS.

RECONOCIMIENTO DE LA CONTRIBUCION EN LAS MEJORAS REALIZADAS. REGIMEN PATRIONIAL.

1.- Los bienes que se incorporan durante la vigencia del concubinato, no pasan a formar -como en el matrimonio- una sociedad.

2.- En el contexto del Código Civil, no se concibió la conformación de una sociedad conyugal irregular limitada a los bienes de los concubinos; el matrimonio y la unión de hecho no están colocadas en un plano de igualdad; de allí que entre los integrantes de la pareja, no pueda crearse una sociedad universal, semejante a una sociedad conyugal.

3.- La liquidación de la sociedad conyugal, reposa sobre principios de orden público, concernientes al régimen de bienes —de comunidad de ganancias— del matrimonio, el cual responde a la integración que, también en lo patrimonial, la ley pretende que exista entre los cónyuges. De allí, que resulte inaplicable al concubinato por tratarse de un instituto distinto, que carece de una regulación específica en cuanto al régimen de bienes.

4.- Aún cuando la existencia de concubinato no impide que entre los integrantes de la pareja pueda conformarse una sociedad de hecho, esto debe acreditarse.

5.- Para que quede configurada la sociedad de hecho entre los concubinos se exige que ambos hayan realizado esfuerzos y efectuado aportes con el objetivo de obtener utilidades y participar ambos en las ganancias y pérdidas que se originen.

6.- La jurisprudencia resolvió que: "Las mejoras realizadas por uno de los concubinos en un bien perteneciente exclusivamente al otro, si bien pueden dar lugar a una acción de reintegro, basada en el enriquecimiento sin causa, en principio, no constituyen aportes a una sociedad de hecho"…" (cfr. Iñigo, Delia B. “Algunas cuestiones patrimoniales de las uniones de hecho”, infoleg Cita online 0029/000258).

7.- Fundamentalmente aquí y tal como lo sostiene la magistrada, no hay elementos de prueba que determinen el alcance de los aportes que se dicen haber efectuado (en rigor, siquiera está acreditada su existencia ante el desconocimiento de la documental), y, tampoco, la efectiva realización de las mejoras en el periodo que duró la convivencia.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “B. M. C/ A. V. J. L. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD” (JNQCI4 EXP 506516/2015) 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. La Sra. Jueza desestima la demanda de disolución de sociedad.

Para así hacerlo, da las siguientes razones centrales:

a) “…ninguna prueba objetiva, fuera de la testimonial rendida por personas muy cercanas a las partes, da cuenta que entre ellas existiera una sociedad de hecho que deba ser disuelta conforme el pedido de la actora, pues el inmueble en cuestión aparece adquirido con el patrimonio personal del demandado, sin que se evidencie que la señora B. hubiera contribuido al mayor valor del inmueble”.

b) no encuentra “evidencias de los hechos alegados, pues el trabajo que acreditó haber prestado es posterior a la compra del inmueble, y no probó haber realizado gastos que puedan vincularse con las remodelaciones que tuvo la vivienda… la propia actora citó jurisprudencia que refiere a que la sola circunstancia de convivir como pareja no prueba la vinculación societaria, pues deben de probarse los aportes y la finalidad de obtener lucro con el resultado”.

c) “no se probó la existencia de la sociedad, pues el inmueble que ambos habitaron fue adquirido sólo por el señor A. con los ingresos obtenidos en la venta del bien recibido por herencia, sin que existan pruebas que permita considerar que esa conclusión es inadecuada”.

d) “tampoco se probó que la señora B. contribuyera en modo alguno a las ampliaciones de la vivienda, circunstancias de hecho que impiden concluir en el sentido que entre ellos existió una sociedad de hecho que deba de dividirse por el cese de la convivencia. Véase que aún si considerara los recibos y remitos aportados por ella, desconocidos por la contraria y no reconocidos por su emisor, sólo 2 refieren a materiales de la construcción: ventana, puerta, cemento, cal y madera, y figuran emitidos en enero de 1999 y diciembre de 2000 (hojas 235 y 236). Sin embargo, esas compras no demuestran el aporte exigido para considerar que entre ellos medió una sociedad de hecho, pues conforme lo analizado no basta con acreditar que se compraron algunos materiales de la construcción, pues la existencia de la sociedad exige la prueba del aporte para la adquisición de bienes o para mejorar patrimonialmente a la sociedad, buscando en esa participación una ventaja patrimonial”.

e) “lo probado es que sólo el demandado adquirió el bien inmueble y la actora adquirió sólo esos materiales de la construcción, los que en el mejor de los casos importan una contribución pero nunca un aporte que justifique alegar que entre ellos existió una sociedad que deba disolverse. Digo que en el mejor de los casos, pues existe el impedimento de valorar esas pruebas en tanto no reconocidas en el trámite por su emisor, y desvinculadas temporalmente de la antigüedad de las mejoras informadas por el perito tasador en 7 años, mientras los recibos y remitos refieren a los años 1999 y 2000”.

1.1. Contra este pronunciamiento recurre la actora.

Dice que, con la prueba rendida en autos se ha logrado acreditar un efectivo aporte de dinero de su parte y que si bien esto es reconocido por la magistrada, termina por otorgar primacía al aporte que dice haber efectuado su exconcubino.

Indica que, aún en el caso de compartirse ese criterio sobre la adquisición del terreno, esto no es trasladable a las remodelaciones y a las diversas ampliaciones que se han llevado a cabo en la vivienda.

En este punto y en cuanto a la fecha de las mejoras, entiende que más allá de que no la haya indicado, es claro que fueron realizadas con posterioridad a la adquisición del lote, es decir, durante el periodo de convivencia, esto es, entre el año 1989 y 2006.

Esgrime que si bien es cierto que la documental acompañada por su parte ha sido desconocida, lo fue sólo como consecuencia del cumplimiento de una carga ritual, no desconociéndose rotundamente la compra de materiales, desde donde se presenta como un indicio claro de que adquirió y abonó el material.

Ofrece prueba informativa a la AFIP en esta instancia.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, indica que el perito consignó que se le anexaron ampliaciones en su estructura original.

Se refiere a la prueba testimonial rendida en la causa y concluye en que se ha acreditado que su parte ha contribuido económicamente para el mejoramiento patrimonial del bien adquirido, aún cuando se considere que no ha efectuado aportes para la adquisición.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 282 y vta.

2. Ahora bien, toda sentencia debe exponer las razones de hecho y derecho en las que se funda la decisión; explicar los motivos, el por qué se resuelve como se lo hizo; una argumentación correcta es necesaria, porque las partes del juicio tienen un especial interés en conocer las razones, pues sólo en base a decisiones razonadas ellas pueden estimar si la apelación es posible, plausible o, incluso, necesaria.

Pero así como esto es exigible al juez, del mismo modo lo es con relación a las partes: estos mismos razonamientos son trasladables a la expresión de agravios, la que en modo alguno puede consistir en una mera discrepancia con la decisión adoptada o criticar extremos que en nada inciden en el fundamento de la decisión.

Así se ha indicado, en criterio que comparto, que: “la parte debe seleccionar del discurso aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Efectuada la labor de comprensión, le cabe demostrar cual es el punto del desarrollo argumental que muestra un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica –dando las bases del distinto punto de vista- que lleva al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica”.

Y, como se puede advertir de la síntesis de los agravios planteados en cotejo con las razones expuestas por la magistrada, la 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.

3. En efecto, tal como lo hace la magistrada, corresponde reiterar en esta instancia que los bienes que se incorporan durante la vigencia del concubinato, no pasan a formar -como en el matrimonio- una sociedad.

En el contexto del Código Civil, no se concibió la conformación de una sociedad conyugal irregular limitada a los bienes de los concubinos; el matrimonio y la unión de hecho no están colocadas en un plano de igualdad; de allí que entre los integrantes de la pareja, no pueda crearse una sociedad universal, semejante a una sociedad conyugal.

Es que la preceptiva que regula la liquidación de la sociedad conyugal, reposa sobre principios de orden público, concernientes al régimen de bienes —de comunidad de ganancias— del matrimonio, el cual responde a la integración que, también en lo patrimonial, la ley pretende que exista entre los cónyuges. De allí, que resulte inaplicable al concubinato por tratarse de un instituto distinto, que carece de una regulación específica en cuanto al régimen de bienes.

Nótese que siquiera en el Código Civil y Comercial (arts. 509 a 528, por lo demás, no aplicables al caso), se atribuyen tales efectos a las uniones convivenciales: En el orden patrimonial, los bienes adquiridos por cada uno de los convivientes le pertenecen, salvo que se haya suscripto un pacto de convivencia en el que, justamente, uno de los aspectos pasible de regulación, es la previsión acerca del modo de dividir "los bienes obtenidos por el esfuerzo común" en caso de ruptura (art. 514 inc. c).

4. Desde esta premisa, y aún cuando la existencia de concubinato no impide que entre los integrantes de la pareja pueda conformarse una sociedad de hecho, esto debe acreditarse, conforme a los parámetros establecidos en el pronunciamiento.

Y así, para que quede configurada la sociedad de hecho entre los concubinos se exige que ambos hayan realizado esfuerzos y efectuado aportes con el objetivo de obtener utilidades y participar ambos en las ganancias y pérdidas que se originen.

Justamente, el razonamiento de la magistrada es realizado en esta línea y, en rigor, no ha sido objeto de crítica.

Véase, además, que no se ha controvertido la conclusión central, cual es que el inmueble fue adquirido por el demandado, con el dinero obtenido por vía sucesoria, conforme los argumentos que se exponen en el considerando II (hojas 256 vta. y 257).

Esto resta entidad al aporte efectuado para inferir la existencia de la sociedad de hecho: Es que, "…si se trata de dinero o bienes, deben tener un valor que sea relevante en relación con el capital que se intenta dividir o que haya contribuido significativamente a la ampliación o modificación del giro económico de un fondo de comercio, de un inmueble, explotación agropecuaria, etcétera.

Así la jurisprudencia resolvió que: "Las mejoras realizadas por uno de los concubinos en un bien perteneciente exclusivamente al otro, si bien pueden dar lugar a una acción de reintegro, basada en el enriquecimiento sin causa, en principio, no constituyen aportes a una sociedad de hecho"…" (cfr. Iñigo, Delia B. "Algunas cuestiones patrimoniales de las uniones de hecho", infoleg Cita online 0029/000258).

En rigor, la queja se endereza en esta última dirección, a poco que se advierta que concretamente, en esta oportunidad, tiende a que se reconozca la contribución a las mejoras efectuadas en el inmueble.

5. Ahora bien, descartada la existencia de una sociedad de hecho nacida durante el concubinato, puede acontecer que no obstante ello, exista una comunidad de intereses: tal como lo ha expuesto Kemelmajer de Carlucci, la vida en común entre dos personas puede generar intereses comunes de orden patrimonial (cfr. "El concubinato heterosexual y la sociedad irregular", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, "Sociedades", 2.003 – 2).

Y desde esta perspectiva, podría reclamarse bajo la figura del enriquecimiento sin causa de uno de los integrantes que integran esa "comunidad de intereses".

Pero lo cierto es que no sólo no ha sido así planteado en origen, sino que los requisitos para su procedencia tampoco se encuentran reunidos en el caso.

Fundamentalmente aquí y tal como lo sostiene la magistrada, no hay elementos de prueba que determinen el alcance de los aportes que se dicen haber efectuado (en rigor, siquiera está acreditada su existencia ante el desconocimiento de la documental), y, tampoco, la efectiva realización de las mejoras en el periodo que duró la convivencia.

La crítica a la valoración de la prueba pericial –a la que me he referido precedentemente- es ciertamente insuficiente para desvirtuar las conclusiones de la sentenciante.

Es que la sola referencia a que el perito determinó que "al inmueble en cuestión, se le han anexado ampliaciones en su estructura original", nada agrega, ni controvierte a la premisa de decisión, en tanto no se consigna ninguna referencia a la fecha de realización. La única antigüedad consignada por el experto es la siguiente: 25 años para la vivienda principal y 7 años para la construcción efectuada en la parte delantera.

En definitiva: Los agravios formulados son insuficientes para revertir los términos del pronunciamiento y, por otra parte, ni la formulación de los términos de la pretensión, ni la insuficiencia probatoria, pueden ser purgadas en esta instancia.

En mérito a ello, entiendo que el recurso no puede prosperar, debiéndose confirmar la sentencia de grado en todas sus partes, 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.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 254/263vta. en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"ANSORENA LEANDRO C/ MUNICIPALIDAD DE RINCON DE LOS SAUCES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1006/2009) – Sentencia: 163/17 – Fecha: 03/08/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE. RUTA PROVINCIAL. CONSERVACION Y MANTENIMIENTO DE RUTAS. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVINCIAL. MUNICIPALIDAD. FALTA DE LEGITMACION PASIVA.

Cabe confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda contra un municipio, al hacer lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por aquél, toda vez que el hecho se produjo en una ruta provincial y tal como lo dispone la ley N° 69 la Dirección Provincial de Vialidad es un ente autárquico con personería jurídica, y en ese entendimiento la demanda debió ser dirigida contra dicha persona jurídica, pues la conservación y mantenimiento de la ruta, son atribuciones dependientes del dominio: por lo tanto quedan en el ámbito provincial y no municipal. La circunstancia de que la ruta atraviese tangencialmente el radio municipal en una zona no poblada, no modifica esta situación y, no hay elemento alguno que permita inferir la existencia de una concertación entre la DPV y el Municipio, por medio de la cual, el demandado asuma las tareas propias de aquél.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ANSORENA LEANDRO C/ MUNICIPALIDAD DE RINCON DE LOS SAUCES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (JRSCI1 EXP 1006/2009) 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 la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La actora apela la sentencia, por medio de la cual, el magistrado rechaza su demanda contra la Municipalidad de Rincón de los Sauces.

Para así hacerlo, hace lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por el municipio.

Fundamentalmente consigna: “el hecho se produjo en la ruta provincial N° 6 en dirección desde el lado de la ciudad de Catriel, Provincia de Río Negro hacia la ciudad de Rincón de los Sauces… He de fundamentar mi conclusión en lo dispuesto por los arts. 1°, 4 y 31 de la Ley 69 (Ley de creación de la Dirección Provincial de Vialidad).

En ellos textualmente se establece que el sistema vial Provincial se encuentra a cargo de la Dirección Provincial de Vialidad tal como fuera expuesto por demandada… Importa destacar que de la prueba producida a fs. 332/345 se agrega copia certificada del expediente N° 2707-007912/2000-00059/2005 donde consta los trabajos realizados por la Dirección de Vialidad respecto del cruce de las rutas provinciales N° 5 y 6°, lugar donde se produjo el hecho.

Por lo expuesto, y tal como fuera adelantado haré lugar la excepción de legitimación pasiva interpuesta por la demandada conforme lo expuesto precedentemente.

II.- Llegado a este punto, destaco que tal como lo dispone la ley N° 69 la Dirección Provincial de Vialidad es un ente autárquico con personería jurídica.

Y en ese entendimiento, considero que la demanda debió ser dirigida contra dicha persona jurídica y no contra la Municipalidad de Rincón de los Sauces…”

Ahora bien, al expresar agravios, el actor indica que el magistrado no ha tenido en cuenta que la excepción se encuentra dada por las calles de jurisdicción urbana, que dependen del municipio.

Entiende que tal formulación es abarcativa de la ruta que cruza la ciudad: Dice que el poder de policía lo tiene el municipio y que no fue delegado.

Dice que el lugar del accidente se encuentra en el ejido urbano y que allí tiene poder de policía el municipio, independientemente de que se trate de una ruta provincial.

Expone que el lugar no estaba iluminado a la fecha del accidente y que del informe obrante en hojas 331 surge que la obra se terminó el 25/08/2015 y que las luminarias y cordones protectores no estaban incluidos y fueron realizados sin autorización por el municipio.

De esto concluye que la demandada reconoce que tenía poder de policía.

Se refiere luego al alcance de este poder y la importancia en el ámbito municipal y dice que, a partir de ello, no hay forma de que se la exima de prestar el deber de seguridad.

Dice que la ausencia de luminaria en la rotonda tiene entidad suficiente para generar la responsabilidad del municipio, pues el individuo cuando transita por las calles del ejido urbano, debe tener la certeza de que su seguridad está garantizada.

Dice que en el sistema constitucional el poder de policía es local y no puede ser delegado al poder provincial, no obstante a que puede coadyuvar al control.

Los agravios son contestados en hojas 400/404.

2. Ahora bien, el Estado tiene, respecto de sus calles, rutas o caminos, una serie de deberes, en orden a la seguridad, a la preservación de las vidas y de los bienes materiales, que van desde garantizar el libre tránsito, como idea general, hasta efectuar las reparaciones necesarias y el debido mantenimiento.

Para cumplir con tales deberes concretos debe controlar, vigilar, estar presente y, en su caso, señalizar debidamente las imperfecciones o los obstáculos para aquella libre circulación.

En base a ello, se ha condenado al Estado, imputándole omisión en el ejercicio del poder de policía, por actividad ilícita ante la falta de control e incumplimiento del deber de seguridad: Así se ha dicho que, la omisión de control de rutas, calles, veredas por parte del Estado Nacional, Provincial o Municipal, implica irregular ejercicio del poder de policía de control y en el riesgo o vicio de la cosa, siendo la responsabilidad en ese caso objetiva, con aplicación analógica del art. 1112 y 1113 del C.C. (cfr. Correa, José Luis, RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA FALTA DE SEÑALIZACIÓN DE BACHES O ROTURAS EXISTENTES EN LAS CALLES, Publicado en: DJ 07/10/2009, 2802 Cita Online: AR/DOC/3007/2009).

En este caso, justamente, se imputa responsabilidad al Estado por una incorrecta señalización de la existencia de la rotonda, puntualmente, se hace hincapié, en la falta de iluminación adecuada.

Ahora bien, en la línea que vengo desarrollando, la obligación de efectuar la señalización vial es un deber insoslayable en cabeza de quien tiene a su cuidado el mantenimiento y conservación del camino en condiciones de segura y confiable transitabilidad.

Es claro, entonces, que es decisivo determinar si el cuidado y mantenimiento de la ruta provincial Nº 6 (lugar del accidente en el que las partes están contestes) estaba en cabeza del municipio demandado.

Y pese a los esfuerzos argumentativos efectuados por el actor, entiendo que este extremo no concurre en el caso.

3. En efecto, el servicio público vial es la prestación a cargo del Estado ordenada a satisfacer el derecho al libre tránsito y garantizar la circulación de los habitantes por determinados espacios del territorio. Constituye una necesidad básica de alcance

general e interés público y se justifica por una razón de orden y seguridad.

Así, el servicio público vial comprende una actividad propia de la función administrativa y responde a la satisfacción de una necesidad primordial básica de los habitantes que el Estado debe satisfacer.

En este esquema, las vías de comunicación terrestres integran el dominio público del Estado; se trata de bienes públicos ya que su existencia o creación depende de un hecho humano, y luego es destinado por la autoridad —sea por ley, acto administrativo o simple hecho de la administración- al fin previsto.

Ahora bien, todas las actividades implicadas en el servicio público vial, son propias del Estado e inherentes a su calidad, derivada de la tutela que este ejerce respecto a las dependencias del dominio público.

En este contexto, el Estado es el encargado del cuidado y vigilancia de los caminos, actividad de policía sobre las dependencias del dominio público que se extiende a los que usan las cosas dominicales en su calidad de habitantes. (cfr. El servicio público vial del Estado, la concesión de obras públicas y la facultad de policía, Autor: Fornieles, Francisco J. - Begué, Brígida María N. Publicado en: LA LEY 23/03/2006, 1).

3.1. Pero una cosa es el ejercicio del poder de policía de seguridad y de tránsito y otra, puntualmente, la responsabilidad por los accidentes ocasionados por el deficiente estado o mantenimiento de las rutas, por ser derivación del deber de mantenimiento de la transitabilidad y conservación de los caminos.

En este contexto, la delimitación de atribuciones y competencias en punto al ejercicio del poder de policía del tránsito por parte de los municipios, cuando una ruta provincial atraviesa su éjido, es compleja: además, dentro de esta complejidad, producto de la forma federal de organización, se superponen conceptos relativos al dominio y jurisdicción y régimen de responsabilidades.

Como señala Barrera Buteler “tratándose de un camino nacional o provincial que atraviesa el radio de un municipio, cabe determinar si el dominio y la jurisdicción que ejercen respectivamente la Nación o la Provincia sobre el mismo, excluyen de manera absoluta o no la jurisdicción municipal.

…Sobre el particular nos enseña el citado autor que "no siempre hay coincidencia entre el titular del dominio y de la jurisdicción" y que mientras "el dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones"…

Por razones obvias, el principio de que el dominio nacional no excluye, como regla, la jurisdicción municipal, debe hacerse extensivo también a los casos en que el conflicto se plantea frente al dominio provincial sobre una obra o establecimiento…

Queda claro entonces que la ruta Nacional pertenece al dominio del Estado Nacional y la ruta provincial al de la provincia. Queda claro también que "es nacional la jurisdicción sobre los caminos que sirvan al tráfico interprovincial o internacional, y es local o provincial la jurisdicción sobre los caminos que sólo sirvan al tránsito interno", por lo que la jurisdicción exclusiva del municipio se restringe a las calles y vías de circulación urbanas.

Ahora bien, cuando una ruta nacional o provincial ingresa en parte de su recorrido al radio municipal y ésta cumple a la vez la función de calle o avenida de un centro poblado, aparecen cuestiones vinculadas principalmente con la seguridad pública, que constituyen innegablemente un interés público local que genera un poder concurrente de la autoridad municipal ya que, sin perjuicio del dominio y la jurisdicción nacional, o provincial según el caso, sobre la ruta, el municipio tiene poderes originarios para dar satisfacción a la necesidad pública local de preservar la seguridad.

La coexistencia de la legislación nacional, constituida principalmente por la ley 24.449, el decreto 209/92 (pesos y dimensiones máxima para los vehículos de circulación vial afectados al tráfico internacional en el marco del Mercosur), con la legislación provincial y con las ordenanzas que dicte cada municipio, requieren una cuidadosa compatibilización…”

Y agrega más adelante:

“Parece claro entonces que el municipio tiene atribuciones que le competen originariamente, para dictar normas reglamentarias del tránsito, las que serán aplicables aún sobre las rutas nacionales o provinciales que lo atraviesan, aunque con las siguientes condiciones:

…3. La competencia concurrente del municipio queda restringida a aquellas cuestiones que hacen estrictamente a garantizar la seguridad, salubridad y moralidad como interés público local y excluye, por ejemplo, todo lo referente a la conservación y mantenimiento de la ruta, ya que esas atribuciones si son anejas al dominio, que en estos casos no es municipal.

4. Indudablemente, el poder concurrente del municipio debe ser valorado y juzgado en cada caso concreto en base al criterio de razonabilidad, en cuanto a la existencia real de un genuino interés público local.

A todas luces se advierte que no es lo mismo el caso de una ruta que atraviesa tangencialmente el radio municipal en una zona no poblada y en la que no existen servicios permanentes ni hay cruces de ruta con calles, al caso de una ruta que divide en dos sectores a una ciudad o pueblo, a la cual el municipio le ha impuesto un nombre como avenida local, en la que obviamente hay cruces con calles locales y en la que se prestan servicios (alumbrado público, limpieza de banquinas, señalización, etc.).

En base a lo expuesto y siempre dentro de las condiciones señaladas, puede sostenerse que son de plena aplicación, independientemente del dominio nacional o provincial de la ruta, las ordenanzas que el municipio dicte en ejercicio del poder de policía, referidas a la circulación, reglas de velocidad, condiciones de seguridad y dimensiones de los vehículos y sus cargas sobresalientes, eliminación de obstáculos, etc. porque todas estas cuestiones hacen estrictamente a la seguridad en el tránsito…"

Y aclara: "Si bien es cierto que, en principio, todo lo que hace a la preservación y mantenimiento de la ruta se considera facultad inherente al dominio, lo que nos lleva a afirmar que las normas que al respecto dicte la Nación o la Provincia en su caso, son de estricta aplicación en los tramos de ruta que atraviesan territorio municipal, no parece que pueda sin más excluirse toda competencia municipal al respecto, dado que existe interés local en el cumplimiento de las disposiciones establecidas con el objeto de garantizar la seguridad pública.

En este sentido la doctrina aconseja sin excepciones solucionar el punto por vía de la concertación interjurisdiccional. Por vía de convenios entre el municipio, la Nación y/o la provincia, el primero puede tomar a su cargo las funciones de policía concurrentes…" (cfr. Barrera Buteler Guillermo E. "El poder de policía de tránsito sobre rutas nacionales y provinciales", LLC 1997-551,1997, el subrayado es propio).

4. Me he permitido efectuar la larga transcripción en cuanto entiendo que permite dar respuesta a este caso, en línea coincidente al razonamiento efectuado por el magistrado, que se presenta como correcto.

En efecto, traídos esos conceptos al presente, es claro que la ruta al ser provincial, corresponde al dominio público provincial.

El servicio público vial provincial es prestado por la DPV, ente autárquico, que como tal y conforme la normativa que rige su creación y funcionamiento, es el responsable del mantenimiento de las rutas de dominio provincial.

Como se ha dicho, la conservación y mantenimiento de la ruta, son atribuciones dependientes del dominio: por lo tanto quedan en el ámbito provincial y no municipal.

La circunstancia de que la ruta atraviese tangencialmente el radio municipal en una zona no poblada, no modifica esta situación y, no hay elemento alguno que permita inferir la existencia de una concertación entre la DPV y el Municipio, por medio de la cual, el demandado asuma las tareas propias de aquél.

En este último aspecto, debo señalar que lo informado por la DPV en hojas 331, en punto a que la iluminación fue realizada por el Municipio sin autorización de la Dirección, lejos de permitir inferir la existencia de una concertación en tal sentido, la excluye.

Por estas razones entiendo que la decisión adoptada por el magistrado es una derivación razonada del derecho vigente, en orden a las circunstancias de hecho, acreditadas en esta causa.

Propongo en consecuencia, se confirme el pronunciamiento de grado, en todo cuanto fuera motivo de agravios, con costas a cargo del recurrente en su condición de 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.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas 365/369 vta. en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO IRIGOYEN N° 55 - NEUQUEN C/ WESMONT S.A. S/ COBRO EJECUTIVO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I

Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 547439/2016) – Sentencia: 167/17 – Fecha: 03/08/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

COBRO DE EXPESAS. CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. JUICIO EJECUTIVO. JUICIOS ORDINARIO. CONEXIDAD. LITISPENDENCIA. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO.

1.- No es posible hablar de "identidad", toda vez que el elemento objetivo causal difiere sustancialmente en cada uno de los expedientes (en los presentes se pretende la ejecución de expensas, y en el otro, una condena al cumplimiento contractual y la nulidad de decisiones asamblearias).

2.- El principio general que rige la cuestión que nos ocupa es que en el juicio ejecutivo la litispendencia no puede fundarse en la existencia de un litigio tramitado por la vía ordinaria, aunque se trate de las mismas partes y de cuestiones vinculadas con los documentos que se ejecutan.

3.- Atento las características del proceso ejecutivo, no hay riesgos de sentencias contradictorias, en tanto en este proceso la sentencia que recaiga no hace cosa juzgada material, sino solamente formal. Si la decisión en el proceso de conocimiento terminara favoreciendo al ejecutado vencido, no cabe duda que podría luego repetir o efectuar los planteos que estime pertinentes.

4.- Es correcto el rechazo de la excepción de inhabilidad de título, pues la defensa no cuestiona la idoneidad jurídica del título base de la ejecución sino que discute la legitimidad de su causa, aspecto que no puede ser abordado en este proceso.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO IRIGOYEN N° 55 - NEUQUEN C/ WESMONT S.A. S/ COBRO EJECUTIVO" (JNQJE2 EXP 547439/2016) 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 demandada apeló la sentencia de grado en cuanto desestima las defensas de inhabilidad de título y litispendencia y manda llevar adelante la ejecución.

Su recurso, fundado en las hojas 368/382, fue contestado por la actora en las hojas 386/389.

Lo agravia el rechazo de la excepción de litispendencia, en el entendimiento que converge la triple identidad de sujeto, objeto y causa.

Señala que en este caso resulta evidente la vinculación entre las pretensiones de ambos procesos, cuando en "la presente ejecución la parte actora pretende el cobro de las expensas devengadas desde fines del año 2011 siendo que las mismas no resultan líquidas ni exigibles por cuanto su monto y estimación se encuentran impugnadas y cuestionadas en los autos "Westmont S.A. c/ Consorcio de Propietarios Edificio Irigoyen 55 - Neuquén s/ cumplimiento de contrato" (Expte 470367/12), a la vez que se encuentran formalmente impugnadas todas las liquidaciones de expensas habidas a partir de la mencionada fecha, con base en el ilícito, arbitrario e irracional accionar de la Administración Noacco, quien manu militari decidió convertir en letra muerta el Reglamento de Copropiedad del Consorcio como así también las decisiones válidamente adoptadas por asamblea de consorcistas legalmente constituidas".

Agrega que dado que el Tribunal no controvierte ni cuestiona la existencia de la triple identidad de objeto, causa y sujeto en los procesos denunciados, el rechazo de la excepción de litispendencia no puede ser interpretado sino como arbitrario, infundado y desajustado a los hechos y al derecho.

A su criterio, resulta incorrecto centrarse en el opinable terreno de la diferencia de fueros cuando resulta evidente la conexión entre los procesos que en cada uno de ellos tramita, bajo pena de incurrir en una sentencia arbitraria. Añade que el excesivo rigor formal puesto de manifiesto por el juez, no hace más que tornar ilusorio y menospreciar el legítimo derecho de defensa en juicio de Westmont.

Insiste que el error más importante que un órgano jurisdiccional pueda cometer, sería precisamente el de convalidar la posibilidad de que se dicten pronunciamientos contradictorios, con grave detrimento a la seguridad jurídica.

A continuación, denuncia que es arbitrario el rechazo de la excepción de inhabilidad de título, que no se valoró la prueba aportada y que hubo un error garrafal en la interpretación del Reglamento de Copropiedad.

Lo agravia que se mandara sin más, llevar adelante la ejecución, como si ninguna cuestión subyaciese con relación a las expensas o como si se tratase de un liso y llano caso de falta de pago de las mismas, omitiendo considerar que las expensas se encuentran impugnadas por vía judicial y que el proceso en cuestión se encuentra a la espera del dictado de la sentencia.

Concluye que la sentencia omite apoyarse en el principio de razonabilidad, por haber resuelto la controversia en forma desajustada al derecho.

Añade que frente a la improbable hipótesis de mantener la decisión cuestionada, existen sobrados motivos para modificar el fallo en este aspecto, e imponer las costas por su orden, en mérito de que la petición de su parte tiene respaldo legal y se encuentra fundada en proteger a la justicia frente a la posibilidad de un escándalo.

2.- Del resumen de los agravios puede observarse que el recurrente plantea indistintamente -y como si se tratara de situaciones equiparables-, la existencia de una triple identidad de sujeto, objeto y causa, y la existencia de conexidad entre ambos procesos.

A mi criterio, no es posible hablar de “identidad”, toda vez que el elemento objetivo causal difiere sustancialmente en cada uno de los expedientes (en los presentes se pretende la ejecución de expensas, y en el otro, una condena al cumplimiento contractual y la nulidad de decisiones asamblearias).

No obstante, y como bien se indica en el fallo de grado, es posible hallar una “litispendencia por conexidad”, en la cual –si bien no se presentan los caracteres de la “triple identidad”, de sujeto, objeto y causa- existe la posibilidad de que la sentencia a dictarse en uno de los procesos pueda producir efectos de cosa juzgada en el otro (cfr. Carlo Carli, La Demanda Civil, Buenos Aires, Lex, 1973, p. 189).

Esta última situación se da en aquellos casos en que, mediando una evidente conexidad, la decisión a dictarse en cada uno de ellos pudiera dar lugar a decisiones contradictorias con afectación del principio de la cosa juzgada, siendo posible esta solución a través del instituto de la acumulación a fin de ser decididas en forma conjunta, (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª,"Barthe, José M. v. Bachmann, Rodolfo A. y otra s/tercería de dominio", 6/4/2006).

Sin embargo, atento las características del proceso ejecutivo, coincido con la sentenciante, en punto a que no hay riesgos de sentencias contradictorias, en tanto en este proceso la sentencia que recaiga no hace cosa juzgada material, sino solamente formal. Si la decisión en el proceso de conocimiento terminara favoreciendo al ejecutado vencido, no cabe duda que podría luego repetir o efectuar los planteos que estime pertinentes.

Es que, “el principio general que rige la cuestión que nos ocupa es que en el juicio ejecutivo la litispendencia no puede fundarse en la existencia de un litigio tramitado por la vía ordinaria, aunque se trate de las mismas partes y de cuestiones vinculadas con los documentos que se ejecutan (cfr. esta sala en autos "El Roll, S. A. c. Werching, Erica A. y otros", del 18/10/70).

Tampoco resulta procedente la acumulación de expedientes tratándose de un juicio de conocimiento con otro de ejecución (cfr. Fassi, Santiago, "Código Procesal Civil y Comercial", t. I, p. 520). Por otra parte, puede apuntarse que la propia naturaleza del proceso de ejecución no admite la acumulación con otros de carácter ordinario, salvo supuestos excepcionales de rigurosa aplicación (consignaciones) circunstancia que no se verifica en el caso” (CNACom, SALA B, Giangiacomo, Juan c. Bernardoni, Héctor”, AR/JUR/2063/1985).

Siguiendo tal principio general, se ha sostenido que “La excepción de litispendencia no puede fundarse en un proceso ordinario o sumario iniciado por el deudor, con lo que el acreedor se vería eventualmente privado de la vía ejecutiva que le corresponde por el título de la obligación, máxime si en aquél se discute la legitimidad de la causa de ésta” (C. Nac. Civ., sala B, 17/3/1988 - Municip. de Buenos Aires v. Antonini, Schön, Zemborain S.R.L., JA 1988-IV, síntesis).

“Es improcedente la excepción de litispendencia opuesta en el juicio por ejecución de expensas toda vez que, el proceso invocado es seguido entre las partes bajo las normas del juicio ordinario y su acogimiento conllevaría la acumulación fundada en la

conexidad de sendos procesos, por lo que la misma resulta a todas luces improcedente. Es que en virtud de lo establecido por el art. 188, inc. 3° del Código de forma, la autorización de acumular dos o más procesos de conocimiento o dos o más procesos de ejecución, sujetos a distintos trámites, no admite la acumulación de un proceso de conocimiento a otro de ejecución, aspecto este que, en definitiva, sella la suerte el presente recurso" (CNACiv, SALA A, Consorcio de Prop. Tucumán 2360/2/6 c. Finversol S.A., 26/03/2003, AR/JUR/471/2003).

Por ende, aceptado que el principio general en esta materia es que el juicio ejecutivo no puede ser paralizado por el juicio ordinario, en la medida que se trata de distintos trámites y en tanto el juicio ejecutivo no produce cosa juzgada material, no se advierte la concurrencia de motivos de peso que justifiquen el apartamiento de esa regla, por lo que considero que debe confirmarse la decisión adoptada por la magistrada de grado.

En esta misma tesitura, la Sala II de esta Cámara, ha sostenido recientemente:

"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)."

"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" ("MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SUR VIVIENDAS SRL S/APREMIO", JNQJE3 EXP Nº 549064/2016).

Por otra parte, entiendo que es correcto el rechazo de la excepción de inhabilidad de título, pues la defensa no cuestiona la idoneidad jurídica del título base de la ejecución sino que discute la legitimidad de su causa, aspecto que no puede ser abordado en este proceso.

Las defensas esgrimidas mediante la excepción de inhabilidad de título son de tal entidad, que para su consideración se requiere un amplio debate e importaría entrar a considerar situaciones vinculadas con aspectos causales de la obligación instrumentada en el título.

Nótese que el ejecutado impugna la liquidación de expensas comunes efectuada por el administrador, en tanto considera que exceden el monto que le corresponde en virtud del porcentual asignado a sus unidades funcionales; para lo cual es necesario interpretar y determinar el alcance del Reglamento de Copropiedad y validez de las decisiones asamblearias.

Como se sabe, la abstracción del instrumento impide, por la naturaleza y finalidad de esta clase de procesos, el planteamiento de cuestiones fundadas en la relación básica que constituyó la causa de emisión de aquél.

Y en el caso, es claro que los planteos efectuados exceden el marco de conocimiento limitado de este tipo de juicios, lo cual violenta las directivas del art. 544, inc. 4, del Cód. Procesal, y la razón de ser del proceso que nos ocupa.

Por tales razones, propicio al Acuerdo rechazar la apelación, y confirmar el pronunciamiento de grado, con costas al recurrente en su calidad de vencido (art. 558 del CPCyC), por no encontrar mérito para apartarme del principio general en materia de costas. ASI 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 recuso de apelación deducido por el ejecutado y confirmar la sentencia de grado, en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 558 del C.P.C. y C.).

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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"G. G. B. Y OTRO S/ HOMOLOGACION DE CONVENIO (FLIA.)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 81293/2017) – Interlocutoria: 249/17 – Fecha: 01/08/2017

DERECHO PROCESAL: Jurisdicción y competencia.

COMPETENCIA TERRITORIAL. PRORROGA. CONVENIO. PETICION DE HOMOLOGACION. MENORES. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. CENTRO DE VIDA. INMEDIATEZ CON EL ORGANO JURISDICCIONAL.

Debe ser confirmada la resolución del Juzgado de Familia de la ciudad de Neuquén que declina la competencia a favor del Juzgado que corresponda en la ciudad de Villa Manzano, Pcia. de Rio Negro, atento al domicilio efectivo de los niños de quienes efectuaron la petición de homologación del convenio. Ello, sin perjuicio del acuerdo de partes sobre la prórroga de la competencia territorial. En efecto, compartimos lo expuesto por la sentenciante en cuanto considera competente al tribunal con jurisdicción en el lugar donde residen los niños con su padre y donde éstos tienen su centro de vida. Ello por cuanto existen menores involucrados, debe primar su interés y debe prevalecer lo que resulte más conveniente para su protección. Consiguientemente, considerando la inmediatez del órgano jurisdiccional en relación con el interés superior de los niños y el lugar de su centro de vida, el recurso será desestimado.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “G. G. B. Y OTRO S/ HOMOLOGACIÓN DE CONVENIO (FLIA.)” (JNQFA4 EXP 81293/2017) 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. A fs. 8 la Sra. G.B.G. interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 7 que declina la competencia a favor del Juzgado que corresponda en la ciudad de Villa Manzano, Pcia. de Rio Negro, atento al domicilio efectivo de los niños de los peticionantes.

En su memorial de fs. 10/12 se agravia por entender que las reglas de competencia territorial dispuestas por el CCyC, parecieran no admitir prórroga de jurisdicción por acuerdo de partes a la luz de los principios que la informan y se enuncian en el art. 706 del mismo código.

Manifiesta que si bien es cierto que la residencia de los menores es la localidad de Villa Manzano, la razonabilidad de la declinación de la competencia fundada en el mejor interés de los niños no resiste análisis, ya que las partes no se encuentran litigando sino solicitando una homologación de convenio, vulnerando así los principios de facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables y de resolución pacifica de los conflictos.

Funda su petición en jurisprudencia que cita de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y en las Reglas de Brasilia.

Peticiona la revocación de la resolución ya que, según entiende, es la solución que más favorece al orden público comprometido.

Corrido el pertinente traslado, el mismo no fue contestado.

A fs. 24 el fiscal ratifica su dictamen de fs 6/7, sobre la competencia rionegrina.

A fs. 15 la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente adhiere al dictamen del Ministerio Fiscal.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas entendemos que el recurso no resulta procedente.

Ello, sin perjuicio del acuerdo de partes sobre la prórroga de la competencia territorial.

A partir de lo expresado, compartimos lo expuesto por la Sentenciante en cuanto considera competente al tribunal con jurisdicción en el lugar donde residen los niños con su padre y donde éstos tienen su centro de vida. Ello por cuanto existen menores involucrados, debe primar su interés y debe prevalecer lo que resulte mas conveniente para su protección.

Es necesario señalar que, sin perjuicio de la fundamentación de la sentencia, en el interés superior del niño, tal como lo sostuvo el Fiscal de Alzada a fs. 6 y fs. 24, la decisión debe ser confirmada, en consonancia con las reglas de competencia previstas en el Título VIII, Capítulo 3, artículo 716 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, por aplicación del cual se brinda apoyo legal a la solución adoptada por la jurisprudencia en materia de competencia del Juez del lugar donde el menor tenga su centro de vida.

Y al respecto hemos dicho en el Expte 68779/2015: "… la regla atributiva fórum personae hace referencia al lugar en donde los menores viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la inmediación, y se profundiza y refina en la noción de "centro de vida", que hace suyo el artículo 3°, inciso f de la ley 26.061 –de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes-, como una derivación concreta del mejor interés del niño y al que recurre la comunidad jurídica internacional, cuando los asuntos de competencia afectan a la niñez".

"[…] Con sentido similar en conflictos entre jueces de diferentes provincias, el alto tribunal ha entendido que, para resolver actuaciones cuyo objeto atañe a menores, se ha otorgado primacía al lugar donde éstos viven efectivamente ya que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los mismos" (Kemelmajer de Carlucci Aida, Herrera Marisa, Lloveras Nora, Tratado de Derecho de Familia, Tomo I, pág. 468, Rubinzal Culzoni, Santa Fé 2014).

A partir de lo expresado, considerando la inmediatez del órgano jurisdiccional en relación con el interés superior de los niños y el lugar de su centro de vida, el recurso será desestimado.

Por ello, corresponde la confirmación de la resolución de fs. 7 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Tribunal.

Por lo expuesto, esta SALA I

RESUELVE:

1. Confirmar la resolución de fs. 7 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.
2. Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Tribunal.
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

"BUSTOS GERARDO DAVID C/ BAS ALFREDO OSCAR DANIEL Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459145/2011) – Sentencia: 111/17 – Fecha: 09/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

CONTRATO DE TRABAJO. SUBCONTRATACION Y DELEGACION. EMPRESAS DE TELEFONIA. VENTA DE SERVICIOS TELEFONICOS. EXTENSION DE LA CONDENA. INCREMENTO INDEMNIZATORIO. FALTA DE PAGO DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO. LEY DE EMPLEO. DISIDENCIA. LIMITACION AL PAGO DE COSTAS. HONORARIOS. BASE REGULATORIA.

1.- Si dado los hechos comprobados en la causa, la situación debió ser enmarcada

jurídicamente en la intermediación del art. 29 de la LCT, pero siendo este supuesto más gravoso para la codemandada apelante, y toda vez que ninguna de las partes cuestionó el marco legal utilizado por el a quo para la extensión de la responsabilidad a la quejosa, cabe aplicar la manda del art. 30 de la LCT. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoria).

2.- Debe hacerse extensiva la condena hacia quien, como actividad normal y específica, se dedica a las comunicaciones, ya que la actividad de venta de servicios telefónicos se corresponde con la actividad normal y específica de Telefónica de Argentina S.A. En efecto: no puede entenderse la consecución de la finalidad empresarial de Telefónica de Argentina S.A., sino desarrolla la actividad de ofrecimiento y venta de los servicios que presta. No resulta razonable entender que la empresa agota su finalidad en la provisión de los servicios de telefonía y afines, sin dar a conocer los productos y promociones y concretar su venta a terceros. Es indudablemente parte de la actividad normal y específica del establecimiento. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoria).

3.- Respecto del agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 se encuentra comprendido en dicha solidaridad, en tanto es consecuencia del no pago en término de las indemnizaciones debidas al trabajador como consecuencia del despido. El mismo art. 30 de la LCT refiere a que la solidaridad del principal se extiende a las obligaciones emergentes de la extinción de la relación laboral. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoria).

4.- Igual sucede con las multas de los art. 8 y 15 de la ley 24.013. Siendo la solidaridad prevista en el art. 30 de la LCT, de naturaleza sancionatoria, las consecuencias del obrar indebido del empleador deben ser asumidas por el principal. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoria).

5.- Con relación a la limitación en el pago de las costas dispuesta por el art. 750 del Código Civil y Comercial, en derecho del trabajo se cuenta con una norma específica, cuál es el art. 277 de la LCT, último párrafo. [...] Dado el reciente cambio de criterio de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, la que ha habilitado la introducción de la limitación del art. 277 de la LCT en el ámbito provincial (autos “Cardellino C/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia”, Acuerdo n° 23/2016), en su caso, ella resulta de aplicación en autos. No obstante lo dicho, y en seguimiento del precedente citado, no es esta la oportunidad para realizar el planteo en tanto la limitación refiere solamente a la responsabilidad en el pago de las costas, pero no influye sobre las regulaciones de los estipendios profesionales, la que debe respetar la legislación arancelaria vigente. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI).

6.- El art. 20 de la ley 1.594, modificado por ley 2.933, establece que la base regulatoria está constituida por el capital más intereses, y que ella será el monto de la demanda, el de la reconvención o el de condena, conforme el que resulte mayor. Asimismo esta Sala II tiene dicho que cuando se toma el monto de la demanda, o de la reconvención, los intereses a considerar corren desde la fecha de interposición de la demanda. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI).

7.- Adhiero al voto de mi colega de Sala, excepto en lo referente a su propuesta de confirmar lo decidido en la sentencia de grado respecto a extensión de la responsabilidad de Telefónica

Argentina S.A., en forma solidaria y en los términos del art. 30 de la LCT consecuentemente por la extensión de responsabilidad de las multas previstas en los arts. 2 de la ley 25323 y arts. 8 y 15 de la ley 24.013. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, en minoría).

8.- Respecto a la solidaridad derivada del art. 30 de la LCT, en reiterados pronunciamientos (el más reciente, “Paschetta” (Expte. N° 419895/10, del 09/02/2017, entre tantos otros), sostuve que: “Las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros, ajenos en principio a la relación sustancial, requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Esta exigencia de un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma –o de su interpretación- que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla consagrada por los artículos 1195 y 1713 del Cód. Civil y 56 de la Ley 19550, vinculados, en este aspecto, con la intangibilidad del patrimonio establecido por el artículo 17 de la Constitución Nacional (CSJN, DT-1993-A-753) (OBS del Sumario: P.S. 1996 –I- 155/156, Sala II) en JUBA7-NQN-401). (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, en minoría).

9.- […] no encuentro elementos de prueba en la causa, ni del contrato social (…) que permitan deducir una unidad de ejecución entre las demandadas para arribar a la solidaridad laboral pretendida. Si bien los testigos, M. (…), K. (…), Á. (…), V. V. (…), dan cuenta que el actor a través de Telbas ofrecía la venta de telefonía móvil, Internet, Cámara 24 y telefonía fija, queda claro a mi juicio entonces que estamos en presencia de dos empresas vinculadas por contratos complementarios, Telefónica, proveyendo el servicio de telefonía y comercializando tal servicio a través de contratistas, que en este caso resultan ser Telbas sin que pueda hablarse de ninguna manera de una unidad técnica de ejecución. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 9 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BUSTOS GERARDO DAVID C/ BAS ALFREDO OSCAR DANIEL Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, (JNQLA1 EXP Nº 459145/2011), 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 actora y la codemandada Telefónica de Argentina S.A. interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 316/321, que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

El perito contador apela sus honorarios, cuestionando la base regulatoria.

A) El perito apelante dice que la sentencia de autos acoge parcialmente la demanda promovida por el actor y regula los estipendios profesionales tomando como base el capital de condena con más sus intereses.

Critica la decisión del a quo por cuanto no ha considerado, para la regulación de sus honorarios, el capital y los intereses devengados del monto por el cual se rechaza la demanda.

Cita jurisprudencia.

B) La codemandada recurrente se agravia por la extensión de responsabilidad, en forma solidaria, a su parte.

Dice que la extensión de responsabilidad en los términos del art. 30 de la LCT es de interpretación restrictiva, con cita de

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De ello se sigue, a criterio de la apelante, que no se puedan dar por cumplidos los recaudos del art. 30 de la LCT por meros indicios.

Sigue diciendo que el a quo ha entendido que las actividades de telefonía móvil y sistema de cámaras con seguimiento de internet (CAM 24) son actividades normales y específicas de Telefónica, cuando de la prueba informativa agregada a fs. 122 surge claramente que esos servicios no son prestados por la empresa referida.

Entiende que se encuentra probado que las actividades de telefonía móvil y sistema de cámaras con seguimiento de internet no hacen al objeto ni a la actividad principal y específica propia de la codemandada Telefónica.

Se agravia por la extensión de responsabilidad por el pago de la multa del art. 2 de la ley 25.323.

Sostiene que esa parte jamás fue empleadora del actor y, por dicha razón, nunca pudo obligarlo a iniciar acciones judiciales para percibir las indemnizaciones estipuladas para el despido incausado.

Agrega que el actor, en momento alguno, intimó a su parte el pago de las indemnizaciones derivadas del despido ni la multa concreta.

También se agravia por la extensión de responsabilidad respecto del pago de las multas de los arts. 8 y 15 de la ley 24.013.

Señala que el fallo de grado omite indicar las razones por las cuales se la hace solidariamente responsable del pago de estas multas. Precisa que, en todo caso, la responsabilidad solidaria sólo debe circunscribirse a las indemnizaciones y no a las multas.

Afirma que mal puede obligarse a Telefónica a registrar una relación laboral de la cual no es parte, no siendo lógico que se la sancione por una conducta imposible de cumplir.

Pone de manifiesto que el actor no ha cumplido con el plazo mínimo exigido por el art. 3 inc. 2 del decreto n° 2.725/1991, el que es de treinta días.

Apela los honorarios regulados en la sentencia de grado por altos, con invocación del art. 730 del Código Civil y Comercial.

Deja planteado el caso federal.

C) El recurso de apelación de la parte actora fue tenido por no presentado (fs. 344 y 358/vta.).

D) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la codemandada Telefónica a fs. 345/351.

Denuncia que el memorial de agravios no reúne los requisitos mínimos previstos en el art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios vertidos.

Dice que la prueba testimonial ha sido contundente a efectos de acreditar la responsabilidad de la recurrente, toda vez que los testigos han referido que el actor les vendía productos de Telefónica de Argentina S.A., empresa ésta que luego les cobraba a los mismos testigos por los servicios brindados. Destaca que estos testimonios no han sido cuestionados por la apelante.

Sigue diciendo que ninguno de los demandados desconoció oportunamente la prueba documental acompañada con la demanda, adquiriendo relevancia el intercambio de mails obrante a fs. 14/34, habido entre el actor y las partes demandadas, especialmente con la empresa Telefónica de Argentina S.A., del cual surge los vínculos contractuales y la subordinación laboral del demandante en relación con Telefónica.

Agrega que los mails prueban que la empresa Telefónica daba instrucciones precisas al actor sobre como debía vender sus productos y sus costos; instrucciones que fueron dadas por la señora Angela Elisa Aquino, empleada de Telefónica, conforme se ha probado mediante el diligenciamiento del exhorto agregado por cuerda. Entiende que ello acredita que existe una clara unidad técnica de ejecución amparada por el art. 30 de la LCT. Insiste en que los mails quedaron reconocidos por los demandados, por lo que no era necesario producir prueba para acreditar su autenticidad.

Señala que existen pruebas, desde al menos el año 2005, de relaciones contractuales y jurídicas de los demandados entre sí. Considera que estos hechos, reconocidos por los demandados, deben ser tenidos en cuenta.

Detalla el resultado de la prueba pericial contable.

Precisa que la apelante fue intimada a que acompañara la documentación requerida por la parte actora y solamente agregó el contrato social de la empresa. Pide la aplicación de la presunción prevista en los arts. 52 de la LCT y 38 de la ley 921.

En lo que refiere a las multas dice que el actor intimó a todos los demandados.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

E) Los demandados Bas y Cozinsky no contestan el traslado de la expresión de agravios de la codemandada Telefónica de Argentina S.A., y ninguno de los litigantes contesta el traslado de la expresión de agravios del perito contador.

II.- La expresión de agravios de la codemandada apelante, en algunos aspectos en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto se focaliza sobre los aspectos del fallo de grado con los que no acuerda y explica por qué. Consecuentemente no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- He de comenzar el análisis de los recursos de autos por la queja de la codemandada Telefónica de Argentina S.A.

La recurrente se agravia, en primer lugar, porque se la haya hecho responsable solidariamente frente al actor en los términos del art. 30 de la LCT.

Sobre este punto entiendo que no le asiste razón.

En realidad, y dado los hechos comprobados en la causa, la situación debió ser enmarcada jurídicamente en la intermediación del art. 29 de la LCT, pero siendo este supuesto más gravoso para la codemandada apelante, y toda vez que ninguna de las partes cuestionó el marco legal utilizado por el a quo para la extensión de la responsabilidad a la quejosa, me he de atener, entonces, a la manda del art. 30 de la LCT.

Los presupuestos de aplicación de la norma del art. 30 de la LCT son: a) cesión parcial o total del establecimiento, que no es el supuesto de autos; b) contratación o subcontratación de trabajos o servicios que hagan a la actividad normal y específica de la empresa; c) incumplimiento o cumplimiento deficiente de la obligación de control que imponen los párrafos primero y tercero de la norma.

La recurrente entiende que la tarea desarrollada por el actor –venta de servicios telefónicos- no hace a la actividad normal y específica de la codemandada Telefónica de Argentina S.A.

Ciertamente este es el aspecto que más dificultades ha generado en torno a la aplicación del art. 30 de la LCT.

Señala Pablo Candal (“Ley de Contrato de Trabajo Comentada” dirig. por Antonio Vázquez Vialard, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. I, pág. 361) que la disposición del art. 30 de la LCT comprende aquellas actividades que, si bien no hacen per se al fin de la explotación, ésta no puede llevarse a cabo sin ellas, ya sea por razones técnicas, o de carácter legal.

Carlos Etala (“La actividad normal y específica de la empresa principal, la contratación de servicios complementarios y la solidaridad del art. 30 de la LCT” en LL diario del 11/4/2011) dice que en cuanto la norma del art. 30 de la LCT exige, para que proceda la responsabilidad solidaria del empresario principal, que las obras o servicios contratados correspondan a la actividad normal y específica propia del establecimiento, supone que existen otras actividades o servicios que no corresponden a esta actividad normal y específica. Y entiende que para diferenciar unos de otros se aplica el criterio de la supresión mental para verificar si la empresa o establecimiento puede, de todos modos –y aunque no fuera de una forma óptima-, cumplir con el objeto empresarial en que consiste su actividad normal y específica.

Bajo estos conceptos, no tengo dudas que la actividad de venta que realizaba el actor se corresponde con la actividad normal y específica de Telefónica de Argentina S.A.

Conforme lo sostiene Juan Carlos Fernández Madrid, por actividad normal y específica debe entenderse toda aquella que haga al cumplimiento de la finalidad de la empresa y que puede ser relativa tanto al núcleo del giro empresario como a los trabajos que coadyuvan al cumplimiento del objetivo correspondiente, pues la empresa es un todo y no puede ser fraccionada en partes a efectos de establecer la posible existencia de responsabilidad solidaria (cfr. aut. cit., “Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada”, Ed. La Ley, 2009, T. I, pág. 602).

Tal como lo adelanté, no puede entenderse la consecución de la finalidad empresarial de Telefónica de Argentina S.A., sino desarrolla la actividad de ofrecimiento y venta de los servicios que presta. No resulta razonable entender que la empresa agota su finalidad en la provisión de los servicios de telefonía y afines, sin dar a conocer los productos y promociones y concretar su venta a terceros. Es indudablemente parte de la actividad normal y específica del establecimiento.

El estatuto social de Telefónica de Argentina S.A. describe el objeto de la sociedad como “la prestación, por cuenta propia o de terceros, o asociada con terceros, de servicios públicos de telecomunicaciones, excepto radiodifusión…l a sociedad podrá comercializar equipamiento, infraestructura y bienes relacionados a las telecomunicaciones…como así también prestar toda clase de servicios…” (fs. 206).

Luego, los testigos afirman: el actor “vino a ofrecerme productos de Telefónica… Se que Bustos trabajaba para la empresa Telbas porque me ofreció el producto de lo que es Telefónica de Negocios… Después fui una vez solo porque no tenían sonido las cámaras y me fui ahí a Telbas y me atendió el supervisor y después me mandaron gente de Telefónica para resolver el tema” (acta de fs. 127/129); “Bustos… se presentó en mi local de telefonía celular… ofreciéndome telefonía móvil que él vendía, de Telbas… que consistía en internet, CAM 24 y telefonía fija… tengo alguna documentación donde dice que Telbas es agente oficial de Telefónica… Bustos fue 2 veces en mi local; una para ofrecerme el producto y otra para cerrar la operación, luego ya me comuniqué telefónicamente con él” (acta de fs. 187/vta.); “Cuando lo conocí a Bustos él estaba trabajando vendiendo el servicio de internet, el servicio que me vendió a mi fue internet, cámara de monitoreo y teléfono fijo. Esos servicios eran de Telefónica… Tenía una campera que decía Telefónica Negocios… Yo los servicios que contraté los pagué a Telefónica… la instalación me la hizo gente que tenía la vestimenta, ropa de Telefónica…los precios me los informó la persona que me los vendió, Bustos” (acta de fs. 233/234 vta.).

Como vemos, la prueba rendida en autos ha acreditado que tipo de tareas desarrollaba el actor, como así también el nexo inescindible que ellas tuvieron con la actividad de la empresa demandada.

La jurisprudencia ha sostenido que "cuando la actividad del agente no se limita a la venta de aparatos sino que comprende, en forma primordial, la venta de conexiones al servicio que presta…no se configura la diferenciación entre la conexión al servicio y el servicio en sí, por lo que ambas empresas demandadas responden solidariamente en los términos del art. 30 de la LCT" (CNAT, Sala I, "Burg c/ Miniphone S.A.", 28/4/2003, cit. por Fernández Madrid, Juan Carlos, op. cit., pág. 613).

También se ha dicho, "la empresa aseguradora codemandada debe responder solidariamente en los términos del art. 30 de la LCT por las obligaciones derivadas del despido de quién lleva a cabo tareas de telemarketing, en tanto la venta de productos y servicios brindados por aquella constituyen una actividad inescindible de aquella que formalmente integra sus objetivos pues dentro del conjunto de actividades comerciales que esto implica, se encuentra con carácter relevante, la promoción de los mismos y el consiguiente desarrollo de las tareas de venta a aquellos referida" (CNAT, Sala VII, "Ramírez c/ Alo Contact Center S.A.", 30/6/2016, LL AR/JUR/49091/2016); y que "la condena solidaria en los términos del art. 30 de la LCT impuesta a una empresa de telecomunicaciones debe confirmarse, toda vez que las tareas de venta de líneas desarrollada por el trabajador resultan inescindibles y coadyuvantes de su objeto principal" (CNAT, Sala VII, "Villagra c/ Total Cell S.A.", 22/3/2016, LL 2016-D, pág. 13).

De ello se sigue que la sentencia de grado se ajusta a derecho y a las constancias de la causa en cuanto condena a la apelante en los términos del art. 30 de la LCT.

IV.- Subsidiariamente la empresa Telefónica de Argentina S.A. se agravia por la extensión de la condena solidaria, pretendiendo la exclusión de las multas previstas en los arts. 2 de la ley 25.323 y 8 y 15 de la ley 24.013.

El art. 30 de la LCT impone al contratista la exigencia de controlar el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Y en su segundo párrafo especifica o concreta estas obligaciones determinando que se debe requerir de los subcontratistas el número de CUIL del personal que se desempeñe bajo relación de dependencia y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pagos mensuales al sistema de seguridad social y la cobertura por riesgos del trabajo.

El legislador ha impuesto concretas obligaciones de control en cabeza del principal sobre la conducta del contratista o subcontratista respecto del cumplimiento, para con el personal de este último, de las normas laborales y de la seguridad social, sancionando la omisión del control con la solidaridad pasiva frente al trabajador.

Respecto del agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 entiendo que se encuentra comprendido en dicha solidaridad, en tanto es consecuencia del no pago en término de las indemnizaciones debidas al trabajador como consecuencia del despido. El mismo art. 30 de la LCT refiere a que la solidaridad del principal se extiende a las obligaciones emergentes de la extinción de la relación laboral.

Por otra parte, y si bien es cierto que la relación laboral no se encontró registrada, el trabajador puso en conocimiento de Telefónica de Argentina su reclamo (fs. 3) como así también la situación de despido indirecto en que se colocó (fs. 12), comunicaciones postales respecto de las cuales no medió desconocimiento expreso.

Igual sucede con las multas de los art. 8 y 15 de la ley 24.013. Siendo la solidaridad prevista en el art. 30 de la LCT, de naturaleza sancionatoria, las consecuencias del obrar indebido del empleador deben ser asumidas por el principal.

Estela Ferreirós afirma que la LCT, en su art. 30 y como en muchos otros supuestos, traslada "las consecuencias de un hecho que causa un daño, a un sujeto cuya conducta no necesariamente es reprochable, ya que lo que se pretende es enjugar un daño que tal vez no ha sido injustamente causado, pero ha sido injustamente sufrido. Allí es donde entran las causas de atribución objetiva. En este escenario, parece lógico concluir que el principal no se libera por el ocultamiento o engaño del contratista, como por ejemplo en el caso de que mantenga empleados en negro, porque no se requiere reproche en la conducta del corresponsable.

"Para ahondar en el tema, no se necesita una interpretación especial del texto normativo, éste se refiere a la solidaridad como sanción y ella obra, en el caso, así.

"No hay reproche; no se busca que el principal sea culpable o que haya desarrollado una conducta dolosa; él está por imperio legal, garantizando un crédito, por ser partícipe interesado de la situación creada. No empece lo dicho que la CSJ haya recordado las graves consecuencias que derivan de la extensión de responsabilidad patrimonial a terceros ajenos, ya que en el caso, no estamos frente a terceros ajenos, sino a empresas vinculadas, cuyo accionar está reglado legislativamente y cuyo incumplimiento conlleva una sanción expresa: la solidaridad pasiva con fundamento garantista" (cit. por Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. I, pág. 1.059).

En lo concerniente al plazo del art. 11 de la ley 24.013, reglamentado por decreto n° 2.425/1991 en orden a que se trata de días corridos, la queja del apelante no puede prosperar.

Cuando el trabajador intima la registración de la relación laboral lo hace “por el término legal”, debiendo entenderse que se trata del previsto en el ya citado art. 11 de la ley 24.013. Ahora bien, es cierto que el despido indirecto es comunicado por el actor con antelación al vencimiento de ese plazo legal, pero la causa del despido no es la falta de cumplimiento del deber de registrar la relación laboral, sino la conducta desleal de la empleadora que negó la existencia de esa relación laboral, y que constituye injuria suficiente para tener por extinguido el vínculo de trabajo. De ello se sigue que ninguna gravitación tiene, en el sub lite, el cumplimiento o incumplimiento del término antedicho.

La sentencia de grado se confirma, entonces, en lo que a la extensión de la solidaridad pasiva refiere.

V.- Con relación a la limitación en el pago de las costas dispuesta por el art. 750 del Código Civil y Comercial, en derecho del trabajo se cuenta con una norma específica, cuál es el art. 277 de la LCT, último párrafo.

Si bien el apelante no cita esta última norma, de todos modos el tenor de la misma es similar a la de la codificación civil y comercial, por lo que la invocación incorrecta de la norma legal no es óbice para tratar el tema.

Dado el reciente cambio de criterio de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, la que ha habilitado la introducción de la limitación del art. 277 de la LCT en el ámbito provincial (autos “Cardellino C/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia””, Acuerdo n° 23/2016), en su caso, ella resulta de aplicación en autos. No obstante lo dicho, y en seguimiento del precedente citado, no es esta la oportunidad para realizar el planteo en tanto la limitación refiere solamente a la responsabilidad en el pago de las costas, pero no influye sobre las regulaciones de los estipendios profesionales, la que debe respetar la legislación arancelaria vigente.

VI.- Resta por analizar el cuestionamiento de la base regulatoria considerada por el a quo, formulado por el perito contador.

El art. 20 de la ley 1.594, modificado por ley 2.933, establece que la base regulatoria está constituida por el capital más intereses, y que ella será el monto de la demanda, el de la reconvención o el de condena, conforme el que resulte mayor.

Asimismo esta Sala II tiene dicho que cuando se toma el monto de la demanda, o de la reconvención, los intereses a considerar corren desde la fecha de interposición de la demanda.

Comparando el monto reclamado en la demanda con el capital de condena, incluidos los respectivos intereses al 30 de junio de 2016 –fecha de la sentencia de grado-, el primero asciende a la suma de $ 180.794,87. Si realizamos similar cálculo para el monto de condena con más sus intereses a la misma época, es cierto que éste es inferior, pero no debe olvidarse que en este último supuesto los intereses se liquidan hasta el momento del efectivo pago, a diferencia de los intereses que se computan sobre el monto de la demanda que corren hasta el momento de la sentencia, pues se trata de un capital que nunca ha de ser pagado. De lo dicho se sigue que, en estos casos donde la demanda progresa parcialmente por diferencias mínimas en relación al capital reclamado, corresponde estar al capital de condena con más sus intereses, para la fijación de los honorarios.

VII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la codemandada Telefónica de Argentina S.A. y la queja arancelaria del perito contador, confirmando el resolutorio apelado en lo que ha sido motivo de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la codemandada apelante perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los letrados intervinientes ante la Alzada Dres. ... y ... –en doble carácter por la actora- en el 6,3% de la base regulatoria en conjunto; de los Dres. ... y ... –patrocinantes de la codemandada apelante- en el 2,94% de la base regulatoria en conjunto, y del Dr. ... –apoderado de esta última parte- en el 1,18% de la base regulatoria, de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO dijo:

I.- Adhiero al voto de mi colega de Sala, excepto en lo referente a su propuesta de confirmar lo decidido en la sentencia de grado respecto a extensión de la responsabilidad de Telefónica Argentina S.A., en forma solidaria y en los términos del art. 30 de la LCT consecuentemente por la extensión de responsabilidad de las multas previstas en los arts. 2 de la ley 25323 y arts. 8 y 15 de la ley 24.013.

Respecto a la solidaridad derivada del art. 30 de la LCT, en reiterados pronunciamientos (el más reciente, “Paschetta” (Expte. N° 419895/10, del 09/02/2017, entre tantos otros), sostuve que:

“Las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros, ajenos en principio a la relación sustancial, requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Esta exigencia de un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma –o de su interpretación- que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla consagrada por los artículos 1195 y 1713 del Cód. Civil y 56 de la Ley 19550, vinculados, en este aspecto, con la intangibilidad del patrimonio establecido por el artículo 17 de la Constitución Nacional (CSJN, DT-1993-A-753) (OBS del Sumario: P.S. 1996 –I- 155/156, Sala II) en JUBA7-NQN-401).

En el mismo sentido que: El artículo 30 de la LCT, no se refiere al objeto social ni a la capacidad societaria sino a la actividad real propia del establecimiento y para que nazca la solidaridad es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión al artículo 6 de dicho Cuerpo Legal (OBS del Sumario: P.S. 1996-I-155/156, Sala II) en JUBA7-NQN-402.-

Asimismo, en la causa "García Rubén" (Expte. N° 283763/02, del 08/02/2005, dije:"…tanto la parte actora al deducir la demanda como en la sentencia atacada, se fundan en la disposición legal antes citada, esto es, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y es en ese marco normativo donde debe juzgarse la solución del caso traído a debate".

"En tales lineamientos, considero que no existe de los elementos arrimados a estos autos que la actividad normal y específica de Telefónica sea la comercialización de locutorios, sino que su actividad se centra en la producción del servicio de telefonía."

Aplicando estos lineamentos al caso de autos, no encuentro elementos de prueba en la causa, ni del contrato social (constancias obrantes a fs. 205/209) que permitan deducir una unidad de ejecución entre las demandadas para arribar a la solidaridad laboral pretendida.

Si bien los testigos, Marinelli (fs. 127/129), Kilapi (fs. 185 y vta.), Álvarez (fs. 187 y vta,), Venegas Vellosos (fs. 188 y vta.), dan cuenta que el actor a través de Telbas ofrecía la venta de telefonía móvil, Internet, Cámara 24 y telefonía fija, queda claro a mi juicio entonces que estamos en presencia de dos empresas vinculadas por contratos complementarios, Telefónica, proveyendo el servicio de telefonía y comercializando tal servicio a través de contratistas, que en este caso resultan ser Telbas sin que pueda hablarse de ninguna manera de una unidad técnica de ejecución.

II.- Consecuentemente y en atención a que la condena a la apelante de las multas previstas en los arts. 2 de la ley 25323 y art. 8 y 15 de la ley 24.013, derivó de la solidaridad declarada, atento mi opinión negativa precedentemente señalada, corresponde su revocación, dejando los respectivos importes, sin efecto respecto a la apelante Telefónica Argentina S.A.

III.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo se revoque la sentencia apelada en lo que se refiere a la condena a Telefónica S.A. de la solidaridad prevista en el art. 30 LCT y respecto de las multas impuestas y previstas en los arts. 3 de la ley 25.323 y 8 y 15 de la ley 24.013, rechazándose la acción a su respecto. Costas de ambas instancias al actor, atento su calidad de vencido (art. 17 de la ley 921). Por aplicación de lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, corresponde dejar sin efecto los honorarios fijados a los letrados de la codemandada Telefónica Argentina S.A, estableciéndolos en el 16% de la base regulatoria para ... y ... y en el 6,4% para la apoderada Dra. ..., manteniéndose las restantes regulaciones. En cuanto a los honorarios de Alzada, considero que corresponde fijar en el 1,89% para el Dr. ... y para los Dres. ... y ... en el 4,41% en conjunto. Asimismo, para los Dres. ... y ...en el 4,12% en conjunto (conf. art. 15 de la ley 1594).

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Patricia CLERICI, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II, POR MAYORIA

Resuelve:

I.- Rechazar el recurso de apelación de la codemandada Telefónica de Argentina S.A. y la queja arancelaria del perito contador, confirmando el resolutorio apelado en lo que ha sido motivo de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada la codemandada apelante perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes ante la Alzada Dres. ... y ... –en doble carácter por la actora- en el 6,3% de la base regulatoria en conjunto; de los Dres. ... y ... –patrocinantes de la codemandada apelante- en el 2,94% de la base regulatoria en conjunto, y del Dr. ... –apoderado de esta última parte- en el 1,18% de la base regulatoria, de acuerdo 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 - Dr. FERNANDO GHISINI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"SOSA FERNANDEZ MARCOS DIEGO 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.: 466694/2012) – Sentencia: 114/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. LEY VIGENTE. LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO. INDEMNIZACION. TOPE LEGAL. INCONSTITUCIONALIDAD DEL TOPE. CONFISCATORIEDAD. TASA DE INTERES. FECHA DE LA MORA. HONORARIOS DEL ABOGADO. LIMITES AL PAGO DE COSTAS. DIFERIMIENTO. HONORARIOS DEL PERITO.

1.- […] habiéndose producido el accidente de trabajo y su primera manifestación invalidante el día 22 de diciembre de 2008, 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.

2.- Si bien en cuanto a la aplicación temporal del decreto n° 1.694/2009 asiste razón a la ART demandada, ya que de acuerdo con el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al que ya me he referido –In re: Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial" (sentencia de fecha 7 de junio de 2016)-, en materia de accidentes de trabajo rige la ley vigente al momento del hecho dañoso, de ello no se sigue que corresponda aplicar en autos el referido tope legal. Al fallar la causa "Almendra c/ Galeno ART S.A." (expte. n°412.853/2012, P.S. 2016-VI, n° 198) sostuve: "Cabe recordar que la Corte Suprema en autos "Ascua C/ SOMISA" (sentencia del 10/8/2010, Fallos 333:1.361) señaló que la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima, por lo que si el tope legal se aleja abiertamente de esa finalidad, no puede ser aplicado. Agrega el fallo que vengo citando que esa misma razón –compensación adecuada de la pérdida de capacidad de ganancia-, torna inaplicable el criterio sentado en el precedente "Vizzotti" (reducción en un 33%) al supuesto de los accidente del trabajo y enfermedades laborales. "Trasladando estos conceptos al caso de autos, se advierte que reducir la indemnización que corresponde a la trabajadora en más de un 51% por aplicación del tope legal, es una circunstancia demostrativa que la vigencia del límite máximo legal impide que la ley 24.557 cumpla con su finalidad, cuál es la reparación adecuada del daño producido por los riesgos del trabajo. […] Igual criterio he seguido en autos "Llanos c/ Liberty S.A." (expte. n° 459.664/2011, P.S. 2016-VI, n° 167).

3.- Si comparamos la indemnización que corresponde sea percibida por el trabajador con el tope legal advertimos que de aplicarse este último, el crédito del actor se vería reducido en poco menos que el 53%, detracción que resulta confiscatoria a la luz de los conceptos precedentemente desarrollados. Por ende, he de declarar inconstitucional la aplicación del tope legal -$ 49.050,00-, conforme decreto n° 1.278/2000, al caso de autos, debiendo estarse al resultado de la fórmula del art. 14 de la LRT -$ 104.892,98-. Sentado lo anterior debe deducirse

de la indemnización lo abonado por la demandada en sede administrativa, que asciende a $ 47.000,00 –pago reconocido por la parte actora-, por lo que la demanda progresa por la suma de $ 57.892,98.

4.- Dado que no existe ya en autos capital actualizado por índice RIPTE, debe adecuarse la tasa de interés fijada en la sentencia de grado, determinándola en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

5.- En cuanto a la fecha de la mora, cabe recordar que el Tribunal Superior de Justicia ha sentado criterio hace ya tiempo, en orden a que, en materia de riesgos del trabajo, la mora de la aseguradora se produce el día de la primera manifestación invalidante de la enfermedad o del accidente (autos “Mansur c/ Consolidar ART S.A.”, Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), por lo que lo actuado por el juez de grado resulta ajustado a la doctrina citada.

6.- A partir del fallo dictado in re “Cardellino c/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia” (Acuerdo n° 23/2016 del registro de la Secretaría Civil), el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia ha habilitado la aplicación de la limitación contenida en la ley 24.432 en materia de costas al ámbito laboral. Si bien la doctrina del Tribunal Superior de Justicia refiere a materia regida por la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que debería analizarse si la misma es extensiva a la materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de todos modos el pronunciamiento del a quo sobre el punto resulta prematuro en atención a la etapa procesal en la que nos encontramos. […] Consecuentemente ha de dejarse sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432, difiriendo la aplicación de la limitación proporcional prevista en el art. 4 de la ley 1.594 –conforme ley 2.933- para el momento del pago de los honorarios de los profesionales intervinientes y posterior a la liquidación a practicarse (art. 51, ley 921).

7.- El juez de grado ha regulado los honorarios de los letrados 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 16% de la base regulatoria para el letrado patrocinante y al 6,4% de la misma base para la apoderada.

8.- En cuanto a los honorarios de los letrados de la parte demandada, teniendo en cuenta la modificación practicada a los emolumentos de los abogados de su contraria, deben ser reducidos al 5,6% de la base regulatoria para el Dr. ..., 2,24% de la base regulatoria para el Dr. ... y 7,84% de la base regulatoria para el Dr. ....

9.- 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.

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SOSA FERNANDEZ MARCOS DIEGO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557”, (JNQLA4 EXP Nº 466694/2012), 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 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. 421/440 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La parte demandada se agravia por la aplicación en autos de la ley 26.773, a la que califica de retroactiva; y agrega que ello importa también una violación al principio de congruencia.

Cita fallos de tribunales nacionales y el precedente “Espósito” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Subsidiariamente se agravia por la aplicación del índice RIPTE al resultado de la fórmula legal, cuando esta actualización solamente rige para las sumas fijas.

Formula queja por la aplicación del decreto n° 1.694/2009, norma que no estaba vigente al momento del hecho dañoso, reclamando que el caso se resuelva en base a los términos del decreto n° 1.278/2000.

Critica lo que entiende como doble actualización, al computares intereses sobre un monto ya actualizado por índice RIPTE.

Cuestiona la aplicación de intereses, señalando que de su parte no hubo mora.

Cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432.

Solicita que una vez que se deje sin efecto la sentencia de grado, se impongan las costas a la contraria.

Apela por altos los honorarios regulados a todos los profesionales intervinientes en la causa.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora se agravia por el cálculo de la indemnización en base a la diferencia entre los porcentajes de incapacidad fijados por la comisión médica y por el perito judicial.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 471/472, y lo mismo hace la demandada a fs. 474/475 vta.

II.- Entiendo que la expresión de agravios de la parte actora constituye una crítica razonada y concreta del punto del fallo de grado que cuestiona, toda vez que se indica cuál es el tema que motiva el agravio, y además se explica en qué se funda la queja, con citas legales y de jurisprudencia.

Por ende, no corresponde declarar la deserción de este recurso.

III.- Del análisis de las constancias de la causa, llega firme a esta instancia que el actor sufrió un accidente de trabajo el día 22 de diciembre de 2008, siendo la incapacidad determinada en sede judicial mayor a la fijada por la comisión médica ° 9.

Cabe señalar que de acuerdo con el criterio sustentado por esta Sala II, en diferente integración, la mayor incapacidad producto únicamente de una distinta valoración de los factores de ponderación no puede ser considerada como tal, en tanto la disminución de la capacidad laborativa física o psíquica sea igual, tanto en sede administrativa como judicial (cfr. autos “Zúñiga c/ Prevención ART S.A.”, expte. n° 415.002/2010, P.S. 2016-V, n° 163). Esto es lo que sucede en autos, pero lo cierto es que este extremo, como se señaló, fue consentido por la parte demandada, por lo que queda fuera del ámbito de conocimiento de la Cámara de Apelaciones.

La queja de la accionada recurrente se centra en la ley aplicable al caso de autos.

Conforme la posición asumida por esta Cámara de Apelaciones a partir del dictado del precedente “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencia de fecha 7 de junio de 2016), asiste razón al recurrente respecto del marco legal en el cual cabe encuadrar el sub lite.

Respeto los argumentos dados por el a quo para apartarse del precedente citado, aunque no los comparto totalmente, pero insisto en que los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultan obligatorios para los tribunales inferiores.

Cabe recordar aquí lo dicho por el citado tribunal en autos “Quadrum S.A. c/ Ciccone Calcográfica S.A.” (sentencia del 6/7/2004, Fallos 327:2.842): “Los tribunales inferiores no pueden apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en los mismos, pues dicha doctrina tiene un valor moral intrínseco que no puede ser despreciado por los jueces, quienes tienen la obligación de tratar y, en su caso, conformar sus decisiones a las del citado tribunal, atendiendo a su carácter de intérprete final de la Constitución y las leyes” (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

A ello agrego que recientemente el Tribunal Superior de Justicia provincial 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).

Consecuentemente, y si bien 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; 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, -y ahora del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia-, el que obliga al acatamiento por parte de los tribunales inferiores –conforme ya se señaló-.

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 22 de diciembre de 2008, 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.

IV.- Con carácter previo a liquidar el nuevo capital de condena, he de expedirme respecto del agravio formulado por la parte actora.

Tal como lo vengo sosteniendo desde la causa "Farfán c/ Galeno ART S.A." (expte. n° 419.297/2010, P.S. 2014-VIII, n° 207), la incapacidad laborativa que se repara es una sola, provocada por un único accidente de trabajo, por lo que no corresponde resarcir en sede judicial solamente la diferencia entre el porcentaje de incapacidad fijado en sede administrativa y el determinado en sede judicial, aún cuando el primero haya sido indemnizado oportunamente por la aseguradora. En este último supuesto, el proceder correcto es liquidar la indemnización de acuerdo con el mayor porcentaje de incapacidad, y restar de aquella la suma abonada en sede administrativa, la que debe ser entendida como pago a cuenta.

Partiendo de la liquidación realizada por el juez de grado de conformidad con la LRT, cuyos elementos no han sido cuestionados en autos, con excepción del grado de incapacidad, se arriba a un resultado de $ 104.892,98 ($ 2.566,36 x 53 x 2,83 x 27,25%). Si comparamos esta suma con el tope legal vigente a la fecha del siniestro, de acuerdo con el decreto n° 1.278/2000, se advierte que aquella excede dicho tope que es de $ 49.050,00.

La parte demandada pretende la aplicación del tope legal, en tanto a la fecha del accidente aún no se había dictado el decreto n° 1.694/2009.

Si bien en cuanto a la aplicación temporal del decreto n° 1.694/2009 asiste razón a la ART demandada, ya que de acuerdo con el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al que ya me he referido, en materia de accidentes de trabajo rige la ley vigente al momento del hecho dañoso, de ello no se sigue que corresponda aplicar en autos el referido tope legal.

Al fallar la causa "Almendra c/ Galeno ART S.A." (expte. n°412.853/2012, P.S. 2016-VI, n° 198) sostuve: "Cabe recordar que la Corte Suprema en autos "Ascua C/ SOMISA" (sentencia del 10/8/2010, Fallos 333:1.361) señaló que la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima, por lo que si el tope legal se aleja abiertamente de esa finalidad, no puede ser aplicado. Agrega el fallo que vengo citando que esa misma razón –compensación adecuada de la pérdida de capacidad de ganancia-, torna inaplicable el criterio sentado en el precedente "Vizzotti" (reducción en un 33%) al supuesto de los accidente del trabajo y enfermedades laborales.

"Trasladando estos conceptos al caso de autos, se advierte que reducir la indemnización que corresponde a la trabajadora en más de un 51% por aplicación del tope legal, es una circunstancia demostrativa que la vigencia del límite máximo legal impide que la ley 24.557 cumpla con su finalidad, cuál es la reparación adecuada del daño producido por los riesgos del trabajo.

"En definitiva la aplicación del tope legal previsto en el art. 14 de la ley 24.557 (conforme decreto n° 1.278/2000), en el caso concreto, resulta confiscatorio por pulverizar el crédito de la trabajadora. De ello se sigue que he de declarar inconstitucional el tope referido, correspondiéndole a la actora una prestación dineraria de $ 74.576,67".

Igual criterio he seguido en autos "Llanos c/ Liberty S.A." (expte. n° 459.664/2011, P.S. 2016-VI, n° 167).

En sendos precedentes, no obstante adherir al criterio de la Corte Federal plasmado en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial", determiné la inconstitucionalidad del tope del decreto n° 1.278/2000 por confiscatorio en el caso concreto.

Y esta es la solución a otorgar al supuesto bajo análisis. Si comparamos la indemnización que corresponde sea percibida por el trabajador con el tope legal advertimos que de aplicarse este último, el crédito del actor se vería reducido en poco menos que el 53%, detracción que resulta confiscatoria a la luz de los conceptos precedentemente desarrollados. Por ende, he de declarar inconstitucional la aplicación del tope legal, conforme decreto n° 1.278/2000, al caso de autos, debiendo estarse al resultado de la fórmula del art. 14 de la LRT.

Sentado lo anterior debe deducirse de la indemnización lo abonado por la demandada en sede administrativa, que asciende a $ 47.000,00 –pago reconocido por la parte actora-, por lo que la demanda progresa por la suma de $ 57.892,98.

V.- Dado que no existe ya en autos capital actualizado por índice RIPTE, debe adecuarse la tasa de interés fijada en la sentencia de grado, determinándola en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

VI.- En atención a la inexistencia de capital actualizado por índice RIPTE deviene abstracto el tratamiento de la queja de la demandada referida a la doble actualización.

En cuanto a la fecha de la mora, cabe recordar que el Tribunal Superior de Justicia ha sentado criterio hace ya tiempo, en orden a que, en materia de riesgos del trabajo, la mora de la aseguradora se produce el día de la primera manifestación invalidante de la enfermedad o del accidente (autos “Mansur c/ Consolidar ART S.A.”, Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), por lo que lo actuado por el juez de grado resulta ajustado a la doctrina citada.

VII.- La demandada también se agravia por la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432.

A partir del fallo dictado in re “Cardellino c/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia” (Acuerdo n° 23/2016 del registro de la Secretaría Civil), el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia ha habilitado la aplicación de la limitación contenida en la ley 24.432 en materia de costas al ámbito laboral.

Si bien la doctrina del Tribunal Superior de Justicia refiere a materia regida por la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que debería analizarse si la misma es extensiva a la materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de todos modos el pronunciamiento del a quo sobre el punto resulta prematuro en atención a la etapa procesal en la que nos encontramos.

Ello así porque, tal como lo sostiene el Tribunal Superior de Justicia en el precedente señalado, en tanto la limitación refiere solamente a la responsabilidad en el pago de las costas, no influye sobre la regulación de los estipendios de los profesionales, la que debe respetar la legislación arancelaria vigente; ni tampoco influye sobre la distribución de las costas procesales, la que ha de seguir el principio objetivo de la derrota.

Consecuentemente ha de dejarse sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432, difiriendo la aplicación de la limitación proporcional prevista en el art. 4 de la ley 1.594 –conforme ley 2.933- para el momento del pago de los honorarios de los profesionales intervinientes y posterior a la liquidación a practicarse (art. 51, ley 921).

VIII.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

El juez de grado ha regulado los honorarios de los letrados 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 16% de la base regulatoria para el letrado patrocinante y al 6,4% de la misma base para la apoderada.

En cuanto a los honorarios de los letrados de la parte demandada, teniendo en cuenta la modificación practicada a los emolumentos de los abogados de su contraria, deben ser reducidos al 5,6% de la base regulatoria para el Dr. ..., 2,24% de la base regulatoria para el Dr. ... y 7,84% de la base regulatoria para el Dr. ....

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.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y, parcialmente, a la queja de la demandada.

En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio de grado, 1) incrementando el capital de condena, el que se establece en la suma de $ 57.892,98; 2) fijando la tasa de interés en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago; 3) dejando sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432, difiriendo la aplicación de la limitación proporcional prevista en el art. 4 de la ley 1.594 –conforme ley 2.933- para el momento del pago de los honorarios de los profesionales intervinientes y posterior a la liquidación a practicarse (art. 51, ley 921); y 4) reduciendo los honorarios regulados a los Dres. ..., ..., ..., ... y ..., y a los peritos, médica ... y psicóloga ..., los que se establecen en los porcentajes señalados en el

Considerando respectivo, 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 y el cambio de criterio del tribunal, como consecuencia de fallos novedosos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia, se imponen en el orden causado (arts. 71 y 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados intervinientes ante la Alzada, en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, para los Dres. ... y ...; y en el 30% de la suma que se fije para la totalidad de los abogados de la parte demandada por igual concepto y por la labor en primera instancia, para el Dr. ..., todo de conformidad con lo dispuesto en 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 del siguiente modo: 1) incrementando el capital de condena, el que se establece en la suma de $ 57.892,98; 2) fijando la tasa de interés en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago; 3) dejando sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.432, difiriendo la aplicación de la limitación proporcional prevista en el art. 4 de la ley 1.594 –conforme ley 2.933- para el momento del pago de los honorarios de los profesionales intervinientes y posterior a la liquidación a practicarse (art. 51, ley 921); y 4) reduciendo los honorarios regulados a los Dres. ..., ..., ..., ... y ..., y a los peritos, médica ... y psicóloga ..., los que se establecen en los porcentajes señalados en el Considerando respectivo, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (arts. 71 y 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes ante la Alzada, en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, para los Dres. ... y ...; y en el 30% de la suma que se fije para la totalidad de los abogados de la parte demandada por igual concepto y por la labor en primera instancia, para el Dr. ..., todo de conformidad con lo dispuesto en 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 M. Clerici - Dr. Marcelo J. Medori

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"A. M. A. S/ GUARDA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 67223/2014) – Interlocutoria: 211/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO DE FAMILIA: Guarda.

ACTUACION DEL MINISTERIO PÚBLICO. OMISION DE LA PARTICIPACION. ACTUACION COMPLEMENTARIA. NULIDAD RELATIVA. GUARDA. OTORGAMIENTO DE LA GUARDA A UN PARIENTE. CIRCUNSTANCIAS DE OTORGAMIENTO.

1.- No corresponde hacer lugar a la nulidad pretendida por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente contra la resolución que rechaza la guarda de la niña, que dedujo por la circunstancia de habersele omitido dar en el trámite la participación prevista en el art. 103 del Código Civil y Comercial. En efecto, el mismo art. 103 del Código Civil y Comercial señala, en

su inciso a), que cuando la intervención del Ministerio Público es complementaria, la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. En autos, la intervención que debió tener la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en el proceso era complementaria, conforme lo reconoce el mismo Ministerio Público. Por lo tanto, dada la necesidad de otorgar una respuesta eficaz y adecuada a la niña, y teniendo en cuenta el tiempo excesivo transcurrido desde que se inició el presente trámite, entiendo que sería más perjudicial para los intereses de M. nulificar la sentencia de grado –único acto respecto del cual se solicita la sanción de nulidad-, y devolver las actuaciones a la instancia de grado para el dictado de un nuevo resolutorio, que abordar la apelación planteada por el peticionante y resolver en definitiva.

2.- Cabe señalar que esta negativa a relacionarse con su mamá fue ratificada por la niña –de 9 años de edad al momento de la entrevista- ante los jueces que integramos esta Sala II, en presencia de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, habiendo rechazado toda posibilidad de encontrarse con su progenitora (ni siquiera como visitas esporádicas). Esta situación es la que tenemos en este momento en que se debe dictar sentencia, y ella indica que el interés superior de M. requiere que se le brinde la protección que la niña reclama y la estabilidad junto a su actual grupo familiar. Es por ello que debe otorgarse la guarda pretendida por el peticionante, con el objeto de garantizar a M. y su grupo familiar seguridad jurídica y una herramienta para que la niña pueda desarrollar normalmente sus actividades cotidianas, concurrir a la escuela, atender a su salud y cuanto es habitual para niñas de su edad.

3.- Jurídicamente la situación de autos se enmarca en el art. 657 del Código Civil y Comercial, entendiendo que se encuentran reunidos los recaudos que la norma establece. Así, tenemos un supuesto de especial gravedad, dado la muerte del padre a manos de la madre y las consecuencias que este hecho ha producido y produce en la niña, y la existencia de un pariente –tío paterno- que ha asumido el cuidado de M. Asimismo, y dado lo manifestado por M. en la audiencia celebrada ante este tribunal y lo aconsejado por su psicóloga tratante, considero que no resulta conveniente para la niña relacionarse, por el momento, con su mamá, debiendo suspenderse todo trámite de revinculación materno-filial a la espera que M. se encuentre en condiciones psíquicas de afrontar dicha revinculación, y sin perjuicio que esta cuestión sea abordada en su tratamiento terapéutico con el objeto de posibilitar en el futuro la concreción de un régimen de comunicación con la progenitora.

Texto completo:

NEUQUEN, 13 de junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “A. M. A. S/ GUARDA”, (JNQFA4 EXP Nº 67223/2014), 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 Dr. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora planteó recurso de apelación contra la sentencia de fs. 78/79 vta., que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) El recurrente se agravia, en primer lugar. Por lo que considera un apego irrazonable al principio de congruencia.

Dice que la a quo rechaza la demanda por cuanto al promoverse el pedido de guarda se manifestó que la progenitora estaba de

acuerdo con el trámite y hoy, luego de tres años, esa situación no es así.

Entiende que la jueza de grado no ha advertido que lo que pretende su parte es la guarda de la menor, con o sin asentimiento de la madre, soslayando el bienestar de la niña y otorgándole prioridad al acuerdo de la madre.

Considera que la jueza de grado debió flexibilizar el principio de congruencia y aún, apartarse del mismo, para priorizar el interés superior de la niña, quién convive con el actor y su familia desde hace tres años de modo satisfactorio, a la luz de los distintos informes agregados a la causa.

Señala violaciones a la ley 26.061 en las que incurre el fallo apelado.

También formula agravio porque en la primera instancia se ha omitido escuchar a la menor.

Denuncia que existe un apartamiento de la disposición del art. 657 del Código Civil y Comercial, norma que no exige, a efectos de otorgar la guarda a un pariente, el consentimiento de la progenitora, sino evaluar la situación de gravedad para la niña.

Recuerda que M. presenció el momento en que madre matara a su padre, y desde esa oportunidad no ha vuelto a tener contacto con la progenitora, salvo en alguna ocasión; que la niña ha estado concurriendo a terapia para sobreponerse a lo vivido, circunstancias éstas que, a criterio del apelante, no fueron consideradas en la sentencia de primera instancia. Cita jurisprudencia.

Señala que la a quo tampoco ha analizado la totalidad de la prueba, la que fue efectuada en el ámbito del gabinete interdisciplinario, desinteresándose, además, del informe arrimado al expediente por la psicóloga tratante de M., por el solo hecho de no estar ofrecido como prueba.

Sigue diciendo que de las pruebas surge la necesidad de proteger a la menor y la suficiencia del actor para hacerlo.

Reseña lo dicho por la psicóloga tratante en sus informes.

b) La madre de la niña contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 86/89.

Dice que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Señala que con el progenitor de la niña ha vivido situaciones de violencia física y psicológica extremas, y que en uno de esos momentos terminó con su vida, quedando detenida en la Unida Penal n° 5 de la ciudad de Cipolletti, con condena de prisión, encontrándose desde el mes de agosto de 2014 en libertad condicional, en tanto que el cumplimiento de la pena se agota en agosto de 2017.

Dice que cuando el actor queda al cuidado de M. fue en el momento de su detención, en una situación extrema, ya que no tenía otro familiar que pudiera asumir dicho cuidado.

Agrega que ahora, encontrándose en libertad condicional puede asumir el cuidado de su hija, lo que fue manifestado en reiteradas oportunidades al actor.

Entiende que la pretensión del actor no se condice con las medidas excepcionales previstas en el art. 39 de la ley 26.061, ya que ha cambiado la situación de la madre, quién se encuentra en condiciones de criar a su hija y cuenta con el espacio adecuado para vivir con ella.

Reitera que la niña no tenía otra opción en su momento que vivir con su tío y su familia, y destaca que fueron víctimas de violencia familiar por parte del padre de la menor, lo que desencadenó la muerte de aquél.

Afirma que la jueza de grado ha tenido en cuenta el interés superior de M. y que el supuesto de especial gravedad había cesado.

Sostiene que en el momento en que se desencadenó la tragedia es lógico que su hija necesitara de ayuda psicológica y que un informe de esa materia iba a referir vivencias de ese momento, comprendiendo que es claro que su hija tuvo que pasar por un período difícil, pero ello no obsta a que hoy pueda sumir su cuidado y que M. se vincule con su familia extensa.

c) A fs. 100/105 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Advierte que la jueza de grado ha prescindido de ordenar la oportuna intervención de ese Ministerio Público, habiéndose producido un cúmulo de actos procesales –entre ellos la resolución en crisis- sin la intervención complementaria que prevé el art. 103 del Código Civil y Comercial.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de esta Cámara de Apelaciones; doctrina y las reglas de Brasilia.

Dice que necesariamente debe ponderarse adecuadamente en el caso de autos que beneficios y/o perjuicios trae aparejado el pedido de nulidad de todo lo actuado.

A tal fin realiza una síntesis de lo actuado en autos, concluyendo en que resulta innegable que ante el fallecimiento de su padre y la privación de libertad de la progenitora de la niña, el encuadre elegido por la actora resultaba adecuado, pues se encuentra comprendido dentro de la normativa del art. 657 del Código Civil y Comercial, por revestir un supuesto de especial gravedad que requiere definir la situación de la niña mediante una institución que faculte al tío a adoptar decisiones relativas a la vida cotidiana de M.

Entiende que resulta imprescindible atender a la evaluación psicológica de M. obrante a fs. 68/71, la que señala que presenta un desarrollo acorde a su edad cronológica, desde el punto de vista emocional, conductual y cognitivo; situación posibilitada por los aspectos protectores, y sólidos vínculos familiares establecidos desde 2014, que le han brindado estabilidad, organización, pautas claras y mantenidas, educación, y vinculación con otros familiares. Concluye la profesional actuante en que la niña ha internalizado a esta familia con roles y funciones específicas, avalados y reconocidos por ella misma.

Destaca del informe psicológico que la posible restitución a la madre constituye un importante estresor, produciendo un elevado monto de angustia, temor a que se la lleven por la fuerza y limitación de sus actividades fuera del hogar.

Señala que M. ha manifestado a su psicóloga que no quiere ir a vivir con su mamá.

Transcribe parte del informe que refiere al vínculo materno con la niña.

Afirma que las conclusiones profesionales resultan determinantes, ya que ellas describen que el vínculo materno-filial se quebró traumáticamente en el momento del homicidio; y advierten sobre las dificultades maternas para registrar las necesidades de su hija.

Cuestiona la fundamentación de la decisión de la a quo, sosteniendo que lo que se ha modificado es el ordenamiento jurídico a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial, hecho que escapa a la voluntad del peticionante, quién debió, a pedido de la magistrada de grado readecuar su presentación en los términos del art. 657 del Código Civil y Comercial, ello pese a que las circunstancias determinantes, tanto al inicio, como con posterioridad a cumplir el requerimiento judicial, siempre han sido las mismas.

Insiste en que nunca se ha escuchado a la niña, y que se ha omitido toda consideración al interés superior de la niña; a la vez que se ha omitido también la intervención de esa Defensoría.

Se explaya respecto del interés superior del niño.

Destaca que la niña de autos está siendo cuidada y criada por sus tíos, quienes forman parte de su familia extensa, por lo que al permanecer con ello se cumple también otro de los principios fundamentales que es que los niños permanezcan dentro del grupo familiar.

Considera que la jueza de grado se desentiende de estos principios, manteniendo una situación de hecho, tornándola irregular, ya que la niña continúa viviendo con sus tíos, sin tener ésta ni los peticionantes una respuesta jurisdiccional acorde a su situación, colocándolos en un limbo de inseguridad jurídica, que les impide desarrollar una vida normal.

Solicita que se declare la nulidad de la resolución dictada en primera instancia, confirmando las actuaciones anteriores, y solicita que se cite a M. para ser escuchada en esta instancia.

d) A fs. 115 obra acta de la audiencia celebrada en esta Cámara de Apelaciones con el objeto de oír a la niña de autos, oportunidad en que la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente acompaña el informe de fs. 110/114, del que se corriera traslado a las partes, el que fue contestado solamente por la madre de la niña a fs. 119/vta.

II.- Primeramente advierto que los agravios formulados por el peticionante de la guarda reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Varias son las cuestiones que suscita el caso traído a conocimiento de la Alzada.

En primer lugar, asiste razón a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente respecto de que se omitió, en la instancia de grado, otorgarle la participación prevista en el art. 103 del Código Civil y Comercial, debiendo llamarse la atención al juzgado de origen sobre la necesidad de cumplir escrupulosamente la manda legal que determina la intervención necesaria del Ministerio Público en todos los procesos que involucran o afectan a personas menores de edad.

Sin embargo, de ello no se sigue la nulidad de la resolución recurrida.

En efecto, el mismo art. 103 del Código Civil y Comercial señala, en su inciso

a), que cuando la intervención del Ministerio Público es complementaria, la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

En autos, la intervención que debió tener la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en el proceso era complementaria, conforme lo reconoce el mismo Ministerio Público.

Ángeles Burundarena señala que la intervención del Ministerio Público es representativa, de orden legal, de carácter necesario, es de control en el ámbito judicial para el ejercicio de la responsabilidad parental, y en el caso de los supuestos contemplados en el inciso a) del art. 103, resulta complementaria a la actuación de los representantes legales individuales. Por tanto, continúa la autora citada, en el supuesto del inciso a) señalado, su representación es complementaria a la de los padres, tutores, guardadores o curadores (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 456).

Agrega la autora que vengo citando que la sanción de nulidad prevista por la ley ante la falta de intervención del Ministerio Público, sea en su actuación complementaria o principal, es de carácter relativo, porque puede ser confirmada: de haberse realizado actos

disvaliosos para los intereses del niño o niña, y habiéndoles causado perjuicio la omisión de intervención, corresponde declarar su nulidad, pero si los actos del proceso realizados sin su intervención han sido favorables para la prosecución de las actuaciones y para el interés de la persona menor de edad, ningún sentido tiene oponer la nulidad, porque no se deriva perjuicio alguno para aquella (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 457).

Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan también se pronuncian favorablemente por la atribución de carácter relativo a la nulidad que acarrea la omisión de intervención del Ministerio Público. Señalan estas autoras que el argumento del carácter relativo de la nulidad ha sido utilizado por un fallo dicado por la Cámara Civil y Comercial de Corrientes (autos "H., A.V.A. s/ medida cautelar", sentencia del 1/9/2015), que confirmó una medida de protección hacia una mujer anciana por la que se ordenó la exclusión de la vivienda de la nuera y sus hijos menores de edad, rechazando el planteo de nulidad realizado por el Ministerio Público ante la falta de intervención, atento la urgencia del caso y la provisionalidad de la medida (cfr. aut. cit., "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015, pág. 3).

En autos, dada la necesidad de otorgar una respuesta eficaz y adecuada a la niña, y teniendo en cuenta el tiempo excesivo transcurrido desde que se inició el presente trámite, entiendo que sería más perjudicial para los intereses de M. nulificar la sentencia de grado –único acto respecto del cual se solicita la sanción de nulidad-, y devolver las actuaciones a la instancia de grado para el dictado de un nuevo resolutorio, que abordar la apelación planteada por el peticionante y resolver en definitiva.

Tengo en cuenta para arribar a esta conclusión, además de los motivos invocados en el párrafo anterior, que en esta instancia se le ha dado la debida intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y que se ha escuchado a M.

Consecuentemente no se hace lugar al pedido de nulidad del fallo de primera instancia.

IV.- Luego, ingresando al análisis de los agravios de la parte peticionante de la guarda, adelanto opinión en orden a que el fallo de grado ha de ser revocado.

También en este aspecto asiste razón a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente respecto a que se imputa al apelante una especie de culpa por el cambio de legislación operado encontrándose en trámite el proceso, y a que no se puede considerar una modificación determinante de circunstancias la libertad condicional de la progenitora, en tanto la situación en base a la cual se formuló el pedido de guarda no ha variado.

El eje del análisis debe ser la situación de M., quién vivenció un hecho traumático que terminó con el fallecimiento de su papá, y la prisión de su mamá. Este hecho sucedió y no puede ser cambiado, y ninguna influencia tiene sobre él la libertad condicional de la madre de M. y su deseo de cuidar personalmente de su hija.

A partir de este suceso traumático la niña se encuentra viviendo con su tío paterno y la familia de éste, con quienes ha establecido estrechos lazos familiares, conforme fue expuesto por M. en la audiencia celebrada en esta Cámara de Apelaciones. Si bien M. sabe que sus tíos no son sus padres, ni las hijas de la tía sus hermanas, de todos modos se refiere a ellos como papás y hermanas, respectivamente, de modo voluntario y como consecuencia del afectoque les prodiga. Ello se evidenció también en la audiencia celebrada en esta instancia.

Esta contención que ha tenido M. por parte del grupo familiar de su tío paterno se corrobora con los informes periciales de autos.

El informe de la psicóloga tratante de M., de fecha 31 de octubre de 2014 (fs. 19/vta.) da cuenta de la rápida adaptación familiar e inclusión de la niña en las actividades cotidianas, características de apego positivo, contención emocional en los momentos difíciles y desarrollo de lazo afectivo tanto de los adultos como de las otras niñas.

El informe social de fs. 24/25 vta., realizado por profesional del equipo interdisciplinario, señala que M. recibe contención afectiva y material tanto de parte de su tío como de la pareja de éste, apareciendo el primero como un referente protector para la niña.

También el informe psicológico de fs. 41/43, realizado por profesional del equipo interdisciplinario, da cuenta de esta integración de la niña en el núcleo familiar de su tío y propicia la continuación del trámite de guarda, aunque señala algunos aspectos que son negativos (trasplante repentino de la niña de una familia a otra; no propiciar elementos ordenadores del psiquismo de M. al permitir el trato familiar de papás y hermanas al que ya me he referido), los que entiendo poco relevantes dado que no se condicen con la realidad que surge del expediente, ni con las reglas de la experiencia, teniendo en cuenta el hecho que da origen a la convivencia de M. con el grupo familiar de su tío.

Frente a ello, el informe de la psicóloga tratante de fs. 68/71, al que también hace referencia el dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y producido cuando ya se habían realizado encuentros de revinculación con la madre, con resultado negativo, sostiene: "Tanto la historia de dificultades en el apego como las situaciones de violencia vividas son indivisibles en el psiquismo de la niña. Algo del vínculo con su madre se quebró traumáticamente en el momento del homicidio, por lo cual se podría establecer como pauta de re-vinculación proponer algunas entrevistas supervisadas a efectos de evaluar las posibilidades de encontrarse entre ambas.

En las ya realizadas, quedan en evidencia las dificultades maternas de registrar las necesidades de la niña, mostrando un doble discurso, y de la niña de sentirse segura con su madre que se le presenta como una imagen persecutoria y siniestra. A partir de ello es que se propone suspender dicho forzamiento de retornar a la convivencia con su madre para revaluar en otro momento de su desarrollo psicosexual, ya que constituiría un retroceso en los avances y la seguridad logrados por M. Otros aspectos importantes observados, son que sería altamente riesgoso el separar a la niña de quienes han cumplido la función de cuidado,…, con quién tiene un vínculo saludable, de apego valorado y avalado por la niña…La niña continúa sosteniendo su negativa a convivir con su madre, a concurrir al domicilio donde reside, a encontrarse con sus hermanos por sentirse en una situación de peligro y amenazada…".

Cabe señalar que esta negativa a relacionarse con su mamá fue ratificada por la niña –de 9 años de edad al momento de la entrevista- ante los jueces que integramos esta Sala II, en presencia de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, habiendo rechazado toda posibilidad de encontrarse con su progenitora (ni siquiera como visitas esporádicas).

Esta situación es la que tenemos en este momento en que se debe dictar sentencia, y ella indica que el interés superior de M. requiere que se le brinde la protección que la niña reclama y la estabilidad junto a su actual grupo familiar.

Es por ello que debe otorgarse la guarda pretendida por el peticionante, con el objeto de garantizar a M. y su grupo familiar seguridad jurídica y una herramienta para que la niña pueda desarrollar normalmente sus actividades cotidianas, concurrir a la escuela, atender a su salud y cuanto es habitual para niñas de su edad.

Jurídicamente la situación de autos se enmarca en el art. 657 del Código Civil y Comercial, entendiendo que se encuentran reunidos los recaudos que la norma establece.

Así, tenemos un supuesto de especial gravedad, dado la muerte del padre a manos de la madre y las consecuencias que este hecho ha producido y produce en la niña, y la existencia de un pariente –tío paterno- que ha asumido el cuidado de M.

Asimismo, y dado lo manifestado por M. en la audiencia celebrada ante este tribunal y lo aconsejado por su psicóloga tratante, considero que no resulta conveniente para la niña relacionarse, por el momento, con su mamá, debiendo suspenderse todo trámite de revinculación materno-filial a la espera que M. se encuentre en condiciones psíquicas de afrontar dicha revinculación, y sin perjuicio que esta cuestión sea abordada en su tratamiento terapéutico con el objeto de posibilitar en el futuro la concreción de un régimen de comunicación con la progenitora.

Finalmente, las objeciones que realiza la madre respecto del informe acompañado por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente en esta instancia no han de ser consideradas, toda vez que dicho informe es una copia del que ya se había presentado en primera instancia.

Interesa también destacar, que: "… la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resultaría desvirtuada si se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda valorar, ente las cuales se sostuvo que al hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el niño, que es el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, "los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles." (http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf "Guarda a un tercero" - Daniel Lujan).

En el caso, no es posible perder de vista que las actuaciones se iniciaron en octubre del año 2.014 y que a esa fecha se encontraba configurada claramente la situación de gravedad que el artículo 657 del Código Civil y comercial prevé, esto es, la madre de la niña se encontraba detenida por el homicidio de su padre y M. tenía 7 años.

En aquel contexto, la madre presta conformidad a que la niña permanezca con el tío y es allí que prontamente éste inicia el trámite de guarda, acompañando junto a la conformidad de la madre, el dictamen de la psicóloga de la niña.

El transcurso de dos años hasta que se dicta la resolución apelada y la consagración de la nueva normativa civil y comercial llevó por un lado a la readecuación de la pretensión procesal y por otro, en el plano de la realidad, se fue consolidando una situación de estabilidad emocional de la niña en el núcleo familiar que la acogiera, a la vez que luego su mamá recupera la libertad.

Bajo estas pautas, es cierto que el plazo de un año, prorrogable por otro año más, que establece el artículo 657 del nuevo Código se encuentra largamente cumplido y el riesgo inicial de que la niña fuera institucionalizada podría verse disminuido por el hecho de que su madre ya no está detenida.

Sin embargo, no es menos cierto que el artículo en cuestión establece el plazo de un año presuponiendo una decisión de tipo cautelar urgente y no una decisión que lleve más de dos años de trámite.

No es posible desconocer que el transcurso del tiempo consolidó una situación en la que ahora el riesgo ya no es la

institucionalización, sino la alteración significativa de la vida de una niña de 9 años y es esa situación la que me lleva a adherir en este caso a la aplicación de la figura.

En ese sentido encuentro imprescindible que se controle el tratamiento de la niña en cuanto aborde la posibilidad de revinculación con su mamá, ya que no es posible perder de vista que la presente situación es provisoria.

Así, la nueva legislación es clara y contundente al establecer que la figura de la guarda es provisoria y es preciso luego de la prórroga que prevé el artículo 657, resolver la situación jurídica de la niña bajo alguna de las otras figuras que regula el Código, en las cuales la participación procesal de la madre resultará ineludible.

Bajo estas pautas, entiendo que toda la situación deberá re evaluarse en el mes de noviembre del presente año, coincidiendo con la finalización del año escolar ya que en caso de producirse la modificación en algunas de las cuestiones aquí evaluadas para adoptar esta decisión, se podrá establecer una nueva modalidad o una acción legal diversa, resultando carga del actor, la madre de la niña y la Defensora de los Derechos del Niño, peticionar en ese sentido.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el planteo de nulidad formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y hacer lugar al recurso de apelación de autos, revocar el fallo recurrido y otorgar la guarda de la niña M. A. A. a su tío N. G. A., en los términos del art. 657 del Código Civil y Comercial, disponiendo que en la instancia de grado se expida el pertinente certificado, previa aceptación de la función por parte del guardador designado; y suspender todo trámite de revinculación materno-filial hasta tanto la niña M. A. se encuentre en condiciones psíquicas de retomar la relación con su progenitora.

En atención a las especiales características de estas actuaciones, las costas por la actuación en ambas instancias se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios por la actuación en la primera instancia en la suma de $ 8.000,00 para la Dra. ..., y $ 4.150,00 para la Dra. ..., de conformidad con lo normado por los arts. 6, 9 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 la suma de $ 4.250,00 para la Dra. ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Rechazar el planteo de nulidad formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, hacer lugar al recurso de apelación de autos, revocar el fallo recurrido y otorgar la guarda de la niña M. A. A. a su tío N. G. A., en los términos del art. 657 del Código Civil y Comercial, disponiendo que en la instancia de grado se expida el pertinente certificado, previa aceptación de la función por parte del guardador designado; y suspender todo trámite de revinculación materno-filial hasta tanto la niña M. A. se encuentre en condiciones psíquicas de retomar la relación con su progenitora, de acuerdo a lo explicitado en los considerandos.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios por la actuación en la primera instancia en la suma de $ 8.000,00 para la Dra. ..., y $ 4.150,00 para la Dra. ..., de conformidad con lo normado por los arts. 6, 9 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha del fallo de primera instancia.

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en la suma de $ 4.250,00 para la Dra. ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"R. C. A. Y OTRO S/ INC. DE APELACION E/A 69484/2015" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1290/2017) –

Interlocutoria: 216/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

CUOTA ALIMENTARIA. MEDIDA CAUTELAR. DESCUENTOS DE HABERES. SUSPENSION DE LOS DESCUENTOS. INMOVILIZACION DE FONDOS. HIJO AL CUIDADO DEL PROGENITOR.

La resolución que hace lugar a la medida cautelar y suspende los descuentos oportunamente ordenados en concepto de cuota alimentaria sobre los haberes del progenitor, disponiéndose además la inmovilización de los fondos depositados en la cuenta judicial de los autos principales, debe ser confirmada, toda vez que no le asiste razón a la recurrente –progenitora- respecto de la existencia de un régimen de cuidados personales compartido, conforme pareciera indicar su expresión de agravios. Ello sin perjuicio de la vigencia de un régimen de comunicación entre madre e hijo. Por lo tanto, encontrándose, entonces, el cuidado personal del hijo a cargo del progenitor no corresponde que éste continúe cumpliendo, en principio, con el pago de la cuota alimentaria conforme se acordó en el convenio de alimentos.

Texto completo:

NEUQUEN, 13 de Junio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "R. C. A. Y OTRO S/ INC. DE APELACION E/A 69484/2015", (JNQFA1 INC Nº 1290/2017), 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 la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La señora C. A. R. planteó recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 5/vta., que hace lugar a la medida cautelar solicitada y suspende los descuentos oportunamente ordenados en concepto de cuota alimentaria sobre los haberes del señor J. B., disponiéndose además la inmovilización de los fondos depositados en la cuenta judicial de los autos principales, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia entendiendo que resulta improcedente dictar una medida cautelar respecto de la cuota alimentaria, dado que una de las características de esta medidas es su instrumentalidad, lo que quiere decir que se hallan subordinadas a un proceso principal del que dependen, siendo su objetivo asegurar el cumplimiento de lo que se resuelve en él. Agrega que carecen de un fin en sí mismas, y se encuentra limitada por el tiempo que dure el proceso principal.

Dice que el principal argumento del juez de grado es que el cuidado personal del hijo de las partes se encuentra a cargo del padre, lo que es incorrecto, dado que en la audiencia de fecha 18 de noviembre de 2016, las partes acordaron que, de acuerdo a como se desarrollara la revinculación con la madre, dialogarían respecto de cómo continuar, y es así que en el mes de diciembre los progenitores firmaron un acuerdo provisional que estableció que el niño S. residirá en ambos hogares en forma indistinta.

Considera, entonces que no se encuentra presente en autos la verosimilitud del derecho invocado.

Señala que la vigencia de la medida cautelar dejaría sin alimentos al niño los días que está al cuidado de su progenitora, destacando que la madre tiene otro hijo menor, hermano de S., y que sus ingresos como profesora particular son acotados, en tanto que el padre trabaja en una empresa petrolera.

b) A fs. 11/12 vta. el padre de S. contesta el traslado de la expresión de agravios.

Defiende el dictado de la medida cautelar, diciendo que la demora en su resolución ha dejado que la señora R. hiciera uso en forma exclusiva del dinero que mensualmente ingresaba en la cuenta judicial de su hijo, durante los meses en que ni siquiera tuvo contacto con el niño, suma que en el período julio – octubre de 2016 ascendió a $ 131.202,12.

Sigue diciendo que en la audiencia de fecha 18 de noviembre de 2016 las partes acordaron la revinculación materno-filial, más este acuerdo fue sin pernocte y por quince días, para que el niño progresivamente retomara el contacto con su madre.

Niega que exista acuerdo alguno que establezca que el niño residirá en ambos domicilios en forma indistinta, sino que solamente se han fijado los horarios para que la señora R. retire y reintegre al niño al hogar paterno, toda vez que el cuidado personal de éste

sigue estando a cargo del padre, que es quién afronta los gastos de jardín de infantes, niñera, alimentos, vestimenta, etc.

Agrega que la madre tampoco cumple con el régimen de comunicación establecido, ejemplificando que se había acordado que la fiesta de fin de año la pasara con el niño, pero en su lugar viajó a Caleta Olivia.

Señala que la madre trabaja como profesora particular y posee propiedades en alquiler en Caleta Olivia, donde viaja a menudo, también posee un vehículo modelo 2016.

Informa que dado la crítica situación por la que atraviesa la industria del petróleo, el padre se encuentra en la actualidad desocupado.

c) A fs. 20 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, el que considera que la resolución recurrida se ajusta a derecho.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, esta Sala II dictó sentencia en el incidente n° 1.221/2016, confirmando la resolución adoptada por el juez de primera instancia en cuanto dispuso, como medida cautelar, que el niño S.L. permanezca al cuidado personal de su progenitor.

Esta resolución es de fecha 18 de abril de 2017, y no surge de autos ni del sistema Dextra que esta situación se haya modificado.

Por ende no asiste razón a la recurrente respecto de la existencia de un régimen de cuidados personales compartido, conforme pareciera indicar su expresión de agravios. Ello sin perjuicio de la vigencia de un régimen de comunicación entre madre e hijo.

Encontrándose, entonces, el cuidado personal del hijo a cargo del progenitor no corresponde que éste continúe cumpliendo, en principio, con el pago de la cuota alimentaria conforme se acordó en el convenio de alimentos obrante a fs. 1/vta. de autos.

De lo dicho se sigue que la resolución recurrida se ajusta a las constancias de la causa y a derecho, por lo que ha de ser confirmada.

III.- Por tanto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en segunda instancia se imponen a la recurrente perdidosa (art. 69, CPCyC).

Difiero la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes 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.- Rechazar el recurso de apelación de autos y confirmar el resolutorio de fs. 5/vta.

II.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente perdidosa (art. 69, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- 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

"COLEGIO DE MARTILLEROS Y CORREDORES PUBLICOS DE NEUQUEN C/ CERRO NEGRO S.A. S/ OPOSICION A LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517214/2017) – Interlocutoria: 228/17 – Fecha: 28/06/2017

DERECHO COMERCIAL: Sociedades comerciales.

SOCIEDADES COMERCIALES. INSCRIPCION REGISTRAL. DIRECCION GENERAL DEL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO. DECRETO REGLAMENTARIO. OPOSICION A LA INSCRIPCION. INSTANCIA

JUDICIAL.

Debe ser revocada la decisión que rechazó in limine la acción intentada con fundamento en que la oposición a la inscripción es materia propia del Registro Público de Comercio como órgano administrativo, por lo que habría que acudir a la vía recursiva establecida en la acordada reglamentaria de la ley 2.631, y eventualmente al proceso contencioso administrativo. En efecto, si bien la función registral es de naturaleza administrativa, y los cuestionamientos a esta actividad han de ser canalizados por la vía que indica la jueza de grado, el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de la facultad reglamentaria -Acuerdo Ordinario Nro: 4589 del 13-10-2010-, ha sustraído las oposiciones a las inscripciones registrales del ámbito administrativo, derivándolas al conocimiento judicial -Artículo 53 de la Reglamentación de ley 2631 aprobada en el referido Acuerdo administrativo-. Consiguientemente, la instancia de grado, deberá despachar la demanda.

Texto completo:

NEUQUEN, 28 de Junio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "COLEGIO DE MARTILLEROS Y CORREDORES PUBLICOS DE NEUQUEN C/ CERRO NEGRO S.A. S/ OPOSICION A LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO", (JNQCI2 EXP Nº 517214/2017), 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, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 14/15 que rechaza in limine la acción promovida.

El recurrente se agravia en el entendimiento que la jueza de grado ha hecho una errónea interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia.

Dice que de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia las decisiones definitivas emanadas del Registro Público de Comercio son recurribles ante la Cámara de Apelaciones, y la resolución dictada por ésta, lo es ante el Tribunal Superior de Justicia, a través de la Secretaría de Superintendencia, con lo cual se agota la vía administrativa en los términos del art. 188 de la ley 1.284.

Sigue diciendo que con posterioridad el Tribunal Superior realiza una aclaración respecto de la oposición establecida en el art. 39 del Código de Comercio, en cuanto es materia sujeta a decisión judicial y debe dirimirse ante el juzgado con competencia comercial del domicilio de la sociedad.

Sostiene que la jueza de grado yerra al concluir que la acción incoada es improponible, ya que en atención a tratarse de materia administrativa, una vez agotada la vía recursiva, la demanda debe plantearse dentro del ámbito contenciosoadministrativo.

Rechaza esta conclusión poniendo de manifiesto que en autos no nos encontramos ante una resolución definitiva del Registro Público de Comercio, sino ante una demanda de oposición en los términos del art. 39, por lo que la competencia es ordinaria comercial de primera instancia.

Destaca que su parte no persigue la nulidad del contrato social sino la oposición a la inscripción del inciso E del objeto social, ya que la sociedad demandada, cuando ninguno de sus socios reviste la calidad de corredor público, no puede ejecutar actos de corretaje.

II.- La jueza de grado ha rechazado in limine la acción intentada por entender que la oposición a la inscripción es materia propia del Registro Público de Comercio como órgano administrativo, por lo que habría que acudir a la vía recursiva establecida en la acordada reglamentaria de la ley 2.631, y eventualmente al proceso contenciosoadministrativo.

Entiendo que ello no es así, por lo que asiste razón al recurrente.

El art. 53 del Reglamento de la Dirección del Registro Público de Comercio establece: “El conocimiento y decisión de las oposiciones a las inscripciones que refiere el art. 39 del Código de Comercio son de competencia judicial…”, en tanto que el art. 54 del mismo reglamento determina: “La oposición debe plantearse ante el Juzgado con competencia en lo comercial del domicilio de la sociedad…”.

Si bien la función registral es de naturaleza administrativa, y los cuestionamientos a esta actividad han de ser canalizados por la vía que indica la jueza de grado, el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de la facultad reglamentaria, ha sustraído las oposiciones a las inscripciones registrales del ámbito administrativo, derivándolas al conocimiento judicial.

Si bien es cierto que el art. 39 del Código de Comercio se encuentra derogado por la ley 26.994 (art. 4°), y también fue eliminado del texto del art. 5 de la ley 19.550, el art. 6 de la Ley General de Sociedades contempla la oposición formulada por parte interesada en términos similares a los del derogado art. 39 del Código de Comercio, por lo que ha de entenderse que dicha facultad se encuentra vigente, siendo de aplicación la normativa reglamentaria citada.

De lo dicho se sigue que corresponde revocar la resolución recurrida y disponer que, en la instancia de grado, se despache la demanda, lo que así propongo se resuelva.

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. 14/15 y disponer que, en la instancia de grado, se despache la demanda.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"O. D. M. M. E. C/ M. D. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 81750/2017) – Interlocutoria: 229/17 – Fecha: 28/06/2017

DERECHO DE FAMILIA: Guarda.

MINISTERIO PÚBLICO. DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE. ACTUACION COMPLEMENTARIA. NULIDAD RELATIVA. CUESTIONES DE COMPETENCIA. INHIBITORIA. JUEZ COMPETENTE. DOMICILIO ACTUAL.

1.- Debe ser rechazado el planteo de nulidad efectuado por la Defensoría del Niño y del Adolescente, toda vez que recientemente, en la causa “A., M. A. S/ GUARDA” (Expte. 67.223/2014, resolutorio de fecha 13 de Junio de 2017), se señaló que: […] En efecto, el mismo art. 103 del Código Civil y Comercial señala, en su inciso a), que cuando la intervención del Ministerio Público es complementaria, la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. En autos, la intervención que debió tener la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en el proceso era complementaria, conforme lo reconoce el mismo Ministerio Público.

2. La jueza titular del Juzgado de Familia n° 4 quien había declinado su competencia en favor del juez de turno con competencia en la ciudad de Las Heras, provincia de Mendoza, deberá continuar con el trámite de este caso, ya que los progenitores de K., luego de su separación, acordaron en un momento un régimen de parentalidad que incluyó –al menos- dos lugares de residencia, San Antonio Oeste y Neuquén. Actualmente, el niño reside junto a su progenitor en

esta ciudad capital, desconociéndose el domicilio actual de la madre, suponiendo el padre que estaría en la ciudad de Las Heras, Chubut. Aquí, K. se encuentra escolarizado, inició estudios de inglés y también la práctica de fútbol, conforme se desprende de los certificados originales que lucen a (…).Por lo que bajo las pautas aquí expuestas y la postura de la Sala en casos similares, consideramos que el juez competente para entender en esta causa será el correspondiente a su domicilio actual.

Texto completo:

NEUQUEN, 28 de Junio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "O. D. M. M. E. C/ M. D. E. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS", (JNQFA4 EXP Nº 81750/2017), 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.- El actor apeló la resolución de fs. 11/vta., mediante la que la magistrada de grado declina su competencia al juez de turno con competencia en la ciudad de Las Heras, provincia de Mendoza.

Fundó su recurso a fs. 22/29.

A fs. 31 obra el dictamen de la Defensoría del Niño y del Adolescente y a fs. 37/vta. el del Agente Fiscal.

II.- Tal como quedó planteada la cuestión, pasaremos a su tratamiento.

1. En primer lugar, nos referiremos al planteo de nulidad efectuado por la Defensoría del Niño y del Adolescente.

Recientemente, en la causa “A., M. A. S/ GUARDA” (Expte. 67.223/2014, resolutorio de fecha 13 de Junio de 2017), se señaló que: “(…) asiste razón a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente respecto de que se omitió, en la instancia de grado, otorgarle la participación prevista en el art. 103 del Código Civil y Comercial, debiendo llamarse la atención al juzgado de origen sobre la necesidad de cumplir escrupulosamente la manda legal que determina la intervención necesaria del Ministerio Público en todos los procesos que involucren o afectan a personas menores de edad.

Sin embargo, de ello no se sigue la nulidad de la resolución recurrida.

En efecto, el mismo art. 103 del Código Civil y Comercial señala, en su inciso

a), que cuando la intervención del Ministerio Público es complementaria, la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

En autos, la intervención que debió tener la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en el proceso era complementaria, conforme lo reconoce el mismo Ministerio Público.

Ángeles Burundarena señala que la intervención del Ministerio Público es representativa, de orden legal, de carácter necesario, es de control en el ámbito judicial para el ejercicio de la responsabilidad parental, y en el caso de los supuestos contemplados en el inciso a) del art. 103, resulta complementaria a la actuación de los representantes legales individuales. Por tanto, continúa la autora citada, en el supuesto del inciso a) señalado, su representación es complementaria a la de los padres, tutores, guardadores o curadores (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 456).

Agrega la autora que vengo citando que la sanción de nulidad prevista por la ley ante la falta de intervención del Ministerio Público, sea en su actuación complementaria o principal, es de carácter relativo, porque puede ser confirmada: de haberse realizado actos disvaliosos para los intereses del niño o niña, y habiéndoles causado perjuicio la omisión de intervención, corresponde declarar su nulidad, pero si los actos del proceso realizados sin su intervención han sido favorables para la prosecución de las actuaciones y para el interés de la persona menor de edad, ningún sentido tiene oponer la nulidad, porque no se deriva perjuicio alguno ara aquella (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 457).

Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan también se pronuncian favorablemente por la atribución de carácter relativo a la nulidad que acarrea la omisión de intervención del Ministerio Público. Señalan estas autoras que el argumento del carácter relativo de la nulidad ha sido utilizado por un fallo dicado por la Cámara Civil y Comercial de Corrientes (autos “H., A.V.A. s/ medida cautelar”, sentencia del 1/9/2015), que confirmó una medida de protección hacia una mujer anciana por la que se ordenó la exclusión de la vivienda de la nuera y sus hijos menores de edad, rechazando el planteo de nulidad realizado por el Ministerio Público ante la falta de intervención, atento la urgencia del caso y la provisionalidad de la medida (cfr. aut. cit., “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, RCCyC 2015, pág. 3).

En autos, dada la necesidad de otorgar una respuesta eficaz y adecuada a la niña de autos, y teniendo en cuenta el tiempo excesivo transcurrido desde que se inició el presente trámite, entiendo que sería más perjudicial para los intereses de M. nulificar la sentencia de grado –único acto respecto del cual se solicita la sanción de nulidad-, y devolver las actuaciones a la instancia de grado para el dictado de un nuevo resolutorio, que abordar la apelación planteada por el peticionante y resolver en definitiva.

Tengo en cuenta para arribar a esta conclusión, además de los motivos invocados en el párrafo anterior, que en esta instancia se le ha dado la debida intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y que se ha escuchado a M." (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI).

Aplicando estos conceptos al caso, es que no haremos lugar a la solicitud efectuada por la Sra. Defensora.

2. Sentado ello, y pasando ahora al tema central de la apelación, en la causa "R. E. D. C/ J. M. N. S/ CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS", (Expte. Nº 74840/2016, resolutorio del 30 de Agosto del año 2016) señalamos:

"Tal como hemos dicho en autos "Molina c/ Amin" (P.I. 2012-IV, n° 269), "Becerra c/ Passarella" (P.I. 2012-III, n° 185) y "Sainz c/ Bracalente" (Expte. Nº 55014/12, resolutorio del 26/2/2013), "Las decisiones judiciales, cuando existan menores involucrados, deben consultar primordialmente, su interés y estar inspiradas en lo que resulte más conveniente para su protección. El niño tiene derecho a una protección especial. Por ello, la tutela de sus derechos debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que ocurra en cada caso. (FANA CNCI A, CAPITAL FEDERAL 28-5-1996 9929).

"…El marco jurídico en el que se desenvuelve este proceso es el principio del "interés superior del niño" consagrado en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional –Ley 23.849-. Este está por encima de todo otro precepto legal y debe ser preferido por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia al momento de decidir los conflictos que atañen a los menores.

"Concordante con ello tiene dicho la jurisprudencia: "El carácter operativo de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporadas a la CN en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 CN, permite admitir el reconocimiento de competencia al juez del domicilio del menor" (cfr. LDT; DRES.: BRITO - AREA MAIDANA - DATO.L. M. R. C/T. R. B. s/FILIACION, Fecha: 06/04/2004, Sentencia Nº: 242, Corte Suprema de Justicia Sala Civil y Penal)".

En estos antecedentes se ha privilegiado el lugar de residencia del menor a efectos de determinar cuál es el tribunal competente, por entender que es el que se encuentra en mejores condiciones de conocer la realidad de aquél y resolver en consecuencia.

No obstante, el art. 716 del nuevo Código Civil y Comercial unifica la cuestión relativa a la competencia judicial para las acciones que comprometen derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes.

Así, la fija en el juez del domicilio donde aquellos tengan su "centro de vida".La Suprema Corte de Justicia bonaerense señaló que "la noción de centro de vida –artículo 3°, ley 26.061- prevalece no sólo en las cuestiones de fondo sino también en materia de competencia: es la residencia del niño el eje a tener en cuentan para determinar el juez competente. Se desplaza el centro de imputación; es el niño quien indica el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del de sus representantes legales. El punto de conexión es su centro de vida, el lugar de su residencia actual" (14-3-2012, C.115227, "F., C. J. c/C., M. L. s/Tenencia de hijo").

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, ya con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, aplicó el mismo criterio y juzgó aplicable el precepto en comentario, fijando la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida, prescindiendo de reparos formales y del modo en que se planteó la controversia (CSJN, "D., L. A. y otro s/ guarda", sent. del 28-10-2015, consid. 4° y 5°).

Dicho Tribunal de la Nación también, y con anterioridad, ha remarcado que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los menores y que en base a ésta, correspondía conocer en las actuaciones al juez de la jurisdicción territorial donde se encuentran residiendo efectivamente los niños.

Claramente, la competencia está intrínsecamente relacionada con la inmediación y la noción de "centro de vida" asigna las causas de esta índole al magistrado que luce mejor posicionado para conocer y resolver en la forma más urgente la problemática de los niños en salvaguarda de sus derechos fundamentales."

En la especia, tenemos que los progenitores de K., luego de su separación, acordaron en un momento un régimen de parentalidad que incluyó –al menos- dos lugares de residencia, San Antonio Oeste y Neuquén.

Actualmente, el niño reside junto a su progenitor en esta ciudad capital, desconociéndose el domicilio actual de la madre, suponiendo el padre que estaría en la ciudad de Las Heras, Chubut.

Aquí, K. se encuentra escolarizado, inició estudios de inglés y también la práctica de fútbol, conforme se desprende de los certificados originales que lucen a fs. 17/19.

Por lo que bajo las pautas aquí expuestas y la postura de la Sala en casos similares, consideramos que el juez competente para entender en esta causa será el correspondiente a su domicilio actual.

Es así que la jueza de familia inhibida deberá continuar con el trámite de este caso.

III.- Por todo lo expuesto, propiciamos el rechazo del planteo de nulidad formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y la admisión del recurso de apelación de autos, revocándose el fallo recurrido.

Sin costas de Alzada, en atención a la forma en que se resuelve y por no mediar contradicción.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Rechazar el planteo de nulidad formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

II.- Revocar la resolución de fs. 11/vta., haciéndole saber a la titular del Juzgado de Familia n° 4 que deberá continuar con el trámite de esta causa.

III.- Sin costas de Alzada.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

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

"PARADA MARIA LAURA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 100051/2017) – Interlocutoria: 234/17 – Fecha: 04/07/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCION DE AMPARO. RETENCION DE TAREAS. DESCUENTO DE HABERES. INADMISIBILIDAD.

Resulta inadmisible la acción de amparo promovida con el objeto de revertir el descuento salarial realizado por el municipio demandado sobre los haberes de la actora, como consecuencia de la medida de acción directa –retención de tareas- llevada adelante por la trabajadora, por cuanto no aparece claramente configurada la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto impugnado, requiriendo la resolución de la cuestión litigiosa de un mayor debate y prueba que el autorizado en el trámite del amparo, por lo que éste no es la vía adecuada para canalizar la pretensión de la parte actora.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de Julio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PARADA MARIA LAURA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO", (JNQCI6 EXP Nº 100051/2017), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo con el orden de votación sorteado la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 42/44 vta., que declara inadmisible la acción de amparo.

a) La recurrente se queja por la conclusión de la a-quo respecto a que no existe ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Entiende que la sentenciante de primera instancia ha incurrido en un error, al considerar que el acto administrativo dictado por el municipio demandado se encuentre debidamente fundado, toda vez que como se señala en la demanda tal fundamentación es absolutamente injustificada, puesto que funda el descuento de días en una medida de huelga, cuando la amparista, en realidad, hacía retención de tareas conforme se encuentra habilitado por el art. 98 del estatuto del empleado municipal de Plottier.

Señala que la arbitrariedad es entonces manifiesta.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, entiendo que debe confirmarse la resolución de grado.

En primer lugar cabe señalar que la fundamentación en base a la cual la jueza de primera instancia declara la inadmisibilidad de la presente acción de amparo refiere a dos cuestiones: ausencia del recaudo de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en el acto impugnado, y existencia de otras vías legales idóneas para satisfacer el derecho que la amparista pretende conculcado.

La apelante se queja de la primera cuestión (arbitrariedad manifiesta) pero nada dice de la segunda.

Si bien ello resulta suficiente para rechazar el recurso, en atención a que uno de los fundamentos de la decisión de grado se encuentra firme, teniendo en cuenta la estrecha vinculación que existe entre ambos, me he de referir brevemente a la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

La acción de amparo aquí promovida tiene por objeto revertir el descuento salarial realizado por la demandada sobre los haberes de la actora, como consecuencia de la medida de acción directa –retención de tareas- llevada adelante por la trabajadora.

Si bien es cierto que la fundamentación del acto administrativo podría ser cuestionada en atención a la equiparación de la retención de tareas con la huelga (cuestión que no es pacífica en doctrina y jurisprudencia), y en tanto se atribuye la facultad de calificar como ilegal la medida adoptada por el sindicato de la actividad, en realidad la concreta resolución adoptada por el Intendente de la Municipalidad de Plottier –descuento de haberes-, que es lo que cuestiona la amparista, no aparece, en principio, ni ilegal ni arbitraria, cuanto menos con la claridad que requiere la vía del amparo.

En primer lugar porque es criterio dominante en doctrina y jurisprudencia que no corresponde el pago de salarios durante los días no trabajados, cuando no existe disposición legal en contrario y aún cuando ello reconozca su causa en el ejercicio del derecho de huelga.

Luego, la pretensión de la amparista requiere de una amplitud de prueba y debate mayor a lo que permite la acción de amparo. En efecto, conforme la prueba aportada por la actora se encuentra controvertido, en primer lugar, qué clase de medida de protesta llevó adelante la amparista, y, para el supuesto de tratarse de una retención de tareas, debe definirse a efectos de resolver sobre el objeto del amparo, si existió incumplimiento por parte de la demandada que justificara la abstención de tareas y, además, la entidad de tal incumplimiento (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 2007, T. III, pág. 620/621).

De lo dicho se sigue, entonces y tal como lo adelanté, que no aparece claramente configurada la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto impugnado, requiriendo la resolución de la cuestión litigiosa de un mayor debate y prueba que el autorizado en el trámite del amparo, por lo que éste no es la vía adecuada para canalizar la pretensión de la parte actora.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos, y confirmar el resolutorio de grado.

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 resolución de fs. 42/44 vta. en lo que ha sido materia de recurso y agravio.

II.- Imponer las costas al apelante (art. 68 CPCyC).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"B. S. E. S/ SITUACION LEY 2212" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I

Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 80681/2017) – Interlocutoria: 235/17 – Fecha: 04/07/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

VIOLENCIA FAMILIAR. EXCLUSION DE HOGAR. SUSPENSION DEL CONTACTO PATERNO FILIAL.

Debe ser confirmada la resolución interlocutoria que dispone suspender cautelarmente el contacto paterno-filial respecto de la niña A. por el término de sesenta días y excluye preventivamente del hogar familiar al apelante por el término de noventa días, porque la persona denunciada ha reconocido poseer un arma (...), y la niña ha manifestado ante la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente los motivos por los cuales resulta conveniente suspender momentáneamente el contacto paterno-filial; máxime que el informe psicosocial, da cuenta de la existencia de un conflicto intrafamiliar, derivado de la jubilación del denunciado –hecho que lo hizo estar más tiempo en su hogar-, y de la separación de hecho de la pareja, y que fundamentalmente se centra en la atribución del hogar familiar, pretendido por ambos integrantes del matrimonio.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de Julio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "B. S. E. S/ SITUACION LEY 2212", (JNQFA1 EXP Nº 80681/2017), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La persona denunciada plantea recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 47/49 en cuanto suspende cautelarmente el contacto paterno-filial respecto de la niña A. por el término de sesenta días y excluye preventivamente del hogar familiar al apelante por el término de noventa días.

a) El recurrente afirma que la suspensión del contacto paterno-filial carece de fundamentación razonable, ya que la niña no fue víctima de ningún tipo de hecho de violencia, y no consta en ninguna pericia que se verifique tal circunstancia.

Señala que surge de las actuaciones que en la misma denuncia de la supuesta víctima no existe indicio de que ella o los menores hayan sufrido violencia alguna, en tanto que el informe psicosocial da cuenta de que “queda claro que el conflicto se desencadena por la separación de hecho del matrimonio. Los desacuerdos en la comunicación dificultaron la dinámica familiar, que no logró adaptarse a los cambios”.

Reitera que de este informe no surge que haya existido violencia física o psicológica respecto de los hijos o de la denunciante, a la vez que no existen elementos probatorios que determinen la participación del recurrente en el hecho que se investiga.

Cuestiona el plazo de duración de esta medida cautelar, al que califica de extenso.

Vuelve sobre la inexistencia de violencia y agrega que desde el cese de la convivencia con su esposa y sus hijos ha abonado, en tiempo y forma, un porcentaje de su salario en concepto de cuota alimentaria para los últimos, cumpliendo con sus obligaciones familiares.

Dice que la prohibición de acercamiento a su hija le niega el derecho a verla y a mantener con ella una relación adecuada, entendiendo que el a quo no ha tenido en cuenta el interés superior de la niña. Cita jurisprudencia.

b) La denunciante contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 69/70 vta.

Solicita, en primer lugar, la deserción del recurso.

Dice que el ahora recurrente no contestó el pedido de suspensión del régimen de comunicación efectuado por su parte, y que tal solicitud se basó en que el denunciado expone a los niños las situaciones de conflicto de los mayores, dando ejemplos de esta conducta.

Sigue diciendo que ha existido, por lo menos en una oportunidad, violencia física contra la hija. Agrega que, de todos modos, A.

tiene 13 años de edad, por lo que no se encuentra en riesgo la relación filial con su progenitor, y si éste realiza el tratamiento psicológico indicado por el a-quo y cambia su carácter y modo de trato con sus hijos, seguramente podrá volver a tener contacto con A.

c) A fs. 81 se notifica la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, y si bien los agravios del quejoso cumplen con la manda del art. 265 del CPCyC –por lo que no ha de declararse la deserción del recurso-, los argumentos por él expuestos no alcanzan para revertir la decisión adoptada en la instancia de grado.

Destaco que la resolución recurrida es de naturaleza cautelar, como todo lo que se actúe en el marco legal en el que se ha encuadrado la denuncia de la actora.

Por lo que es esencialmente mutable, y prueba de ello es que la medida que se cuestiona –suspensión del contacto paterno-filial- tiene un plazo de duración: 60 días.

Por otra parte, la finalidad de procesos como el presente es conjurar, en la medida de lo posible, el riesgo inminente en que se encuentra la persona que denuncia la existencia de violencia hacia ella o hacia integrantes del grupo familiar, preservando la vida y la integridad psicofísica de las víctimas.

Si bien es cierto que los elementos probatorios de autos son escasos, ya que en realidad se cuenta con los dichos de la denunciante, de los hijos del matrimonio (que no constan en el expediente por pedido de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente) –aunque tengo a la vista la certificación de dicha funcionaria respecto del contenido de la entrevista, la que fuera remitida por el juzgado de origen-, y con un informe psicosocial; entiendo que la finalidad perseguida por este tipo de procesos impone la confirmación de la resolución apelada.

Ello así, porque la persona denunciada ha reconocido poseer un arma (fs. 10), y la niña A. ha manifestado ante la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente los motivos por los cuales resulta conveniente suspender momentáneamente el contacto paterno-filial.

Además, el informe psicosocial de fs. 6/7 vta. da cuenta de la existencia de un conflicto intrafamiliar, derivado de la jubilación del denunciado –hecho que lo hizo estar más tiempo en su hogar-, y de la separación de hecho de la pareja, y que fundamentalmente se centra en la atribución del hogar familiar, pretendido por ambos integrantes del matrimonio.

Por lo dicho es que propongo al Acuerdo se confirme el resolutorio recurrido, instándose a las partes a encauzar la problemática que los afecta por las vías procesales adecuadas para su resolución, y a realizar los tratamientos terapéuticos indicados por el a quo.

Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión planteada en esta instancia (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).

La regulación de honorarios de la letrada patrocinante del denunciado Dra. Pamela Gaita, por su 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.- Confirmar el resolutorio recurrido, instando a las partes a encauzar la problemática que los afecta por las vías procesales adecuadas para su resolución, y a realizar los tratamientos terapéuticos indicados por el a quo.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).

III.- La regulación de honorarios de la letrada patrocinante del denunciado Dra. ..., por su 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 origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Sandra C. Andrade – SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"CAÑUPAN MARCOS ELIAZAR ENRIQUE C/ JAHN FERNANDO WALTER 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.: 452197/2011) – Sentencia: 146/17 – Fecha: 28/06/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. INCAPACIDAD FISICA. INFORME PERICIAL. VALORACION DE LA PRUEBA. ELEMENTOS ORTOPEDICOS. GASTOS DE ASISTENCIA MÉDICA Y RADIOGRAFIAS. GASTOS DE FARMACIA. GASTOS DE VESTIMENTA. GASTO DE TRASLADO. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION. DAÑO PSICOLOGICO Y TRATAMIENTO PSICOTERAPEUTICO. RECHAZO. ASEGURADORA. EXCLUSION DE COBERTURA. LICENCIA DE CONDUCIR.

1.- […] no puede vincularse jurídicamente la incapacidad que padece el actor con las lesiones sufridas en el accidente de tránsito; circunstancia que impide el progreso de la pretensión por indemnización de la incapacidad física. No paso por alto que el informe pericial presenta errores (incluso habla de que se examinó a la madre del actor y no a éste) que pueden ser producto de una confusión con otro caso sometido al peritaje del mismo experto, pero ello debió ser aclarado en la etapa procesal oportuna, mediante pedido de explicaciones, lo que no fue hecho.

2.- El rechazo del daño físico trae como consecuencia que también se desestime la pretensión de gastos por tratamiento médico futuro, ya que si bien éste ha sido sugerido por el perito, al no relacionarse el daño actual con la lesión sufrida en el accidente, mal puede condenarse a los demandados para afrontar gastos para obtener la mejoría de una incapacidad que no es consecuencia del hecho dañoso.

3.- Los gastos por elementos ortopédicos no pueden prosperar ya que no se ha indicado que el actor requiriera de algún elemento de esta clase y, en su caso, cuál.

4.- Los gastos de asistencia médica y radiografías también han de se rechazados ya que el accionante fue atendido en el hospital público, no habiéndose probado que se hubieran hecho consultas médicas fuera de la atención prestada en el Hospital Heller.

5.- Respecto de los gastos de farmacia, 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). En autos se encuentran probadas las lesiones que el actor sufrió como consecuencia del accidente de tránsito (fractura de muñeca, escoriaciones varias y herida cortante en el cuero cabelludo que debió ser suturada). La curación de tales lesiones pudo requerir, razonablemente, de la adquisición de productos medicinales, más allá de los que provee el sistema público de salud, entendiendo que la suma de $ 1.000,00 repara adecuadamente los gastos referidos.

6.- En cuanto a los gastos por vestimenta, la parte ni siquiera denuncia que tipo de ropa utilizaba el demandante en el momento del accidente, y cuáles fueron las pérdidas o deterioros sufridos, por lo que su reparación resulta improcedente.

7.- Tampoco se hará lugar a los gastos por traslados dado la lesión padecida y toda vez que surge de la historia clínica acompañada por el Hospital que solamente concurrió para su atención el día del accidente y cuando se le retiró el yeso.

8.- Teniendo en cuenta que al actor sufrió el accidente de tránsito, que este hecho le causó lesiones físicas, y que la curación de estas lesiones requirió –concretamente la fractura- del uso de yeso en su muñeca derecha durante poco más de un mes (…), va de suyo que el accionante ha padecido sufrimientos morales que deben ser reparados. Por ende, estimo prudencialmente la suma de $ 20.000,00 en concepto de indemnización del daño moral.

9.- No se hace lugar a la reparación del daño psicológico y a los gastos por tratamiento psicoterapéutico en tanto acuerdo con la jueza de grado en que la pericia en la materia no se encuentra debidamente fundada, no surgiendo con la claridad necesaria que el trastorno de angustia leve que precisa la experta guarde relación causal adecuada con el accidente de tránsito y/o con la lesión sufrida en el mismo.

10.- Si bien la ausencia de carnet habilitante como causa de exclusión de la cobertura asegurativa no es, en mi opinión, absoluta, sino relativa, debiendo estarse a cada caso concreto, en los precedentes en que he rechazado dicha exclusión de cobertura con fundamento en la ausencia de carnet habilitante he considerado que la obtención de la licencia para conducir al día siguiente del accidente, o su renovación por encontrarse vencida en oportunidad del siniestro hacen presumir que, más allá de la falta administrativa, la pericia para conducir existía. Sin embargo, en autos el conductor del vehículo embistente no tenía licencia para conducir cuando ocurrió el accidente, habiendo recién obtenido el carnet habilitante con una diferencia temporal importante después de sucedido el hecho dañoso, lo que impide que se presuma su pericia para conducir, siendo, entonces, procedente la defensa opuesta por la aseguradora citada en garantía.

Texto completo:

NEUQUEN, 28 de junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CAÑUPAN MARCOS ELIAZAR ENRIQUE C/ JAHN FERNANDO WALTER Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, (JNQCI4 EXP Nº 452197/2011), 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 interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 408/414 vta., que rechaza la demanda respecto de los demandados Fernando Walter Jahn y Sergio Omar Sanfilipo, y hace lugar a la exclusión de cobertura alegada por la aseguradora, con costas al vencido, en el primer caso, y con costas a actor y demandado, en el segundo.

a) El recurrente se agravia por el rechazo de la demanda.

Dice que la jueza de grado consideró que no se acreditó la relación causal entre los daños reclamados y el siniestro vial protagonizado por el actor, apartándose de las pericias médica y psicológica.

También se agravia por el acogimiento de la defensa esgrimida por la aseguradora, con fundamento en la falta de licencia habilitante del conductor del vehículo causante del accidente.

Sigue diciendo que se encuentra firme que el actor protagonizó un siniestro vial el día 15 de marzo de 2010 cuando, circulando en su bicicleta fue embestido por el automotor conducido por el demandado Jahn y de copropiedad del demandado Sanfilipo. Agrega que se encuentra fuera de discusión que la colisión se produjo por la exclusiva negligencia del conductor del auto.

Afirma que con las constancias policiales y de la causa penal se acreditó que el actor sufrió lesiones, que motivaron su traslado en ambulancia al Hospital Heller; en tanto que con el informe brindado por el hospital se probó que el demandante presentaba una herida cortante en su cabeza que requirió sutura química, una fractura de muñeca derecha que demandó inmovilización con yeso, y escoriaciones en el pie derecho.

Señala que estas lesiones fueron constatadas por el médico policial y, dado su carácter grave, se decidió dar curso a la causa penal.

En tanto, argumenta el recurrente, que el perito medico otorgó al actor una incapacidad del 5% por limitación funcional de la muñeca, ocasionada por fractura radiocubital. Sin embargo, asegura el apelante, la a quo se apartó de este dictamen pericial concluyendo en que el actor no presentaba secuelas.

Manifiesta que la jueza de grado le recrimina al perito que haya sostenido que el actor sufrió fractura de la muñeca y codo derecho, cuando la última lesión no se encuentra asentada en la historia clínica, pero lo cierto, indica el recurrente, es que el perito médico en ningún momento afirmó que el actor presentara secuelas en su codo, sino que solamente se refirió a las secuelas en la muñeca derecha, y al tabular la incapacidad el experto aludió a una fractura radiocubital en el brazo derecho. Insiste en que la limitación funcional en la muñeca derecha se encuentra objetivada en las alteraciones clínicas que pudo constatar el perito.

Critica lo que califica como actitud inquisitiva de la magistrada, que desdibuja su rol de tercero imparcial so pretexto de valorar la pericia.

También formula agravio por la desestimación de la indemnización por daño moral.

Manifiesta que la desestimación de este rubro indemnizatorio guarda íntima relación con la conclusión de la a quo respecto de la inexistencia de daño físico, aspecto cuestionado en la apelación formulada por su parte.

No obstante ello entiende que existen circunstancias que habilitan la reparación del daño moral, aunque no existan secuelas físicas, con cita de jurisprudencia de esta Sala II.

Enumera las circunstancias que, en opinión del recurrente, acreditan la existencia de agravio moral.

Formula queja por el rechazo de los rubros tratamientos médicos y psicológicos, gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, traslados y vestimenta.

Critica el acogimiento de la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora.

Dice que el informe de la Municipalidad de Neuquén, obrante a fs. 170, refiere que el sr. Jahn obtuvo su licencia de conducir el día 25 de marzo de 2010, o sea 10 días después del accidente. Agrega que no aparece como razonable o verosímil que el conductor del vehículo careciera de idoneidad para conducir si obtuvo su licencia 10 días después del accidente. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Hace reserva del caso federal.

b) Ni la parte demandada ni la aseguradora citada en garantía contestan el traslado de la expresión de agravios.

II.- Comenzando con el análisis de la apelación planteada respecto de la sentencia de primera instancia, la crítica de la parte recurrente se centra en la apreciación que del materia probatorio ha hecho la a quo, que la lleva a desechar la existencia de daños reparables.

En consecuencia, llega firme a esta instancia la responsabilidad de los demandados, de base objetiva, por las consecuencias del hecho dañoso.

De acuerdo con la prueba informativa, el actor fue atendido en el Hospital Heller, inmediatamente después de producido el accidente de tránsito, constando en el informe brindado por esta institución que la víctima presentó fractura de muñeca derecha, múltiples escoriaciones en la frente, cara, cintura y dorso del pie derecho y herida cortante en el cuero cabelludo (fs. 150).

El dictamen pericial médico de fs. 202/206 concluye en que el actor presenta un 5% de incapacidad, con diagnóstico de fractura radiocubital con alteraciones clínicas y radiológicas, agregando el perito que, al examen, presenta dolor en la muñeca y mano derechas que se objetiva en palpación y con la realización de movimientos determinando limitación funcional; y al punto de pericia 18) responde que el demandante puede correr y saltar sin dificultad, y que la limitación funcional está dada por la dificultad que presenta el actor para realizar actividades deportivas como jugar a tenis, vóley y artes marciales, entre otros. Asimismo en el apartado EXAMEN MEDICO LEGAL de la pericia indica que al examen de mano y muñeca derechas presenta dolor palpatorio, con la movilidad activa y pasiva con dolor funcional en la excursión de sus movimientos; y que presenta dificultad para la manipulación y presión de objetos, además de movimientos finos (escribir, pintar, etc.).

Comparando lo informado por el perito médico y las constancias de autos, no cabe sino otorgar razón a la a quo respecto de la inexistencia de secuelas incapacitantes físicas derivadas del accidente sufrido por el actor.

Surge evidente que el perito incurre en contradicción con los elementos obrantes en la causa, los que, además, son acompañados en copia al informe pericial.

La atención médica del actor contemporánea al accidente no alude a fractura alguna en codo y antebrazo; solamente lo hace respecto de la muñeca. El informe del Hospital Heller es claro en orden a que el demandante sufrió fractura de muñeca y que se inmoviliza la zona afectada con yeso.

No obstante ello en el apartado ANAMNESIS, el informe pericial señala que el actor refiere haber sufrido a raíz del accidente fractura de muñeca y codo; y luego el perito al tabular la incapacidad lo hace en base al diagnóstico de fractura radiocubital, la que claramente hace alusión a los huesos que forman el antebrazo (radio y cubito). En ningún momento basa la incapacidad en una afección de la muñeca.

Incluso el perito afirma que existen alteraciones radiológicas, cuando del informe del médico radiólogo –acompañado por el mismo experto y que obra a fs. 191- dice: “Sin evidencia de alteraciones osteoarticulares radiológicamente significativas en mano y muñeca derechas”.

De lo dicho se sigue que no puede vincularse jurídicamente la incapacidad que padece el actor con las lesiones sufridas en el accidente de tránsito; circunstancia que impide el progreso de la pretensión por indemnización de la incapacidad física.

No paso por alto que el informe pericial presenta errores (incluso habla de que se examinó a la madre del actor y no a éste) que pueden ser producto de una confusión con otro caso sometido al peritaje del mismo experto, pero ello debió ser aclarado en la etapa procesal oportuna, mediante pedido de explicaciones, lo que no fue hecho.

Por ende, se confirmar el resolutorio de grado en cuanto rechaza la indemnización por daño físico.

El rechazo del daño físico trae como consecuencia que también se desestime la pretensión de gastos por tratamiento médico futuro, ya que si bien éste ha sido sugerido por el perito, al no relacionarse el daño actual con la lesión sufrida en el accidente, mal puede condenarse a los demandados para afrontar gastos para obtener la mejoría de una incapacidad que no es consecuencia del hecho dañoso.

III.- Distinta es la conclusión respecto de algunos de los otros daños reclamados en la demanda.

Los gastos por elementos ortopédicos no pueden prosperar ya que no se ha indicado que el actor requiriera de algún elemento de esta clase y, en su caso, cuál.

Los gastos de asistencia médica y radiografías también han de se rechazados ya que el accionante fue atendido en el hospital público, no habiéndose probado que se hubieran hecho consultas médicas fuera de la atención prestada en el Hospital Heller.

Respecto de los gastos de farmacia, 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).

En autos se encuentran probadas las lesiones que el actor sufrió como consecuencia del accidente de tránsito (fractura de muñeca, escoriaciones varias y herida cortante en el cuero cabelludo que debió ser suturada). La curación de tales lesiones pudo requerir, razonablemente, de la adquisición de productos medicinales, más allá de los que provee el sistema público de salud, entendiendo que la suma de $ 1.000,00 repara adecuadamente los gastos referidos.

En cuanto a los gastos por vestimenta, la parte ni siquiera denuncia que tipo de ropa utilizaba el demandante en el momento del accidente, y cuáles fueron las pérdidas o deterioros sufridos, por lo que su reparación resulta improcedente.

Tampoco se hará lugar a los gastos por traslados dado la lesión padecida y toda vez que surge de la historia clínica acompañada por el Hospital Heller que solamente concurrió para su atención el día del accidente y cuando se le retiró el yeso.

IV.- He de acoger favorablemente la pretensión de reparación del daño moral.

Teniendo en cuenta que al actor sufrió el accidente de tránsito, que este hecho le causó lesiones físicas, y que la curación de estas lesiones requirió –concretamente la fractura- del uso de yeso en su muñeca derecha durante poco más de un mes (ver historia clínica a fs. 154), va de suyo que el accionante ha padecido sufrimientos morales que deben ser reparados.

Por ende, estimo prudencialmente la suma de $ 20.000,00 en concepto de indemnización del daño moral.

No se hace lugar a la reparación del daño psicológico y a los gastos por tratamiento psicoterapéutico en tanto acuerdo con la jueza de grado en que la pericia en la materia no se encuentra debidamente fundada, no surgiendo con la claridad necesaria que el trastorno de angustia leve que precisa la experta guarde relación causal adecuada con el accidente de tránsito y/o con la lesión sufrida en el mismo.

V.- En definitiva la demanda progresa por la suma de $ 21.000,00.

Este capital devengará intereses de la siguiente manera: a) la reparación por gastos de farmacia, desde la fecha de la mora (15 de marzo de 2010) y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén;

b) la indemnización por daño moral, desde la fecha de la mora y hasta la del presente resolutorio, de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y de ahí en más y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa del mismo banco, de acuerdo con la doctrina sentada por esa Sala II en autos “Billar c/ Consejo Provincial de Educación” (expte. n° 421.965/2010, P.S. 2017-I, n° 21).

VI.- Resta por analizar el agravio referido al acogimiento de la defensa de exclusión de cobertura.

En este aspecto corresponde confirmar el resolutorio de grado.

Si bien la ausencia de carnet habilitante como causa de exclusión de la cobertura asegurativa no es, en mi opinión, absoluta, sino relativa, debiendo estarse a cada caso concreto, en los precedentes en que he rechazado dicha exclusión de cobertura con fundamento en la ausencia de carnet habilitante he considerado que la obtención de la licencia para conducir al día siguiente del accidente, o su renovación por encontrarse vencida en oportunidad del siniestro hacen presumir que, más allá de la falta administrativa, la pericia para conducir existía.

Sin embargo, en autos el conductor del vehículo embistente no tenía licencia para conducir cuando ocurrió el accidente, habiendo recién obtenido el carnet habilitante el día 25 de marzo de 2010 (fs. 170), con una diferencia temporal importante después de sucedido el hecho dañoso, lo que impide que se presuma su pericia para conducir, siendo, entonces, procedente la defensa opuesta por la aseguradora citada en garantía.

VII.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado. En consecuencia se deja sin efecto el rechazo de la demanda, y se hace lugar parcialmente a la misma, condenando a los demandados Fernando Walter Jahn y Sergio Sanfilipo a pagar al actor Marcos Eliazar Enrique Cañupan la suma de $ 21.000,00 con más los intereses fijados en el Considerando correspondiente dentro de los diez días de quedar firme la presente, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Dado el resultado de la apelación y en virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC, las costas por el acogimiento de la demanda son a cargo de los demandados vencidos en primera instancia, y en el orden causado para la segunda instancia en atención al éxito obtenido (arts. 68 y 71, CPCyC); en tanto que las costas de segunda instancia por la apelación referida a la defensa de exclusión de cobertura son a cargo del actor vencido (art. 68, CPCyC).

También se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios del fallo de grado, fijándose los emolumentos profesionales por la actuación en primera instancia en el 22,4% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses) para el letrado apoderado de la parte actora, Dr. ...; en el 11,2% de la base regulatoria par los letrados patrocinantes del demandado Sanfilipo, Dres. ..., ... y ..., en conjunto, de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594. Para el supuesto de no alcanzar los porcentajes fijados al mínimo legal, corresponde determinar los honorarios en base a este último.

Los honorarios regulados a los letrados de la aseguradora y a los peritos de autos se confirman.

Los honorarios del letrado actuante en la segunda instancia Dr. ... se determinan en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Sin perjuicio de lo que he sostenido con relación a la ausencia de la licencia para conducir como causal de exclusión de cobertura asegurativa, adhiero al voto que antecede en razón de que como bien lo destaca mi colega, se carecía de dicha licencia al momento del hecho y el mismo fue otorgado con bastante posterioridad al accidente.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 408/414 vta., y en consecuencia, hacer lugar también parcialmente a la misma, condenando a los demandados Fernando Walter Jahn y Sergio Sanfilipo a pagar al actor Marcos Eliazar Enrique Cañupan la suma de $ 21.000,00 con más los intereses fijados en el Considerando correspondiente dentro de los diez días de quedar firme la presente, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por el acogimiento de la demanda a cargo de los demandados vencidos en primera instancia, y en el orden causado para la segunda instancia en atención al éxito obtenido (arts. 68 y 71, CPCyC); en tanto que las costas de segunda instancia por la apelación referida a la defensa de exclusión de cobertura son a cargo del actor vencido (art. 68, 279; CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios del fallo de grado, fijándose los emolumentos profesionales por la actuación en primera instancia en el 22,4% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses) para el letrado apoderado de la parte actora, Dr. ...; en el 11,2% de la base regulatoria par los letrados patrocinantes del demandado Sanfilipo, Dres. ..., ... y ..., en

conjunto (arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594); para el supuesto de no alcanzar los porcentajes fijados al mínimo legal, corresponde determinar los honorarios en base a este último.

IV.- Confirmar los honorarios regulados a los letrados de la aseguradora y a los peritos de autos.

V.- Determinar los honorarios del letrado actuante en la segunda instancia Dr. ..., en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

VI.- 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

"LARA IGNACIO DAVID C/ NOGUEIRA GUILLERMO Y NOACCO MARIANO SH S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506298/2015) – Sentencia: 147/17 – Fecha: 28/05/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

RECURSO DE APELACION. HECHOS NUEVOS. OPORTUNIDAD PROCESAL. PRUEBA ANTE LA ALZADA. PRESENTACION DE DOCUMENTOS ANTE LA ALZADA. COBRO DE HABERES. ENCARGADO DEL EDIFICIO. EMPLEADOR. CONSORCIO DE COPROPIETARIOS. ADMINISTRADORES DEL CONSORCIO. FALTA DE LEGITIMACION PASIVA.

1.- El art. 260 del CPCyC permite alegar hechos nuevos en segunda instancia, cuando hubiera transcurrido la oportunidad prevista en el art. 365 o se tratare del supuesto contemplado en el art. 366, ambos del mismo código procesal, permitiéndose, entonces la apertura a prueba en la Alzada. De los propios términos de la denuncia del hecho nuevo formulada por la parte actora surge que aquél estaba en conocimiento del actor en oportunidad de instar la presente acción, por lo que no puede ser aceptado como tal.

2.- El rechazo del hecho nuevo importa la denegatoria a la producción de prueba informativa en la Alzada, que fue ofrecida para corroborar aquél.

3.- Debe ser confirmada la sentencia que rechazó la demanda por cobro de haberes iniciada por el encargado del edificio al hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los demandados, por cuanto la demanda de autos debió ser dirigida contra el consorcio de propietarios y no contra los administradores por si, toda vez que, reitero, el empleador del actor fue el consorcio, por lo que era él quién estaba obligado al pago de las remuneraciones de ley, más allá que en la práctica tal pago lo efectivizara el administrador, en cumplimiento del mandato conferido.

Texto completo:

NEUQUEN, 28 de junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “LARA IGNACIO DAVID C/ NOGUEIRA GUILLERMO Y NOACCO MARIANO SH S/ COBRO DE HABERES”, (JNQLA1 EXP Nº 506298/2015), 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.- Ambas partes plantearon recursos de apelación contra la sentencia de fs. 95/97 vta., que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La parte demandada se agravia por el error incurrido en el nombre de su letrado, que no es Mariano sino Mario.

Luego, también formula queja porque los señores Nogueira y Noacco no son la parte actora, sino la demandada.

Cuestiona la regulación de honorarios de su letrado señalando que el monto de la demanda, sin interese, ascendía a $ 15.165,09, entendiendo que la regulación efectuada vulnera la jurisprudencia pacífica de la Cámara de Apelaciones que indica que la base regulatoria está constituida por el capital con más sus intereses.

Agrega que incluso se vulnera el art. 9 de la ley 1.594.

b) La parte actora se agravia por el rechazo de la demanda y denuncia como hecho nuevo que el actor, al momento de incoar la acción, se reunió informalmente con Nicolás Sancho, quién reside en el edificio y es una especie de representante de los propietarios, quien le informó que el Consorcio de Propietarios del Edificio Nehuen no se encontraba formalmente constituido y que se dirigiera a los administradores del Consorcio.

Señala que con posterioridad a la audiencia conciliatoria celebrada en autos, los demandados remiten mail a los propietarios, cuya copia acompaña, solicitando que dicha documental sea incorporada como prueba en los términos del art. 260 inc. 3 del CPCyC.

Pone de manifiesto que en dicho mail los demandados reconocen haber tomado la decisión de no abonar lo que correspondía por una interpretación errónea que ellos mismos hacen de la norma en cuestión, para luego meses después abonarla correctamente también de manera unilateral.

Ofrece como prueba en segunda instancia que se oficie al Registro Público de Comercio a los fines que indica.

Luego expresa agravios quejándose que la sentencia de grado no ha tomado en consideración los hechos invocados por su parte.

Dice que los demandados manifestaron tomar la decisión unilateralmente, sin convocar a Asamblea Extraordinaria de consorcistas, tal como lo establece la legislación vigente y en los términos del mandato que invocaron al interponer la excepción de falta de legitimación pasiva, escudándose en un supuesto mandato para no afrontar la errónea y arbitraria decisión que tomaron.

Sigue diciendo que los demandados siempre fueron quienes negociaron y se pusieron al frente de todas y cada una de las cuestiones atinentes al trabajo del actor, de hecho y tal como surge del intercambio epistolar nunca invocaron la falta de legitimación, ya que las cartas documentos fueron contestadas y rechazadas por los demandados. Agrega que ellos mismos fueron quienes se presentaron ante el Ministerio de Trabajo a los fines de iniciar un expediente tendiente a lograr la aclaración del objeto de este litigio.

Destaca que la realidad indica que son los demandados quienes abonan los salarios del demandante, y quienes se negaron a abonar lo que legalmente correspondía.

Cita jurisprudencia.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la demandada a fs. 107/vta.

d) La parte demandada contesta el traslado del memorial de su contraria a fs. 109/110 vta.

Señala que la crítica de la recurrente no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Se opone a la incorporación de la documentación acompañada, desconociéndola por tratarse de una hoja simple que pudo haber sido confeccionada por cualquier persona.

Dice que el consorcio estaba y está constituido, y que la designación del Administrador es la que ha permitido su inscripción en la AFIP, y la posibilidad de dar de alta al trabajador.

Afirma que el Administrador representa al Consorcio pero no puede ser responsable directo de los reclamos laborales de los empleados que trabajan y se desempeñan para el primero.

II.- Ingresando al tratamiento de los recurso de autos, he de analizar, en primer lugar, la pretensión de la parte actora de incorporar un hecho nuevo y prueba documental en esta instancia, y de diligenciar prueba informativa también en segunda instancia.

El art. 260 del CPCyC permite alegar hechos nuevos en segunda instancia, cuando hubiera transcurrido la oportunidad prevista en el art. 365 o se tratare del supuesto contemplado en el art. 366, ambos del mismo código procesal, permitiéndose, entonces la apertura a prueba en la Alzada.

De los propios términos de la denuncia del hecho nuevo formulada por la parte actora surge que aquél estaba en conocimiento del actor en oportunidad de instar la presente acción, por lo que no puede ser aceptado como tal.

El rechazo del hecho nuevo importa la denegatoria a la producción de prueba informativa en la Alzada, que fue ofrecida para corroborar aquél.

No obstante lo dicho cabe llamar la atención sobre que a fs. 29/52 obra escritura pública de la que surge la constitución del Consorcio de Copropietarios “Edifico Nehuen”, de fecha anterior al inicio de la relación laboral de autos, la que no fue cuestionada por la accionante.

Por otra parte, y aún cuando el consorcio no estuviere regularmente inscripto ante el Registro de la Propiedad Inmueble (con lo cual la prueba ofrecida resulta inconducente), de todos modos los legitimados pasivos no son los demandados, sino, en todo caso, los propietarios individualmente considerados, teniendo en cuenta como ha quedado trabada la litis, a lo que me referiré más adelante.

En cuanto al documento que solicita la actora sea incorporado en esta instancia, el mismo es de fecha anterior a la providencia que llama autos para sentencia, no habiendo invocado la parte no haber tenido conocimiento de su existencia con anterioridad a dicha providencia, por lo que no se cumple con los recaudos del art. 260 inc. 3° del CPCyC. Marcelo López Mesa, con cita de jurisprudencia, destaca que la agregación de documentos en la Alzada es una facultad excepcional, y sólo corresponde en los casos específicamente señalados; y en el supuesto de fecha anterior a la providencia de llamamiento de autos para sentencia de primera instancia, para poder agregar la documentación, deben darse razones suficientes y verosímiles que excusen la falta de presentación ante el a quo (cfr. aut. cit., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, 2012, T. II, pág. 1.038/1.039); razones que como se señaló se encuentran ausentes en el presente proceso.

Consecuentemente no se hace lugar a la incorporación de la documentación acompañada por la parte actora, debiendo, en la instancia de grado, procederse a su desglose y devolución al presentante.

III.- Luego, se advierte que el recurso de apelación de la parte actora, aunque en forma mínima, reúne los requisitos del art. 265 del CPCyC, por lo que se ha de abordar la queja formulada.

IV.- El juez de grado ha rechazado la demanda por cuanto ha hecho lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los demandados, y entiendo que los argumentos desarrollados por la recurrente no conmueven la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia.

No se encuentra discutido en autos que el actor prestaba sus servicios en el Edifico Nehuen, trabajando, en consecuencia, para el consorcio de propietarios o, en todo caso, para el conjunto de los propietarios –de no encontrarse regularmente inscripto el consorcio-.

Surge de los recibos de haberes acompañados por la misma parte actora que el demandante era empleado del Consorcio de Propietarios del Edifico Nehuen (fs. 9/18), como así también en la demanda se reconoce que el actor era encargado de dicho edificio (fs. 19).

Luego, la empleadora del actor fue el consorcio de propietarios (o el conjunto de los propietarios) y no los administradores del mismo.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala C, “Quiroz c/ R., M.I.”, 21/4/2004, LL AR/JUR/2669/2004) sostuvo que: “Aún cuando no se compartiera la doctrina que atribuye personalidad al consorcio…, y se entendiera a éste como el conjunto de los copropietarios sometidos a un específico o particular modo de conservar y administrar las cosas comunes…, o como una expresión gramatical que reemplaza en conjunto a todos los copropietarios de los elementos y sectores comunes… no variaría la solución pues en realidad se trata de un régimen que contempla para su funcionamiento la existencia de un administrador que es el representante del consorcio, tanto sea interpretado éste como persona jurídica o como conjunto de copropietarios…Aceptado este principio, el administrador cumple una clara función representativa en los límites de su mandato…sobre la base de lo normado por los arts. 1.869, 1.930 y 1.947 del Cód. Civil, la acción intentada individualmente contra la administración del consorcio (mandatario) por –según se aduce- incumplimiento de los deberes que se encontrarían a cargo de su mandante es improcedente, y por lo tanto la excepción de falta de legitimación pasiva ha sido bien admitida”.

Incluso con el Código Civil y Comercial de la Nación –vigente al momento de la interposición de la demanda- la naturaleza jurídica del consorcio de propietarios se ha clarificado, en tanto su art. 2.044 dispone que el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio, la que tiene su domicilio en el inmueble, siendo sus órganos la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. En tanto que el art. 2.065 de la nueva codificación establece que el administrador es representante legal del consorcio con el carácter de mandatario.

Ergo, la demanda de autos debió ser dirigida contra el consorcio de propietarios y no contra los administradores por si, toda vez que, reitero, el empleador del actor fue el consorcio, por lo que era él quién estaba obligado al pago de las remuneraciones de ley, más allá que en la práctica tal pago lo efectivizara el administrador, en cumplimiento del mandato conferido.

De lo dicho se sigue que no puede aceptarse la teoría de la apariencia jurídica, que pareciera querer esgrimir la actora recurrente, por cuanto las funciones del administrador del consorcio son precisamente las cumplidas por los demandados, encontrándose correctamente indicado en la documentación laboral entregada al actor y que éste acompañó a autos, quién era su empleador.

Luego, no puede existir confusión alguna al respecto.

Y esta situación no varía ya sea que se analice a la luz del Código Civil de Vélez Sarsfield –vigente durante la relación laboral y a la fecha del reclamo extrajudicial-; o bajo las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente al momento de la interposición de la demanda.

Por tanto se ha de confirmar el resolutorio de grado.

V.- Resta por analizar la apelación arancelaria, advirtiéndose que la queja fue planteada por los demandados y no por el letrado que los asistió a título personal.

En estos términos no existe agravio para los demandados recurrentes, por lo que la apelación resulta improcedente.

Esta Sala II tiene dicho que “la apelación planteada por la parte actora respecto de los honorarios de sus abogados por bajos, resulta improcedente, ya que en este aspecto no existe agravio para la apelante. En todo caso la queja tendría que haberse formulado porque los honorarios eran altos o, en su caso, haber sido interpuesta por los letrados a título personal” (autos “Fuenzalida c/ Genero”, expte. n° 447.712/2011, P.S. 2016-IV, n° 98).

Sin perjuicio de ello, el monto de la demanda debe entenderse en los términos del art. 20 de la ley 1.594, con la reforma introducida por la ley 2.933, toda vez que ha sido la normativa citada por el a quo para fundar la regulación efectuada.

Si bien los errores incurridos en la parte resolutiva del decisorio de grado pueden ser corregidos oficiosamente en la instancia de origen, por razones de economía procesal, se rectifica el nombre del letrado de la parte demandada, haciéndose constar que el mismo es Mario A. Muñoz y no Mariano A. Muñoz, como figura en el fallo recurrido, y que los señores Guillermo Nogueira y Mariano Noacco son demandados en autos.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo: 1) no hacer lugar a la incorporación de prueba documental, y a la denuncia de hecho nuevo, y la consecuente apertura a prueba en segunda instancia; todas peticiones formuladas por la parte actora, debiendo procederse, en la instancia de grado, al desglose del documento acompañado con la expresión de agravios y devolución a su presentante; 2) rechazar los recursos de apelación de autos; 3) rectificar la parte resolutiva del fallo de grado, haciendo constar que el letrado de los demandados Nogueira y Noacco es el Dr. ..., confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

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 resulte para cada uno de ellos, en igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- No hacer lugar a la incorporación de prueba documental, a la denuncia de hecho nuevo, y la consecuente apertura a prueba en segunda instancia; todas peticiones formuladas por la parte actora, debiendo procederse, en la instancia de grado, al desglose del documento acompañado con la expresión de agravios y devolución a su presentante.

II.- Rechazar los recursos de apelación de autos.

IV.- Rectificar la parte resolutiva del fallo de grado, haciendo constar que el letrado de los demandados Nogueira y Noacco es el Dr. ..., confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

V.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

VI.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que resulte para cada uno de ellos, en igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

VII.- 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

"MUÑOZ PEDRO MARTIN Y OTRO C/ ZAPATA HORACIO ANDRES S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502358/2014) – Sentencia: 149/17 – Fecha: 04/07/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DESPIDO. PRESUNCION DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO. ALCANCE DE LA PRESUNCION.

Debe ser confirmada la sentencia que hace lugar a la demanda por despido por cuanto esta Sala, en numerosos precedentes, ha sentado doctrina en el sentido que la presunción del artículo 23 de la ley de contrato de trabajo resulta aplicable si se demuestra la prestación de servicios, estando a cargo de la demandada desvirtuar dicha presunción, lo que no ha ocurrido y ni siquiera ha sido esgrimido como agravio.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MUÑOZ PEDRO MARTIN Y OTRO C/ ZAPATA HORACIO ANDRES S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS”, (JNQLA6 EXP Nº 502358/2014), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 103/110 hace lugar a la demanda y en consecuencia condena a Pedro Martín Muñoz a abonar la suma de $180.486 con mas sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 113 y cuyo traslado no fuera respondido.

II.- El único agravio vertido por el demandado, consiste en sostener que el artículo 23 de la ley de contrato de trabajo no es aplicable al caso de autos, toda vez que no quedó probada la subordinación de los actores y que hayan percibido remuneración por su parte.

El agravio vertido no será aceptado toda vez que esta Sala, en numerosos precedentes, ha sentado doctrina en el sentido que la presunción del artículo 23 de la ley de contrato de trabajo resulta aplicable si se demuestra la prestación de servicios, estando a cargo de la demandada desvirtuar dicha presunción, lo que no ha ocurrido y ni siquiera ha sido esgrimido como agravio.

Por lo demás dicha postura ha sido receptada por el Tribunal Superior de Justicia conforme el precedente que cita la jueza y a cuyo respecto al apelante nada ha dicho.

En cuanto a los honorarios regulados, se advierte que los mismos resultan ajustados a las pautas arancelarias, por lo que serán también confirmados.

III.- Por las razones expuestas propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la demandada.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de grado obrante a fs. 103/110.

II.- Imponer las costas de Alzada a al demandada (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 origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici
Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA

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

"VILDOZA BARBARA AILIN C/ PEREZ JUAN DOMINGO 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.: 474440/2013) – Sentencia: 156/17 – Fecha: 06/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

DAÑOS Y PERJUICIOS. SEGURO DE TRANSPORTE. ASEGURADOR. COBERTURA. ALCANCE. DAÑOS A LAS PERSONAS. INCAPACIDAD FISICA. CUANTIFICACION DEL DAÑO. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION.

1.- Teniendo en cuenta el allanamiento de la actora y toda vez que las pólizas relacionadas con el seguro del transporte se encuentran determinadas por la autoridad de aplicación, corresponde hacer lugar al agravio referido a la limitación de la cobertura, cuestión esta que no fuera examinada por la jueza de Primera Instancia.

2.- Para apreciar el resarcimiento el concepto de incapacidad física, es dable consignar que hemos variado la determinación del monto del rubro en cuestión, propiciando la aplicación del promedio entre la fórmula “Vuotto” y “Méndez”.

Por lo tanto y tomando en cuenta los parámetros fijados en la sentencia, que no se encuentran debidamente cuestionados y aplicando el criterio a que se aludiera en el párrafo que antecede, es que el rubro en cuestión debe elevarse hasta el importe de $75.000.

3.- En cuanto al daño moral y conforme el criterio sentado por la Cámara en relación al tema y tomando en cuenta las consecuencias derivadas del accidente y las periciales médica y psicológica, estimo adecuado elevar el monto por daño moral a la suma total de $15.000.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “VILDOZA BARBARA AILIN C/ PEREZ JUAN DOMINGO Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, (JNQCI2 EXP Nº 474440/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 252/256 hace lugar a la demanda y en consecuencia condena a Juan Domingo Pérez, Indalo SA y Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros a abonar la suma de $59,474 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la aseguradora en los términos que resultan del escrito de fs. 281/292 y la actora a fs. 293/296, siendo respondidos a fs. 301 y 298/299 respectivamente.

II.- Se agravia la aseguradora por cuanto no se la condenó en la medida del seguro aludiendo a la limitación de responsabilidad fijada en el contrato de seguro y plantea que se abra a prueba dicha cuestión.

Teniendo en cuenta el allanamiento de la actora y toda vez que las pólizas relacionadas con el seguro del transporte se encuentran determinadas por la autoridad de aplicación, corresponde hacer lugar al agravio referido a la limitación de la cobertura, cuestión esta que no fuera examinada por la jueza de Primera Instancia.

En tal sentido es que la producción de prueba en la Alzada, que hubiese sido pertinente, resulta innecesaria ya que la condena deberá hacerse en la medida del seguro tomando en cuenta la franquicia invocada.

III.- Plantea la actora en su primer agravio que el monto fijado por la sentenciante en concepto de incapacidad física es insuficiente, propiciando el criterio utilizado por esta Sala en lo que al tema se refiere y citando precedente que avala su postura.

Analizado el tema, asiste razón al quejoso toda vez que como bien lo pone de manifiesto a través del precedente de esta Sala que menciona y transcribe en lo pertinente, hemos variado la determinación del monto del rubro en cuestión, propiciando la aplicación del promedio entre la fórmula “Vuotto” y “Méndez”.

Por lo tanto y tomando en cuenta los parámetros fijados en la sentencia, que no se encuentran debidamente cuestionados y aplicando el criterio a que se aludiera en el párrafo que antecede, es que el rubro en cuestión debe elevarse hasta el importe de $75.000.

En cuanto al daño moral y conforme el criterio sentado por la Cámara en relación al tema y tomando en cuenta las consecuencias derivadas del accidente y las periciales médica y psicológica, estimo adecuado elevar el monto por daño moral a la suma total de $15.000.

IV.- Por las razones expuestas propongo: 1) hacer lugar al recurso de la aseguradora la que deberá ser condenada en la medida del seguro, y rechazando el planteo de producción de prueba en la Alzada por innecesario, con costas en el orden causado atento que la omisión derivó de la decisión del juez y la actora se allanó al planteo. 2) hacer lugar al recurso deducido por la actora y en consecuencia elevar el monto de condena a la suma total de $90.000, costas de Alzada a la demandada y su aseguradora vencida. Los honorarios de primera instancia serán dejados sin efecto, difiriéndose su regulación, y fijándose los de Alzada en base al artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de la aseguradora la que deberá ser condenada en la medida del seguro, y rechazando el planteo de producción de prueba en la Alzada por innecesario, con costas en el orden causado atento que la omisión derivó de la decisión del juez y la actora se allanó al planteo.

II.- Hacer lugar al recurso deducido por la actora y en consecuencia elevar el monto de condena a la suma total de $90.000, costas de Alzada a la demandada y su aseguradora vencida.

III.- Los honorarios de primera instancia serán dejados sin efecto, difiriéndose su regulación.

IV.- 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).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"SANHUEZA SAN MARTIN ELIZABETH C/ CORTES ENRIQUE MARCELO 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.: 468167/2012) – Sentencia: 157/17 – Fecha: 06/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. AUTOMOTOR. CICLISTA. PUERTA. COSA RIESGOSA. RELACION DE CAUSALIDAD. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD.

Resulta responsable el co demandado en la producción del accidente donde un ciclista fue embestido por otro automotor, pues la conducta imprudente de abrir la puerta de su vehículo evidentemente sin cerciorarse que nadie viniera circulando por la calle en la cual había estacionado, cuando tendría que haber advertido la presencia de la ciclista, que se acercaba, no es una mera condición del hecho dañoso, sino que se erige, en concausa del mismo.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SANHUEZA SAN MARTIN ELIZABETH C/ CORTES ENRIQUE MARCELO Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (JNQCI2 EXP Nº 468167/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora y la citada en garantía Liberty Seguros Argentina S.A. interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 330/334 vta., que hace lugar a la demanda respecto de los demandados Di Pietri y Ascua y de la aseguradora recurrente; y la rechaza respecto de los demandados Cortés, Pozzi y la aseguradora El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A., con costas en cada caso a los vencidos.

a) La parte actora se agravia por el rechazo de la demanda.

Dice que la a-quo ha entendido que no obstante haberse acreditado que el señor Cortés realizó una apertura intempestiva de la puerta izquierda del rodado Dodge Journey, no existió contacto entre la puerta y la damnificada.

Sostiene que no resulta necesario el contacto de la cosa con la víctima para que el nexo causal se manifieste.

Destaca que todo aquél que procura abrir la puerta está invadiendo la calzada, e importa un obstáculo para la circulación y debe extremar todas las medidas del caso para evitar perturbar el desplazamiento de quienes marchan por la arteria en la que se ha estacionado el vehículo.

Afirma que el demandado Cortés no puso el debido cuidado al abrir la puerta delantera izquierda, siendo negligente su conducta.

Insiste en que el daño no se hubiera producido si el señor Cortés no hubiera abierto la puerta.

Considera que la jueza de grado no ha tenido en cuenta ni la teoría de la causalidad adecuada ni el riesgo creado.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones y doctrina.

b) Los demandados Cortés, Pozzi y su aseguradora contestan el traslado de la expresión de agravios a fs. 359/630 vta.

Dice que se encuentra probado que el accionar del señor Cortés no ha sido intempestivo ni negligente, y su conducta no ha sido la causa determinante en la producción del accidente, sino que ésta se encuentra en la conducta del demandado Di Pietri, quién embiste a la ciclista. Agrega que la relevancia jurídica de la conducta de este último desplaza cualquier vestigio de causalidad que quisiera atribuirse al riesgo o vicio de la cosa, o a la conducta de chofer de la camioneta.

Alude a la diferencia entre causa y mera condición.

Hace reserva del caso federal.

c) El recurso de la aseguradora Liberty fue declarado desierto en atención a que no expresó agravios (fs. 361).

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, y analizadas las constancias de la causa, entiendo que asiste razón al recurrente.

En autos "Huarte c/ Crescimone" (expte. n° 304.303/2003, P.S. 2012-V, n° 157) sostuve que: "El art. 48 inc. t) de la Ley Nacional de Tránsito prohíbe estorbar u obstaculizar de cualquier forma la calzada. La actitud tenida por el demandado importa una obstaculización de la calle Planas que, además de estar prohibida, convirtió a la puerta del automotor que conducía en una cosa riesgosa en los términos del art. 1.113 del Código Civil.

"Cuando se abre la puerta de un automotor hacia el lugar por donde circulan otros automotores, esa puerta se constituye en un obstáculo en la vía pública, que interfiere en la libre circulación. Es por ello que esta maniobra debe ser efectuada con cuidado, cerciorándose de que no venga ningún vehículo circulando y pueda chocar contra este obstáculo. De acuerdo con la declaración testimonial a la que vengo haciendo referencia, el demandado Crescimone no sólo no prestó atención a las circunstancias del tráfico al abrir la puerta –se encontraba hablando por teléfono-, sino que mantuvo la puerta abierta o entreabierta, obstaculizando la calzada más allá del tiempo necesario para el descenso. Esta conducta también resulta imprudente, aunque en menor medida que la tenida por el ciclista.

"Llegado a este punto, y como nos encontramos dentro de la manda del art. 1.113 del Código Civil, más allá de la actitud pasiva de la cosa –puerta del automotor-, su posición y permanencia en el tiempo la convirtieron en riesgosa.

"Sostienen Marcelo López Mesa y Félix Trigo Represas ("Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, 2004, T. III, pág. 308/309) que el carácter inerte de la cosa, no impide valorarla como riesgosa, constituyendo un supuesto de daño causado por el riesgo de la cosa, "las lesiones sufridas al tropezar con un objeto inerte e inmóvil, pues una cosa puede ser riesgosa cuando por sus propias cualidades, el destino brindado, su estado de presentación, conformación o colocación genera la eventualidad, contingencia o proximidad de un daño". El uso que se hizo, entonces, de la puerta, interfiriendo en la libre circulación de los vehículos, y manteniendo la obstaculización por un tiempo que excede el necesario para descender del automotor constituyen un uso indebido de la cosa, que la ha convertido en riesgosa".

En autos, el demandado Cortés abrió la puerta de su vehículo evidentemente sin cerciorarse que nadie viniera circulando por la calle en la cual había estacionado. De otro modo tendría que haber advertido la presencia de la ciclista, que se acercaba.

Los dichos de la única testigo presencial del accidente –Gabriela Alejandra Guajardo- señalan: "…yo venía por la vereda de enfrente de donde fue el accidente hacia Bahía Blanca. Y la señora iba para el lado que da la mano de la calle. Bueno, vi cuando abrieron una puerta, ella la esquivó y vino otro auto y con la trompa la chocó" (acta de fs. 281/vta.).

Por su parte la pericia en accidentología también da cuenta de que el accidente se produce cuando la ciclista advierte la apertura de la puerta delantera izquierda de una camioneta marca Dodge que se encontraba estacionada paralela al cordón derecho de la arteria, y para evitar la colisión realiza una maniobra de evasión, oportunidad en la que es embestida por otro vehículo que circulaba por el lugar (fs. 226).

De ello se sigue que, más allá que no existió contacto entre la cosa y la víctima, de todos modos la conducta imprudente del demandado Cortés generó un riesgo en la circulación vehicular que se erige en concausa del accidente de autos.

Agustín Rugna cita un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de San Juan, Sala I, que sostiene que el art. 1.113 del Código Civil es aplicable a los daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada mediante la utilización de una cosa que, no siendo peligrosa o riesgosa por su naturaleza –en el caso el accidente se produjo también con motivo de la apertura de una puerta de un automóvil estacionado- ve potenciada esa aptitud para genera daños por la propia conducta del responsable que multiplica, aumenta o potencia la posibilidad dañosa (cfr. aut. cit., "Daños causados con la intervención de cosas", LL AR/DOC/787/2001).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino también destacó la actitud del conductor del rodado, violatoria de los deberes de cuidado y previsión, al proceder a la apertura de la puerta izquierda del rodado sin extremar las precauciones necesarias para evitar que ello se convierta en un obstáculo imprevisto para cualquier vehículo que circule por la calle (autos "Barrera c/ Tiveron", 12/2/2015, LL AR/JUR/1142/2015).

De igual modo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, en un caso similar al de autos, donde un ciclista fue embestido por un automóvil como consecuencia de una maniobra igual a la realizada por el demandado Cortés, atribuyó responsabilidad en partes iguales a los conductores de sendos automotores, toda vez que aquél que procedió a la apertura de la puerta de manera imprudente fue el iniciador del evento dañoso (autos "Lozada c/ Capdevilla", 14/11/2008, LL AR/JUR/16219/2008).

La conducta imprudente del señor Cortés no es una mera condición del hecho dañoso, sino que se erige, como ya lo señalé, en concausa del mismo, toda vez que fue la intempestiva irrupción del obstáculo en la circulación de la actora, la que la obligó a desviar su trayecto para evitar el impacto, siendo embestida por otro automotor. De no haber existido la apertura de la prueba, del modo en que fue realizada, la actora no hubiera desviado su trayecto y el accidente no habría ocurrido. Consecuentemente, la conducta del demandado Cortés es causa directa de la producción del daño a la demandante.

Cabe recordar que para la teoría de la causalidad adecuada, acogida hace ya tiempo por nuestro ordenamiento jurídico, y a diferencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la causa es una condición, pero no cualquier condición, sino una de la que pueda predicarse una probabilidad calificada de haber desencadenado el resultado. Causa y condición tienen, entonces, una

relación de género a especie. La condición es el género, la causa una especie de ella, muy particular y calificada, y con alta eficacia para desencadenar el resultado (cfr. López Mesa, Marcelo, "El mito de la causalidad adecuada", LL 2008-B, pág. 861).

En tales términos, y como lo adelanté, la conducta del demandado es una causa del accidente y no una mera condición.

Por lo dicho, la condena de autos debe hacerse extensiva a los demandados Cortés y Pozzi y a su aseguradora.

III.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar parcialmente el resolutorio apelado en cuanto dispone el rechazo de la demanda respecto de los demandados Cortés, Pozzi y su aseguradora.

En consecuencia se hace lugar a la demanda respecto de los demandados Enrique Marcelo Cortés, y Gilda Judith Pozzi y de su aseguradora El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A., ésta última en la medida del contrato de seguro, condenándolas al pago, dentro de los diez días de quedar firme la presente, de la suma de $ 98.631,02 con más sus intereses, de acuerdo con lo establecido en la sentencia de grado, y las costas del proceso.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de los demandados Cortés, Pozzi y de El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A. (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada en el 35% de la suma que se determine en igual concepto y por su labor en la primera instancia para el Dr. ..., y en el 30% de la suma que se regule para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado, para los Dres. ... y ... (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 parcialmente el resolutorio apelado en cuanto dispone el rechazo de la demanda respecto de los demandados Cortés, Pozzi y su aseguradora.

II.- Hace lugar a la demanda respecto de los demandados Enrique Marcelo Cortés, y Gilda Judith Pozzi y de su aseguradora El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A., ésta última en la medida del contrato de seguro, condenándolas al pago, dentro de los diez días de quedar firme la presente, de la suma de $ 98.631,02 con más sus intereses, de acuerdo con lo establecido en la sentencia de grado, y las costas del proceso.

III.- Imponer las costas de Alzada a los demandados Cortés, Pozzi y de El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A. (art. 68, CPCyC).

IV.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada en el 35% de la suma que se determine en igual concepto y por su labor en la primera instancia para el Dr. ..., y en el 30% de la suma que se regule para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado, para los Dres. ... y ... (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Sandra C. Andrade – SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"ARAUJO MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ CARRIL JORGE CESAR S/ ACCION DE REMOCION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 503111/2014) – Sentencia: 158/17 – Fecha: 06/07/2017

DERECHO CIVIL: Contratos.

FIDEICOMISO. INTERPRETACION DEL CONTRATO.

Corresponde confirmar la sentencia que que hace lugar a la demanda, ordenándose la

remoción del demandado como fiduciario, si de la lectura del contrato llamado de fideicomiso inmobiliario, se advierte que lo convenido entre las partes no es un contrato de fideicomiso, en tanto ni invocando la ley 24.441 –vigente al momento de la celebración del contrato y del pedido de remoción del denominado fiduciario-, ni de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial podemos afirmar que nos hallamos ante dicho acto jurídico.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ARAUJO MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ CARRIL JORGE CESAR S/ ACCION DE REMOCION”, (JNQCI2 EXP Nº 503111/2014), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 156/160, que hace lugar a la demanda, ordenándose la remoción del demandado como fiduciario del Fideicomiso Inmobiliario al Costo Plottier, rechazando las pretensiones de designación de reemplazante y de revocación de poder irrevocable, todo con costas al accionado.

a) La recurrente se agravia señalando que la sola remoción del demandado como fiduciario no permite que la Escribana de Rosas revoque el poder del fiduciario, habiendo manifestado la notaria que sin la expresa conformidad con rúbrica del fiduciario no permite la escrituración del inmueble a favor del fideicomiso, con fundamento en la irrevocabilidad del poder otorgado, excepto sentencia judicial que así lo disponga.

Dice que el pronunciamiento de grado excede la voluntad de las partes, dado que la actora ha señalado tres pretensiones en su demanda, y el demandado ha formulado allanamiento total, absoluto e incondicionado; en tanto que la jueza de grado solamente declara procedente una pretensión.

También formula queja por la negativa a designar un reemplazante del fiduciario removido con fundamento en que los actores han designado un nuevo fiduciario.

Señala que si bien los vecinos del fideicomiso designaron a la Comisión Vecinal en reemplazo del señor Carril, aquellos solamente están habilitados para la realización de trámites menores, en tanto se continúa con la valla del poder irrevocable a nombre del demandado.

Sostiene que la a-quo les endilga no haber acompañado el poder irrevocable, pero omite considerar que se ofreció prueba informativa a la Escribanía Laura Gómez Rosas a efectos que adjuntara copia del referido poder, más esta prueba no fue producida en atención al allanamiento formulado por el demandado.

Plantea el 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, y luego de analizada la causa, entiendo que corresponde confirmar el resolutorio de grado.

En realidad, de la lectura del contrato llamado de fideicomiso inmobiliario obrante a fs. 57/64, se advierte que lo convenido entre las partes no es un contrato de fideicomiso.

Ni invocando la ley 24.441 –vigente al momento de la celebración del contrato y del pedido de remoción del denominado fiduciario-, ni de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial podemos afirmar que nos hallamos ante un fideicomiso.

En efecto, el art. 1° de la ley 24.441 determina que: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quién se obliga a ejercerla en beneficio de quién se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Por su parte el Código Civil y Comercial, en su art. 1.666, regla: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quién se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”.

Si comparamos el texto del contrato de autos con los preceptos legales, el primero no se adecua a los segundos.

En términos generales podría entenderse que el contrato de autos es una gestión de negocios, en tanto los denominados

"fiduciarios beneficiarios encomiendan al fiduciario la gestión de compra, para la adquisición de una o más unidades en mayor fracción en la Ciudad de Plottier, Provincia de Neuquén, para que posteriormente sea subdividida según la autorización para dicho loteo sea otorgada por parte de la Municipalidad de Plottier, para su posterior adjudicación a los fiduciantes beneficiarios, mediante sorteo de cada unidad parcelaria subdividida, en virtud del cual el fiduciario cumplirá su cometido otorgando las escrituras previo los trámites necesarios para transmitir a los beneficiarios la propiedad plena de los lotes a favor de los fiduciantes beneficiarios, adquiridos mediante boleto de compraventa irrevocable en los términos del artículo 2.662 del Código Civil y disposiciones de la ley 24.441, a fin de que los lotes sean afectados al destino para el cual ha sido creado este fideicomiso, los valores de adjudicación serán los correspondientes al costo de la gestión encomendada, y transferir la propiedad plena de los bienes fideicomitidos a los respectivos fiduciantes beneficiarios al finalizar el encargo".

Como vemos en autos nunca hubo bien o bienes fideicomitidos, no siendo claro tampoco la individualización de los beneficiarios, ya que se alude a fiduciantes beneficiarios, que en realidad son solamente dos de acuerdo con el contrato, pero se abre la posibilidad que sean beneficiarios a una cantidad indeterminada de personas, previa adhesión al contrato.

Por otra parte los contratos de adhesión (fs. 55/56) han encomendado una gestión al hoy demandado, ya que ellos ni siquiera se encuentran suscriptos por los denominados fiduciantes beneficiarios.

En estos términos, el allanamiento del demandado solamente puede ser útil respecto de su remoción del cargo en que fue contractualmente designado, pero no puede hacerse extensivo a las restantes pretensiones de la demanda.

Corresponde recordar que el allanamiento del demandado no exime al juez de dictar sentencia conforme a derecho (art. 307, CPCyC).

Roland Arazi y Jorge A. Rojas, con cita de doctrina y jurisprudencia, sostienen que el allanamiento no tiene eficacia vinculatoria para el juez, quién no está obligado a dictar un veredicto estrictamente adecuado a los términos de la pretensión; pues, el juzgador dictará sentencia conforme a derecho, de manera que la victoria del accionante, en caso de allanarse el accionado, no deriva del allanamiento, sino que se desprende como una consecuencia inmediata del hecho que la pretensión sea jurídicamente fundada (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado…", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. II, pág. 254).

Luego, con relación a la designación de un reemplazante del demandado en la tarea encomendada, será cada parte de los contratos suscriptos, atento los términos de los mismos, quién debe decidir si continúa la gestión por sí mismo o designa un nuevo gestor.

En cuanto al poder irrevocable –y sin abrir juicio sobre la posibilidad de la revocación judicial de un mandato de estas características-, entiendo que ello no puede resolverse sin que el mandante intervenga en el pleito, toda vez que ha sido éste quién se comprometió a no revocar el mandato.

En el supuesto de autos, la mandante es la titular registral del inmueble en el cual se asientan los inmuebles de los actores, por lo que nada puede decidirse sin que aquella ejerza su derecho de defensa.

Ello, claro está, sin perjuicio que los actores exijan el cumplimiento del mandato al mandatario, una vez cumplimentados los trámites de subdivisión o en condominio, si es que la manda otorgada lo permite.

III.- Conforme 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 son a cargo de los actores (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de las letradas actuantes ante la Alzada Dras. ... y ... en la suma de $ 3.367,00 en conjunto (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 obrante a fs. 156/160.

II.- Imponer las costas de Alzada a los actores (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de las letradas actuantes ante la Alzada Dras. ... y ... en la suma de $ 3.367,00 en conjunto (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA

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

"SOLDATI ANTONIO ATILIO AGUSTIN HECTOR LUIS Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 517635/2017) – Interlocutoria: 261/17 – Fecha: 27/07/2017

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

FACULTADES DEL JUEZ. REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. COPIAS DEL ARCHIVO HISTORICO.

Corresponde hacer lugar al trámite iniciado por los actores a fin de que el juzgado interviniente ordene al Registro de la Propiedad Inmueble una copia certificada del archivo histórico del protocolo que individualizan, a efectos de subsanar la inscripción de la transferencia por declaratoria, por haberse omitido identificar a los herederos con sus documentos de identidad, y finalmente, puedan poner en venta la propiedad, pues de acuerdo a nuestra ley registral, las copias del archivo histórico de los inmuebles matriculados y las correspondientes a asientos registrales referidos a inmuebles no matriculados en folio real o en proceso de matriculación, sólo serán otorgadas cuando tal requerimiento sea efectuado por un juez (art. 29, ley 2087). De este modo, advertimos que los peticionantes no tuvieron otra alternativa que recurrir a la autoridad judicial para completar los datos aludidos, teniendo en cuenta que luego, y para transmitir el bien heredado, deberán continuar con tramitaciones en dicha sede para llegar a su meta final, que es procurar la venta de tal inmueble.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Julio del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SOLDATI ANTONIO ATILIO AGUSTIN HECTOR LUIS Y OTROS S/ DILIGENCIA PRELIMINAR", (JNQCI5 EXP Nº 517635/2017), 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.- Los actores iniciaron este trámite a fin de que el juzgado interviniente ordenase al Registro de la Propiedad Inmueble una copia certificada del archivo histórico del protocolo individualizado bajo tomo 72, folio 65, finca 192, a efectos de subsanar la inscripción de la transferencia por declaratoria, por haberse omitido identificar a los herederos con sus documentos de identidad, y finalmente, puedan poner en venta la propiedad.

El juzgado, por su parte, rechazó el pedido por entender que no se trata de un supuesto que encuadre en las previsiones del art. 323 del Código Procesal.

Posteriormente, los interesados apelaron tal decisión.

Así, señalaron que su intención es la de identificar a los herederos con documentos de identidad para luego iniciar una información sumaria que enmiende la vieja inscripción, y finalmente, poder transferir el inmueble en cuestión; por lo cual, entienden que el trámite es el adecuado a tal fin, a más de que el propio registrador puso en su conocimiento que solo podrían acceder al archivo

histórico con la orden de un juez.

Agregan, finalmente, la imposibilidad de ubicar el juzgado interviniente en el juicio sucesorio y el protocolo donde quedaron asentadas las resoluciones dictadas y que sirvieron de base para efectuar el asiento ahora requerido.

II.- Ciertamente, las diligencias preliminares solo resultan admisibles frente a la eventual interposición de una pretensión de conocimiento, en forma restrictiva, y siempre que tengan por objeto la comprobación de circunstancias indispensables que no podrían obtenerse sin intervención de la justicia, tales como la determinación de la capacidad o de la legitimación.

Por lo cual, el marco dado por los interesados a su pedido dudosamente quede comprendido en las previsiones del art. 323 del Código Procesal.

Sin embargo, de acuerdo a nuestra ley registral, las copias del archivo histórico de los inmuebles matriculados y las correspondientes a asientos registrales referidos a inmuebles no matriculados en folio real o en proceso de matriculación, sólo serán otorgadas cuando tal requerimiento sea efectuado por un juez (art. 29, ley 2087).

De este modo, advertimos que los peticionantes no tuvieron otra alternativa que recurrir a la autoridad judicial para completar los datos aludidos, teniendo en cuenta que luego, y para transmitir el bien heredado, deberán continuar con tramitaciones en dicha sede para llegar a su meta final, que es procurar la venta de tal inmueble.

Ante esa situación, bien pudo la magistrada de grado re-encauzar la solicitud en cuestión bajo la figura de un pedido, en pos del resguardo de los derechos de los accionantes, puntualmente el de propiedad, y también, como forma de evitar dispendios innecesarios.

III.- Por todo lo expuesto, propiciamos la revocación de la resolución apelada, y en consecuencia, disponer el libramiento del oficio al Registro de la Propiedad Inmueble, tal como fue solicitado, el que se llevará a cabo en el grado.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 15, en los términos expresados en los considerandos.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"VAZSQUEZ BERTHA MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ SUAREZ OSCAR VICENTE 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.: 508599/2007) – Sentencia: 159/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. MUERTE. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. INDEMNIZACION POR DAÑO. DAMNIFICADOS. DAÑO MORAL.

1.- No eran los actores quienes contaban con el peso de acreditar ni la mecánica del hecho ni la culpa del demandado, pues al encontrarse reconocidas las circunstancias principales, lo que se activa es la carga probatoria del demandado.

2.- La vida humana no es en sí misma un valor económico cuya pérdida debe ser indemnizada, sino que lo que cabe reparar es el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que los damnificados puedan experimentar al quedar desprovistos de los bienes de ese orden que la víctima del

homicidio producía y respecto de los cuales pudieran tener algun derecho.

3.- Tratándose de hijos mayores la posibilidad de ser acreedores de la indemnización se supedita a que hubieran probado que recibían ayuda económica concreta de la víctima, cuestión que luce ausente en autos.

4.- Tratándose de la muerte de la madre de los actores cabe presumir la existencia y procedencia del daño moral ya que en tal caso no cabe duda acerca de que esa pérdida provoca en los damnificados tristeza, sufrimiento y una natural afectación sentimental. Estas circunstancias se tiene por demostradas por el sólo hecho de la acción antijurídica y es al responsable de ésta a quien incumbe acreditar que mediaron situaciones objetivas que puedan excluir la posibilidad del daño moral.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “VAZSQUEZ BERTHA MARCELA ALEJANDRA Y OTROS C/ SUAREZ OSCAR VICENTE S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)”, (JNQCI1 EXP Nº 508599/2015), 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.- Se dicta sentencia a fs. 134/139 haciendo lugar parcialmente a la demanda, decisión que es apelada por ambas partes.

A fs. 150 la citada en garantía se agravia de que la sentencia se haya dictado sobre la base de la sentencia penal la cual, indica no se derivó del estudio y merituación de las pruebas, sino de un acuerdo de penas entre el fiscal y el imputado.

En segundo lugar se agravia por el monto otorgado en concepto de daño moral, pues entiende que no hay prueba para acceder a establecer esa cuantía.

Por último, solicita se modifique la imposición de costas pues sólo prosperó por menos del 25 % del total, correspondiendo que por los rubros rechazados se impongan a los actores.

A fs. 151/155 expresa agravios la parte actora planteando su queja en dos aspectos.

Inicia señalando que reconoce que parte de la doctrina y jurisprudencia que sostiene que la vida no tiene un valor económico per se, pues lo relacionan con las estimaciones que en valor de dinero producía la persona fallecida.

Entiende que esa postura implica una concepción que resulta denigrante para el ser humano cuya dignidad es el eje de nuestro sistema constitucional que incluye los instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos.

Alude a que el derecho a la vida está explícitamente reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya filosofía también subraya la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana.

Esta visión plasmada en los documentos internacionales no se compadece con la discriminación que se realiza entre los seres humanos, cuya vida se tasa con criterios de mercado.

Sostiene que se ha dicho que la vida económica no tiene valor per se, pero que el mismo criterio puede aplicarse a una pierna o brazo amputado, los que no pueden adquirirse o cotizar en el mercado, afirmando a continuación que resultaría incoherente reconocer el resarcimiento en un caso si y en otro no.

Concluye que la pérdida mayor es la de la vida y que ello no puede quedar sin resarcir.

Entiende que por el sólo hecho de que quien fallece no pueda reclamar esa indemnización, ello no puede derivar en que sea responsabilizado quien resulta el autor.

A continuación, afirma que la muerte es el daño inferido, fundamento de la reparación que se transmite a los herederos.

Se agravia también pues considera insuficiente el monto otorgado por daño moral pues si bien es el inicialmente reclamado, aquel se relacionaba con el valor vida que fue rechazado y además durante el procesose agregó el expediente penal en el que surge el modo en que ocurrió el accidente, al que califica de pavoroso, y el hecho de que el responsable huyó deliberadamente.

Afirma que ello hace que el monto no resulte ajustado a una justa recomposición de los sentimientos de angustia de los actores.

Indica que el nuevo Código Civil y Comercial proporciona una directiva destinada a cuantificar el daño moral teniendo en cuenta que debe tener una finalidad satisfactiva permitiendo al dañado la adquisición de sensaciones placenteras que eliminen o atenúen

los padecimientos.

Solicita se revoque el pronunciamiento.

II.- Se agravia la citada en garantía de la determinación de responsabilidad a partir de las constancias de la causa penal, indicando que la actora debió proveer al expediente de medios probatorios que acrediten la mecánica del accidente y la culpabilidad del demandado.

Así delineado, es claro que no le asiste razón a la quejosa pues como acertadamente se señalara en la sentencia, en el marco del artículo 1.113 del Código Civil a la víctima sólo le cabe la carga de probar el hecho y el daño, recayendo sobre la accionada demostrar que el siniestro se debió a la culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder.

De este modo, no eran los actores quienes contaban con el peso de acreditar ni la mecánica del hecho ni la culpa del demandado, pues al encontrarse reconocidas las circunstancias principales, lo que se activa es la carga probatoria del demandado, razón por lo cual el agravio no hará de prosperar.

Con respecto al primer agravio de los actores que busca se otorgue un monto por el denominado “valor vida” alegando un derecho que habría sido transmitido “iure hereditatis”, nada de lo alegado logra conmover lo señalado por la Jueza para su rechazo, lo que además, coincide con el criterio que en la cuestión mantiene esta Sala II.

En ese aspecto hemos sostenido en diversos pronunciamientos que la vida humana no es en sí misma un valor económico cuya pérdida debe ser indemnizada, sino que lo que cabe reparar es el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que los damnificados puedan experimentar al quedar desprovistos de los bienes de ese orden que la víctima del homicidio producía y respecto de los cuales pudieran tener alguna derecho.

Esta circunstancia es adecuadamente señalada en la instancia de grado cuando la Jueza expresa que tratándose de hijos mayores la posibilidad de ser acreedores de la indemnización se supedita a que hubieran probado que recibían ayuda económica concreta de la víctima, cuestión que luce ausente en autos.

Por último en cuanto al monto otorgado en concepto de daño moral, entiendo que le asiste razón a los actores en cuanto a que teniendo en cuenta las circunstancias traumáticas que rodearon el evento la suma dispuesta en la instancia de grado es insuficiente.

En este punto a quien no le asiste razón es a la demandada en cuanto reclama que los actores debieron acreditar la aflicción sufrida, pues tratándose de la muerte de la madre de los actores cabe presumir la existencia y procedencia del daño ya que en tal caso no cabe duda acerca de que esa pérdida provoca en los damnificados tristeza, sufrimiento y una natural afectación sentimental. Estas circunstancias se tiene por demostradas por el sólo hecho de la acción antijurídica y es al responsable de ésta a quien incumbe acreditar que mediaron situaciones objetivas que puedan excluir la posibilidad del daño moral.

Por lo dicho, y teniendo en cuenta los parámetros de otros precedentes de este Cuerpo, he de proponer al Acuerdo que se eleve la suma de condena a $ 100.000 para cada uno de los actores, con más sus intereses a la tasa activa desde la fecha del accidente, condenando a los demandados por la suma total de $ 300.000 con mas sus intereses.

En cuanto a las costas, entiendo que sin perjuicio del rechazo de un rubro el reclamo principal de los actores ha prosperado, de modo tal que corresponden las costas se imponen a la demandada vencida.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia apelada, y en consecuencia, elevar el monto de condena a $ 300.000, correspondiendo a cada uno de los actores $ 100.000.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida, regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes por los accionantes en el 30% de los que resulte de la determinación honoraria correspondiente al grado (art. 15, ley 1.594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"SOTO AURORA Y OTRA C/ LA DELICIOSA S.A. S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469062/2012) – Sentencia: 161/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DESPIDO DISCRIMINATORIO. DESPIDO COMO REPRESALIA. NULIDAD DEL DESPIDO. REINSTALACION EN EL PUESTO DE TRABAJO. SALARIOS CAIDOS. DAÑO MORAL. DISIDENCIA.

1.- El Convenio n° 158 de la OIT, que aborda la extinción del contrato de trabajo establece que no constituirá causa justificada para la terminación del contrato de trabajo, entre otras, presentar una queja o participar de un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes. Si bien el Convenio n° 158 no ha sido ratificado –aún- por la Argentina, jurisprudencialmente hace ya tiempo que viene sancionándose el denominado despido represalia, que engloba a aquellas decisiones extintivas que adopta el empleador a modo de sanción o escarmiento por el ejercicio, por parte del dependiente, de determinados derechos. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoría).

2.- Debe confirmarse el fallo de grado en cuanto tiene por configurado el despido discriminatorio, pues la contemporaneidad entre la notificación de la demanda entablada por las trabajadoras en el expediente n° (…) que tengo a la vista, y la comunicación del despido sin expresión de causa es evidente. Existe además otro indicio objetivo y es que el despido se realizó respecto de las trabajadoras que habían entablado la demanda laboral, despachándose las cartas documentos el mismo día y con el mismo texto. Estos hechos generan una fuerte presunción respecto a que el despido de las trabajadoras de autos estuvo motivado en la promoción de una demanda laboral contra su empleador. Frente a esta presunción, y como lo adelanté, la demandada no ha logrado acreditar la existencia de otros motivos diferentes a la represalia. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoría).

3.- […] siendo discriminatorio el despido de las trabajadoras, corresponde determinar su nulidad y consecuente reinstalación de las actoras en los puestos de trabajo que tenían con antelación a la ruptura unilateral del contrato de trabajo. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoría).

4.- La reinstalación ordenada corresponde sea hecha con percepción de los salarios caídos, desde la fecha del despido y hasta la efectiva reincorporación en la empresa de la demandada, siempre acorde a las particularidades del trabajo de temporada, con más sus intereses computados desde que cada suma fue debida de acuerdo con la tasa fijada en el fallo de grado. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoría).

5.- En cuanto al daño moral y toda vez que éste ha sido fijado en un porcentaje sobre la indemnización del daño material –extremo que llega firme a esta instancia- ha de ser entonces liquidado computando el 20% sobre el monto resultante para la reparación del daño material

para cada una de las actoras, excluidos los intereses que se devenguen sobre el capital. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoría).

6.- […] advierto contrariamente a la interpretación que efectúa la a-quo, que de los elementos de prueba no surgen indicios, para activar la inversión del onus probandi a cargo de la empleadora. Es decir, teniendo en cuenta que las actoras invocaron que el despido que decidiera la patronal sin causa fue una "represalia laboral" por el reclamo judicial que interpusieran (conf. autos "Mellado Norma y otros C/ La Deliciosas/ cobro de haberes" (Expte. N° …, iniciada el 03/11/09, los cuales tengo a la vista, dada la remisión que da cuenta la nota actuarial …), para frenar la ola de reclamos por diferencias salariales de muchos empleados (…) ya que tal despido les fue comunicado por carta documento (…), a los tres días de notificada la empleadora de aquélla acción, no comparto que esta contemporaneidad por sí sola alcance para inferir que hubo una sospecha de discriminación, tal como deduce la a-quo. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, en minoría).

7.- […] pareciera que el Sindicato –al responder a la prueba de informes- emite una opinión, puesto que ninguna referencia hace a documentación o registros de su institución, ni siquiera alude a cuántos reclamos hubo, y si los hubo, tampoco ninguna referencia temporal. Solo efectúa una valoración de que el despido fue una represalia, sin mayores fundamentos, cuando le fue requerido a través de la prueba ordenada fue "informar si en dicho sindicato se han recibido o gestionado reclamos por sanciones o despidos en el ámbito de la empresa La deliciosa S.A.". Por lo que ante la ausencia de alguna constancia que respalde el contenido enviado, no considero que esta prueba tenga validez alguna para abonar la argumentación del despido por represalia. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, en minoría).

8.- Otro tanto puede decirse respecto de la prueba testimonial, ya que no encuentro elementos que me permitan dar mayor credibilidad a los tres testigos que resultan tener funciones gremiales de los otros tres que son dependientes de la demandada. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, en minoría).

9.- Con respecto al contenido de tanto del informe de altas y bajas del personal emitido por AFIP (…) como el del perito contable (…), considero que en función de lo hasta aquí dicho respecto de las restantes pruebas, no puede extraerse un reproche hacia la demandada. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, en minoría).

10.- Por lo tanto, y ante la falta de elementos más concretos y específicos que rodearan el despido sin causa de las actoras, más allá de la contemporaneidad del reclamo judicial que tramitara bajo expte. N° …, no encuentro elemento de prueba que me permitan efectuar una operación lógica para concluir que el despido efectuado tuvo connotaciones de represalia laboral y que por lo tanto debe considerarse discriminatorio; razón por la cual considero que corresponde hacer lugar al recurso de la demandada, revocando la sentencia y en consecuencia, dejando sin efecto tal decisión al respecto. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SOTO AURORA Y OTRA C/ LA DELICIOSA S.A. S/ COBRO DE HABERES”, (JNQLA5 EXP Nº 469062/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 269/276, que hace lugar a la demanda condenando a La Deliciosa S.A. a abonar a las actoras Aurora Soto, Sonia Beatriz Caso y Norma Haydee Mellado la suma de $ 56.420 (correspondiendo la suma de $ 15.672,22 a cada una en concepto de importe indemnizatorio), apelan las actoras a 284/286 y la demandada a fs. 281/283 vta., cuyos traslados ordenados a fs. 287, son contestados a fs. 289/291, solo por las actoras, quienes solicitan su rechazo con costas.

II.- Agravios de parte actora: apunta al rechazo de la reinstalación en el puesto de trabajo criticando que la a-quo haya rechazado tal solicitud fundado en la transferencia del establecimiento, la cual fue mencionada en el escrito de demanda en base a transcendidos solamente, y tampoco fue acreditada la imposibilidad de reinstalación.

Asimismo, se agravia por el importe de condena, fijada tomando como pauta el art. 182 de la LCT, cuando fue solicitado el equivalente a los haberes que se dejaron de percibir, desde al fecha del acto discriminatorio hasta la reinstalación.

Cita precedente de esta Cámara en autos “Cabrera” (Expte. N° 308105/4) y “Lobo” (Expte. N° 448957/11), expresando que al jueza de grado se aparta de dichos criterios sin mayor argumento para establecer una indemnización equivalente establecida en el art. 182 LCT.

Subsidiariamente, plantea que el art. 182 de LCT habla de un año de remuneraciones y no de las remuneraciones percibidas en un año, que es este el que aplica, solicitando readecuación.

Finalmente, manifiesta que el monto de daño moral que fuera reclamado por su parte en la demanda y luego determinado por el juez de gado, para el caso de ajustarse las indemnizaciones sea recalculado, conforme los nuevos montos que se fijen de la indemnización pretendida.

III.- Agravios de la parte demandada: manifiesta que si bien la a-quo expresa que la pretensión de la actora es excepcional, valora la declaración de testigos haciendo prevalecer los dos testimonios de dos representantes gremiales, por sobre los restantes, sin merituar que resulta llamativo que de existir el temor indicado no se hayan realizado gestión alguna de índole administrativa, judicial o meramente gremial.

Expresa que a la fecha indicada no se registra número de despidos diferente o significativo que denote una persecución a quienes se manifestaren reclamando diferencias salariales.

Dice que si la actitud de la empleadora como afirman las actoras consistiere en perseguir o amedrentar a quienes formulan reclamos, estas personas deberían ser objeto de represalias, también, y que ello no es así por la razón de que La Deliciosa S.A. no persigue a ninguno de sus dependientes ni toma represalias por reclamos.

Sostiene que el informe referido en la sentencia acredita altas y bajas de personal en razón de las necesidades de la empresa e inclusive se acredita la existencia de otras bajas en el mismo periodo en que se dispusiera el despido de las actoras mencionando más de 15 operarios.

Invoca que al no ser las únicas desvinculadas de la empresa ni la circunstancia del despido difiere de situaciones similares en años precedente, tales despidos no se encuentran revestido de ninguna característica extraordinaria.

IV.- Entrando al estudio de los recursos, por una cuestión metodológica, abordaré en primer lugar el interpuesto por la empresa demandada y que se relaciona con la conclusión de la magistrada referida a que los despidos de las actoras han sido discriminatorios.

Al respecto y sobre el encuadre jurídico, me expedí recientemente, en la causa “Domínguez” (Expte. N° 470.745/12, del 16/05/17), donde sostuve que; “…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 lostratados 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 "uno 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).

Trasladando estos conceptos al caso que nos ocupa, advierto contrariamente a la interpretación que efectúa la a-quo, que de los elementos de prueba no surgen indicios, para activar la inversión del onus probandi a cargo de la empleadora.

Es decir, teniendo en cuenta que las actoras invocaron que el despido que decidiera la patronal sin causa fue una "represalia laboral" por el reclamo judicial que interpusieran (conf. autos "Mellado Norma y otros C/ La Deliciosas/ cobro de haberes" (Expte. N° 401.633/09, iniciada el 03/11/09, los cuales tengo a la vista, dada la remisión que da cuenta la nota actuarial de fs. 314), para frenar la ola de reclamos por diferencias salariales de muchos empleados (conf. lo expuesto en 17 4° y 5° párrafo y 17 vta. 1°, 2° y 3° párrafo) ya que tal despido les fue comunicado por carta documento (obrante a fs. 4, 5 y 6), a los tres días de notificada la

empleadora de aquélla acción, no comparto que esta contemporaneidad por sí sola alcance para inferir que hubo una sospecha de discriminación, tal como deduce la a-quo.

Devis Echandía expone que indicio es “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio de que aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de al experiencia o en principios científicos o técnicos“ (Teoría General de la prueba judicial, T. II, p. 600).

Ahora bien, el Sindicato de Obreros de Empacadores de Fruta de Río Negro y Neuquén (a fs. 85 y 100), informa que “se ha registrado del despido represalia de las compañeras Aurora Soto, Sonia Caso, Laura Vázquez y Norma Mellado, quienes a consecuencia de sus reclamos de haberes caídos fueron despedidas, generando dicho despido en el resto de los empelados del galpón temor a ser despedidos al efectuar cualquier reclamo salarial”, y en razón de que tal informe excede el contenido de la prueba informativa, disiento con el valor que le otorga la magistrada.

En efecto, el art. 396 del Código Procesal encuadra la prueba de informes estableciendo que “Procederán, únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante”, agregando Devis Echandia que “lo cual significa que no tiene mas eficacia que la que a esos documentos les corresponde, es decir, que es una manera de aportar al proceso esa prueba documental, si se copia, o de rendir testimonio de su contenido” (ob. Citada, . p. 600).

En función de ello, surge que de las constancias mencionadas, pareciera que el Sindicato emite una opinión, puesto que ninguna referencia hace a documentación o registros de su institución, ni siquiera alude a cuántos reclamos hubo, y si los hubo, tampoco ninguna referencia temporal. Solo efectúa una valoración de que el despido fue una represalia, sin mayores fundamentos, cuando le fue requerido a través de la prueba ordenada fue “informar si en dicho sindicato se han recibido o gestionado reclamos por sanciones o despidos en el ámbito d ela empresa La deliciosa S.A.”.

Por lo que ante la ausencia de alguna constancia que respalde el contenido enviado, no considero que esta prueba tenga validez alguna para abonar la argumentación del despido por represalia.

Otro tanto puede decirse respecto de la prueba testimonial, ya que no encuentro elementos que me permitan dar mayor credibilidad a los tres testigos que resultan tener funciones gremiales de los otros tres que son dependientes de la demandada.

Así, la testigos Montenegro (a fs. 130/131, dependiente de la empresa desde el año 2004), sostuvo que “Se podían hacer reclamos, nos juntábamos en las asambleas cuando teníamos que formular algún reclamo”.

El testigo V. (a fs. 132 y vta., dependiente desde 1997), sostuvo “En temporada somos 140 personas trabajando aproximadamente y contamos con dos delegados uno para cada empaque. Cuando hay algún reclamo el obrero busca al delgado y el delegado va a la oficina y busca al jefe de recursos humanos y le plantea el reclamo de cada persona. Tiene después respuesta de la empresa. No se que haya despidos por haberse hecho reclamos” … “Cuando empieza la temporada y se arregla el tema de sueldo, hay asamblea de los delegados, los obreros y la parte del personal. Así se arregla”.

Por su parte, el testigo S. (a fs. 133y vta., dependiente desde 1968), relató “No se como se hacen los reclamos, yo estoy en la planta y no en la administración. Ignoro si el personal tiene temor de ser sancionado o despedido en caso de un reclamo. En la temporada y postemporada hay un delegado del gremio”. Respondió negativamente respectó de haber efectuado algún reclamo ante la empresa, aunque aclaró “Pero si tuviera que hacerlo, no tendría temor en hacerlo”.

Advierto que lo mencionado por estos testigos, en cuanto a la modalidad del reclamo, coinciden en que los reclamos por falta de convocatoria o días caídos se efectuaban a través de los delegados gremiales. Sin embargo al declarar A. (a fs. 217 y vta., secretario general del gremio), dijo que las actoras lo fueron a ver luego de despedidas, “nos fueron a ver al gremio. Lo vieron al Dr. Fernández” … “la empresa tiene que convocar de acuerdo a la antigüedad y categoría. Normalmente se hace el reclamo y se soluciona porque esta la lista de antigüedad y sino tiene que pagar días caídos. Cayeron al gremio con el telegrama…”. (La negrita me pertenece).

Si bien el testigo expresa que lo que ocurrió con las actoras es que cesaron algunos reclamos por parte del personal, por temor a ser despedidos, resulta una expresión muy genérica atento la falta de mayores precisiones. No especifica cuántos trabajadores, ni qué reclamaron, y si hubo desistimientos en los reclamos; además de que ninguna gestión llevó a cabo en nombre de las actoras, como para asegurar que el despido de las mismas se debió a una represalia, ya que se enteró de situación una vez comunicado el despido.

Otra tanto puede decirse respecto de las declaraciones de A. L. (a fs. 218 y vta.), quien reviste el cargo de tesorero de la seccional del sindicato de la fruta, y efectúa consideraciones generales de lo sucedido con las actoras, de lo que surge la falta de participación del sindicato.

S. (a fs. 219y vta.), delegada gremial, si bien dice que hizo un reclamo al capataz, tampoco queda claro en qué consistió seguidamente su gestión ni ante quién, ya que el secretario gremial no sabía de la situación hasta el despido.

Con respecto al contenido de tanto del informe de altas y bajas del personal emitido por AFIP (conforme fs. 30/62) como el del perito contable 205/207, considero que en función de lo hasta aquí dicho respecto de las restantes pruebas, no puede extraerse un reproche hacia la demandada.

Por lo tanto, y ante la falta de elementos más concretos y específicos que rodearan el despido sin causa de las actoras, más allá de la contemporaneidad del reclamo judicial que tramitara bajo expte. N° 401633/09, no encuentro elemento de prueba que me permitan efectuar una operación lógica para concluir que el despido efectuado tuvo connotaciones de represalia laboral y que por lo tanto debe considerarse discriminatorio; razón por la cual considero que corresponde hacer lugar al recurso de al demandada, revocando la sentencia y en consecuencia, dejando sin efecto tal decisión al respecto.

Tal como lo sostuviera en la causa "Domínguez", ya mencionada "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."

V.- En virtud de la decisión a la que he arribado, deviene abstracto el tratamiento del recurso de las actoras.

VI- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo, se haga lugar al recurso de la parte demandada y en consecuencia, se revoque la sentencia dictada a fs. 269/276vta., rechazándose la acción en todas sus partes. Costas de ambas instancias a las actoras atento su calidad de vencidas (arts. 17 y 54 ley 921 y art. 279 del Código Procesal). Asimismo, dejar sin efecto la regulación de honorarios en la instancia de grado, procediendo a una nueva regulación y los de Alzada en base a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Disiento con la solución propiciada por el señor Vocal preopinante.

Si bien comparto el desarrollo conceptual que se hace en el voto que antecede en orden al despido discriminatorio, entiendo que las actoras han generado aquella presunción objetiva respecto de la existencia de una motivación discriminatoria en el despido sin causa comunicado a las demandantes, que dispara la inversión de la carga de la prueba; en tanto que la demandada no ha logrado demostrar que la decisión rupturista del contrato de trabajo tuviera razones que destruyan la presunción de discriminación.

El Convenio n° 158 de la OIT, que aborda la extinción del contrato de trabajo establece que no constituirá causa justificada para la terminación del contrato de trabajo, entre otras, presentar una queja o participar de un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.

Si bien el Convenio n° 158 no ha sido ratificado –aún- por la Argentina, jurisprudencialmente hace ya tiempo que viene sancionándose el denominado despido represalia, que engloba a aquellas decisiones extintivas que adopta el empleador a modo de sanción o escarmiento por el ejercicio, por parte del dependiente, de determinados derechos.

Partiendo del fallo dictado en autos "Parra Vera c/ San Timoteo S.A." (CNAT, Sala V, 14/6/2006, LL 2006-D, pág. 217), los tribunales del trabajo han ido incorporando la figura del despido represalia como una variante del despido discriminatorio.

En el ya citado precedente "Parra Vera" se concluyó en que el despido de la trabajadora obedeció verosímilmente a su ejercicio de los derechos de libertad sindical a fin de resistir el cambio de horario pretendido por la empresa para el sector donde prestaba servicios, denunciando el intento de modificación ante el sindicato y la comisión interna, "pues los hechos probados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión dirigida a desprenderse de quién había instado activamente la acción sindical, máxime cuando dicho despido fue contemporáneo al archivo del último expediente administrativo".

La Sala IV de la misma Cámara de Apelaciones señaló en autos "Lescano c/ Ingeplam S.A." (31/8/2009, LL 70055416) que "la correlación temporal entre la declaración testimonial y el despido permite establecer, al menos indiciariamente, una relación de causa-efecto entre ambos hechos, creándose así una apariencia o sospecha de que el despido impugnado puede ser una represalia del empleador motivada por aquél testimonio… La empleadora no ha logrado demostrar que el despido haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la represalia, así como que aquellas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que la misma ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador".

Nuevamente la Sala V de la CNAT, al fallar la causa "Galimany c/ CityTech S.A." (20/4/2011, LL AR/JUR/12862/2011) entendió que debe reputarse discriminatorio el despido de un trabajador "si quedó acreditada la existencia de una cercanía cronológica entre un reclamo colectivo que encabezó y la decisión de despedirlo sin expresión de causa, lo cual permite deducir que ésta obedeció verosímilmente al ejercicio de derechos… máxime cuando no se acreditó la presencia de otras causas para desvincularlo".

En autos la contemporaneidad entre la notificación de la demanda entablada por las trabajadoras en el expediente n° 401.633/2009 que tengo a la vista, y la comunicación del despido sin expresión de causa es evidente.

A fs. 69/vta. del expediente n° 401.633/2009 obra la cédula de notificación de la demanda, la que fue diligenciada con fecha 24 de

noviembre de 2009; en tanto que las piezas postales que comunicaban el despido sin causa fueron despachadas el día 27 de noviembre de 2009, tres días después de notificada la demanda.

Existe además otro indicio objetivo y es que el despido se realizó respecto de las trabajadoras que habían entablado la demanda laboral, despachándose las cartas documentos el mismo día y con el mismo texto.

Del expediente n° 401.633/2009 surge que la demanda fue entablada por Norma Haydee Mellado, Laura Gladis Vázquez, Sonia Beatriz Caso y Aurora Soto. En tanto que el despido sin expresión de causa (con cartas documentos despachadas el mismo día y con idéntico texto) fue decidido respecto de Norma Mellado, Sonia Caso y Aurora Soto.

Estos hechos generan una fuerte presunción respecto a que el despido de las trabajadoras de autos estuvo motivado en la promoción de una demanda laboral contra su empleador.

Frente a esta presunción, y como lo adelanté, la demandada no ha logrado acreditar la existencia de otros motivos diferentes a la represalia.

De la documental de fs. 31/62 vta. surge que en el establecimiento de la demandada existe mucha rotación de trabajadores, siendo frecuentes los egresos, pero la gran mayoría de estos movimientos se registran respecto de trabajadores con categoría de mozos de labranza y peones agropecuarios y agricultores y trabajadores calificados de plantaciones de árboles y arbustos, pero no con relación a operarios especializados como los de clasificación de fruta, que era la categoría de las actoras.

Otro elemento que distingue el despido de las demandantes de los egresos de los trabajadores de fs. 31/62 vta., es la escasa antigüedad en el empleo de estos últimos (como máximo un año de trabajo). Por su parte las actoras ingresaron al establecimiento de la demandada el día 24 de enero de 2002 (ver recibos de haberes obrantes en el expediente n° 401.633/2009), por lo que a la fecha del despido superaban ampliamente la antigüedad del personal cuyos egresos se registran a fs. 31/62 vta.

Los testimonios de los empleados de la demandada, quienes manifiestan no sentirse inhibidos para formular reclamos a su empleadora y dan cuenta del proceder habitual en esos casos no constituyen una prueba que pueda desvirtuar la presunción de existencia del despido represalia, desde el momento que éste no requiere que la intención de generar miedo en los restantes integrantes de la planta de personal se concrete efectivamente.

En definitiva no encuentro, como lo adelanté, que la demandada haya acreditado un razón valedera para despedir a las trabajadoras de autos, distinta a la intención de sancionar la conducta de aquellas en orden a plantear judicialmente un reclamo contra su empleadora.

Consecuentemente, entiendo que debe confirmarse el fallo de grado en cuanto tiene por configurado el despido discriminatorio.

II.- En atención a lo dicho en el apartado anterior, corresponde analizar los agravios de la actora.

En primer lugar la parte demandante se queja por el rechazo del pedido de reinstalación de las actoras en sus puestos de trabajo.

Es cierto que la petición de las trabajadoras sobre el tema es poco clara, ya que en el apartado OBJETO de su demanda reclaman la reinstalación (fs. 16), pero luego, a fs. 24 vta., y conforme lo señala la a quo, sostienen que ello no es posible como consecuencia de la venta del establecimiento. Pero, la demandada nada dice sobre la venta del establecimiento al contestar la demanda, ni tampoco la denuncia a lo largo del proceso.

De ello se sigue que la duda debe resolverse a favor de la vigencia del reclamo de reinstalación.

Sobre este tema sostuve en autos “Torres c/ Jumbo Retail Argentina S.A.” (expte. n° 448.839/2011, P.S. 2015-IV, n° 86) que “No dejo de reconocer las implicancias que tiene la orden de reinstalación en el puesto de trabajo, como así también que las opiniones doctrinarias no son pacíficas sobre este aspecto.

“La opinión de la minoría de la Corte en “Alvarez c/ Cencosud” sostiene que “…la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y –en principio- comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio.

“En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta la relación.

“Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y como habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y el fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social.

“Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quién. Al respecto, la garantía constitucional de la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Const.

Nac.), y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Const. Nac.)".

José Luis Ugarte y Sebastián Coppoletta ("Discriminación laboral, ponderación y jus cogens. Análisis crítico de la calificación del derecho a la no discriminación como jus cogens en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Alvarez c/ Cencosud", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2014-1, pág. 61) critican la decisión de la mayoría del Alto Tribunal en cuanto dispone, como regla, la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo como reparación frente al despido discriminatorio.

Sostienen los autores citados que "…calificar a la reinstalación como el remedio siempre aplicable ante la determinación del despido como discriminatorio implica crear una jerarquización abstracta, un principio de jus cogens por vinculación directa al principio de no discriminación y, como tal, inderogable. Ya no hay posibilidad de un juicio de ponderación de derechos constitucionales en cada caso pues, así presentada, la reinstalación del trabajador discriminado es un derecho invencible. Y se pregunta Gil Domínguez:

"¿Dónde se ubica la libertad de contratación en este contexto?...".

"…la reinstalación del trabajador en su puesto dista mucho de ser una costumbre de Derecho Internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Y por lo tanto, no es apropiado relacionar directamente la jerarquización de la reinstalación con la jerarquización del principio de no discriminación.

"En materia de reparación ante una violación de derechos humanos, el principio es la reparación en especie, volviendo las cosas a su estado anterior.

Evidentemente, este es el método de reparación preferido y deseable pues no se debe tratar la materia de reparación de la dignidad de la persona como un sistema de indemnización de daños y perjuicios propia de la responsabilidad civil. Pero, aún así, ello no es excluyente de otros métodos. Y así en materia de despido discriminatorio, la reinstalación es una alternativa en un menú de remedios, y no la única consecuencia posible de la declaración del despido como discriminatorio".

"Esta entiendo que es, en definitiva, también la posición asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la causa "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú" –sentencia del 7 de febrero de 2006- la Corte ha explicado que, en materia de derechos humanos, las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial, debiendo guardar relación con las violaciones declaradas en la sentencia. En ese mismo fallo la Corte ordena el cumplimiento de las sentencias que disponen la reinstalación de los trabajadores en sus puestos de trabajo, y ante la persistencia del incumplimiento es el Estado quién está obligado a restablecer en dichos puestos a las víctimas y, si esto no fuera posible, a brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos, y sólo ante la imposibilidad de concretar la reposición de los trabajadores en sus puestos de trabajo u otros, determina el pago de una indemnización pecuniaria.

Igual criterio sustentó la CIDH en la causa "Baena, Ricardo y otro vs. Panamá" (sentencia del 2 de febrero de 2001).

"De los precedentes señalados se sigue que la CIDH otorga alternativas a la orden de reinstalación en el puesto de trabajo. Si la patronal accede se procede a la reincorporación del trabajador; caso contrario se coloca en cabeza del Estado la ubicación laboral del damnificado en condiciones similares a las que tenía antes del acto discriminatorio, y ante la imposibilidad de implementar esta alternativa se habilita la reparación económica.

"No obstante ello, que aparece como la forma más adecuada de armonizar los derechos en contradicción, la decisión que se adopte debe guiarse, por razones de economía procesal, por la doctrina mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación plasmada en el ya citado precedente "Alvarez c/ Cencosud", y ratificada en la causa "Cejas c/ Fate S.A." (sentencia del 26/3/2013, LL on line AR/JUR/175/2013)".

Por ende, siendo discriminatorio el despido de las trabajadoras, corresponde determinar su nulidad y consecuente reinstalación de las actoras en los puestos de trabajo que tenían con antelación a la ruptura unilateral del contrato de trabajo.

III.- La reinstalación ordenada corresponde sea hecha con percepción de los salarios caídos, desde la fecha del despido y hasta la efectiva reincorporación en la empresa de la demandada, siempre acorde a las particularidades del trabajo de temporada, con más sus intereses computados desde que cada suma fue debida de acuerdo con la tasa fijada en el fallo de grado.

En este aspecto asiste razón a la parte actora en orden a que no corresponde la aplicación del art. 182 de la LCT, dado que dicha norma contempla un supuesto distinto al de autos, por lo que no puede ser tomada para resolver la presente litis, ni aún a título supletorio ya que lo que la ley 23.592 dispone en su art. 1° es la reparación del daño material producido por el acto discriminatorio, y éste no es otro que el derivado de la no percepción de los salarios.

Conforme lo he señalado, la liquidación de los salarios caídos debe tener en cuenta la extensión de la temporada durante cada año

comprometido en la operación, y el trabajo de post temporada si es que el mismo existió, y en su caso, las trabajadoras demandantes debieron ser llamadas en razón de su antigüedad.

En cuanto al daño moral y toda vez que éste ha sido fijado en un porcentaje sobre la indemnización del daño material –extremo que llega firme a esta instancia- ha de ser entonces liquidado computando el 20% sobre el monto resultante para la reparación del daño material para cada una de las actoras, excluidos los intereses que se devenguen sobre el capital.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y hacer lugar a la queja de la parte actora.

En consecuencia se revoca parcialmente el fallo recurrido, dejándose sin efecto la condena al pago de la suma de $ 56.420; y se condena a la demandada a la reinstalación de las actoras en sus puestos de trabajo, y al pago de los salarios caídos con más sus intereses, liquidados de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde que cada suma es debida, y un 20% del capital resultante para la reparación del daño material (excluidos los intereses) en concepto de indemnización del daño moral con más los intereses fijados en el fallo de grado, todo dentro de los diez días de quedar firme la presente; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

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. C. A. F. y A. M. L., en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando M. GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Patricia CLERICI, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II, POR MAYORIA

RESUELVE:

I.- Revocar parcialmente el fallo de fs. 269/276, dejándose sin efecto la condena al pago de la suma de $ 56.420, y condenar a la demandada a la reinstalación de las actoras en sus puestos de trabajo y al pago de los salarios caídos con más sus intereses, liquidados de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde que cada suma es debida, y un 20% del capital resultante para la reparación del daño material (excluidos los intereses) en concepto de indemnización del daño moral con más los intereses fijados en el fallo de grado, todo dentro de los diez días de quedar firme la presente; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

III.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

IV.- 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 su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Fernando M. Ghisini

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"GONZALEZ JONEL ANTONIO C/ SACATUC S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468316/2012) – Sentencia: 163/17 – Fecha: 27/07/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. INJURIA LABORAL. VALORACION DE LA INJURIA.

Resulta injustificada la situación de despido indirecto en que se colocó el trabajador, pues más allá de la existencia de la conducta imputada al trabajador y su gravedad y la negativa de firmar

la sanción, el actor contaba con un procedimiento menos gravoso que el despido, cual es solicitar la revisión de la medida ante al autoridad administrativa del trabajo o ante el juez laboral, por lo que la decisión asumida no resulta proporcional a la injuria o perjuicio que la sanción disciplinaria pudo ocasionar al demandante.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GONZALEZ JONEL ANTONIO C/ SACATUC S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (JNQLA4 EXP Nº 468316/2012), 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. 289/299, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agrava por entender que la sentencia de grado, si bien tiene como probado el hecho y la inconducta del actor, y su negativa a firmar la notificación de la sanción aplicada, hace lugar a la demanda.

Dice que el actor no obró de buena fe al negarse a firmar la notificación de la sanción cuando ésta le fue comunicada, el día posterior al hecho.

Sigue diciendo que la sentencia resulta contradictoria, ya que al hallarse probada la negativa del actor a firmar la comunicación de la sanción plasmada por escrito, en la cual se determinaba claramente la causa y alcance de la misma, como así también la remisión de la carta documento respaldatoria a los mimos efectos, no se advierte de que otro modo su parte hubiese podido acreditar fehacientemente la notificación.

Agrega que al haberse probado la negativa del actor a firmar la comunicación de la sanción disciplinaria, ello necesariamente implica tener por acreditada la toma de conocimiento por parte del trabajador respecto del alcance, causa y contenido de la sanción impuesta.

Señala que la sentencia recurrida exige notificación fehaciente a los efectos de acreditar la existencia de la suspensión, mientras que del art. 218 de la LCT no surge que la calidad de fehaciente no constituye un requisito para la validez de la suspensión impuesta al actor.

Se agravia por la condena al pago de los salarios caídos durante el plazo de suspensión, afirmando que el a quo no tiene por comprobado el pago de haberes de diciembre/2011, cuando el perito contador, en oportunidad de contestar el pedido de explicaciones, sostiene que se registran pagos efectuados al demandante, surgiendo del detalle correspondiente lo abonado en el mes de diciembre de 2011.

Precisa que las sumas abonadas en menos en diciembre de 2011 corresponden al período de suspensión y no deben ser pagadas.

En lo referente al salario por cinco días del mes de enero de 2012, asevera que no hubo prestación de tareas ni puesta a disposición del trabajador.

Se queja porque el juez de grado tuvo por justificada la situación de despido indirecto en que se colocó el trabajador, ya que ante la certeza de la probada inconducta del actor y su negativa a firmar la sanción, no puede entenderse que sea éste el injuriado.

Sostiene que el actor siempre supo de la sanción impuesta, y que fue él quién adoptó una actitud temeraria al negarse a firmar la comunicación, comenzando con una serie de intimaciones y alegando una inexistente negativa a otorgar tareas.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 307/308 vta.

Solicita se declare desierto el recurso interpuesto por no constituir, el memorial de agravios, una crítica razonada y concreta del fallo cuestionado.

En forma subsidiaria rebate la queja de la parte demandada.

Dice que el actor obró en defensa de sus derechos, ignorando la demandada que para la validez de la sanción, ésta debe ser notificada fehacientemente al trabajador.

Insiste que los requisitos contemplados en la ley para la validez de la sanción disciplinaria son imprescindibles, y en el caso de autos no se ha probado su cumplimiento.

Señala que el agravio referido a los salarios caídos de diciembre de 2011 tiene como único fundamento la validez de la sanción

aplicada, al igual que sucede con los salarios del mes de enero de 2012.

Propicia la confirmación de la sentencia recurrida.

II.- Aunque en forma mínima, el memorial de la parte demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no ha de declararse la deserción del recurso.

III.- En autos, el trabajador se colocó en situación de despido indirecto con fecha 5 de enero de 2012 ante el silencio de la empleadora frente a la intimación de que se aclarara su situación laboral y se dejara sin efecto la aplicación de la sanción de suspensión, la que fue impugnada por el actor.

El juez de grado ha entendido que si bien se encuentra probada la inconducta del trabajador, entendiendo que ella es lo suficientemente grave como para justificar la aplicación de la sanción impuesta; como así también la negativa del trabajador a suscribir la notificación de la sanción en la sede de la empresa demandada, por lo que ésta remitió carta documento al trabajador, la que contenía la causa de la sanción determinada, esta misiva no llegó a conocimiento del demandante, y por ende, la sanción no se encontró notificada por escrito, careciendo, entonces, de uno de los requisitos para su validez.

Señala el fallo recurrido que la carta documento remitida al domicilio del trabajador, fue devuelta por el Correo por "domicilio cerrado, con aviso de visita y vencimiento del término para el reclamo", pero que esta documentación fue desconocida por la parte actora, sin que la demandada instara ningún medio probatorio para acreditar su autenticidad.

En definitiva, se hace lugar a la demanda por cuanto la accionada no ha probado la notificación por escrito de la sanción impuesta, lo que la invalida como tal.

IV.- Juan Carlos Fernández Madrid enumera como uno de los requisitos del ejercicio de la facultad disciplinaria por parte del empleador que la sanción sea comunicada por escrito (por telegrama o por nota cuya recepción firme el trabajador), siendo éste el único requisito formal que se infiere del art. 218 de la LCT (cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1.242).

Diego Javier Tula señala que los requisitos enunciados en el art. 218 de la LCT son acumulativos. "De faltar uno de ellos la suspensión no es válida…". Y agrega, con relación a la notificación por escrito, que su eficacia se computa a partir del ingreso en la esfera de conocimiento del destinatario, rigiendo aquí los principios específicos de las notificaciones por escrito (riesgo del remitente por el medio asumido, carácter recepticio, etc.) –cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. III, pág. 24/27-.

El actor ha reconocido que en la sede de la empresa demandada tomó conocimiento de la aplicación de la sanción de suspensión, pero alega que se le dijo que oportunamente se le iba a comunicar cuál era el motivo de la sanción y su duración (fs. 14 vta.).

El testigo José Luis Ovalle (acta de fs. 100/101) da cuenta que se cita al actor a la sede de la empresa, "se lo notifica de una sanción por una falta laboral en que había incurrido, se le genera una sanción escrita como es la modalidad de la empresa la cual se negó a firmar, retirándose de la empresa y se le envió entonces carta documento…La notificación verbal la hice yo en la sede de la oficina al propio empleado…".

Por su parte, el testigo Miguel Esteban Pino Barriga (acta de fs. 198/vta.) declara que: "Se le notifica a Jonel que iba a tener una suspensión por el comportamiento que tuvo en la fiesta y los disturbios que ocasionó. El dijo que en su vida privada hacía lo que quería y se retiró de la empresa sin firmar nada, la notificación…".

Si bien queda claro que el trabajador estaba en conocimiento de que había sido suspendido, y el motivo de la suspensión, de todos modos los testimonios no acreditan que la comunicación escrita que se negó a firmar el actor haya reunido los recaudos de ley.

Por otra parte, es opinión de parte de la doctrina y jurisprudencia que es insuficiente la presencia de otros empleados que, sin facultades para dar fe, afirmen haber observado que al trabajador se le notificó la sanción (cfr. Pinto Varela, Silvia E., "Algunas consideraciones acerca de la facultad disciplinaria del empleador", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2012-2, pág. 142).

En su demanda el trabajador alega que nunca le llegó la comunicación escrita de la sanción, por lo que el día 16 de diciembre de 2011 intimó se le aclare su situación laboral.

Si bien la demandada acompaña la carta documento que no fue recibida por el demandante (fs. 25/vta.) y que comunicaba la sanción de suspensión impuesta, el actor desconoció esta documental, y la accionada –conforme lo ha señalado el a quo- no ha acreditado su autenticidad.

No obstante ello, cuando el trabajador intima por primera vez para que se aclare su situación laboral, la empleadora remite carta documento con transcripción de su anterior comunicación, la que reúne todos los recaudos legales a tal fin, ya que se explicita tipo de sanción, duración y la falta imputada (fs. 7). Esta carta documento fue recibida por el mismo actor en fecha 23 de diciembre de 2011 (fs. 278).

Es cierto que la comunicación se realiza una vez vencido el plazo de la suspensión, pero no puedo pasar por alto que el trabajador ha reconocido que estaba en conocimiento de la sanción aplicada, y que la comunicación escrita finalmente realizada le permitió ejercer su derecho de defensa, impugnando el proceder de la empleadora, tal como surge del telegrama de fs. 275, que responde a la notificación escrita de la sanción.

En definitiva, y tal como lo señala Diego Javier Tula, la exigencia legal de la comunicación escrita se justifica en orden a evitar que el empleador pueda modificar la causa de suspensión, que el trabajador tenga conocimiento preciso de la falta que se le imputa y que tenga la oportunidad de rechazarla adecuadamente (cfr. aut. cit., pág. 26); advirtiéndose que la finalidad legal se encuentra preservada en el sub lite.

Por lo dicho, y dado las particulares circunstancias de la causa, entiendo que resulta válida la comunicación escrita formulada por carta documento de fecha 22 de diciembre de 2011 a efectos de legitimar la aplicación de la sanción impuesta. De otro modo se estaría convalidando la mala fe con la que ha actuado el trabajador al negarse a suscribir la comunicación de la sanción disciplinaria.

A ello agrego que también asiste razón a la demandada respecto de la desproporción entre la causal invocada y la situación de despido indirecto en que se colocó el trabajador de autos.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX, ha resuelto que el despido en que se colocó un trabajador ante la decisión de la empleadora de no anular la suspensión que se le impusiera, es injustificado pues no se trata de una injuria de tal gravedad que impida la prosecución del vínculo laboral, sino que es una medida que queda incluida dentro de los límites de las facultades disciplinarias conferidas por los arts. 64, 65 y 67 de la LCT, máxime que, conforme sucede en autos, no se ha desvirtuado la causa de la sanción (autos “Maguna c/ Ambiente S.A.”, 30/11/2012, DT 2013, pág. 831).

En autos, reitero, el juez de grado ha tenido por acreditada la existencia de la conducta imputada al trabajador y su gravedad, y, además, el actor contaba con un procedimiento menos gravoso que el despido, cual es solicitar la revisión de la medida ante al autoridad administrativa del trabajo o ante el juez laboral, por lo que la decisión asumida no resulta proporcional a la injuria o perjuicio que la sanción disciplinaria pudo ocasionar al demandante.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recuso de apelación de la parte demandada, revocar el decisorio recurrido y disponer el rechazo de la demanda.

Las costas en ambas instancias son a cargo de la parte actora perdidosa (Arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Regulo los honorarios por la actuación en primera instancia en la sumas de $ 17.462,00 para el letrado patrocinante de la parte demandada Dr. ..., $ 923,00 para el Dr. ... y $ 923,00 para el Dr. ..., por sus actuaciones por la demandada a fs. 84, 98/104 y 198, $ 7.723,00 para el apoderado de la misma parte Dr. ..., y $ 18.922,00 para el Dr. ..., en doble carácter por la parte actora, todo de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6, 7, 10, y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios del perito contador ... se fijan en la suma de $ 3.700,00, considerando la labor cumplida y la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes.

Por la labor ante la Alzada se regulan los honorarios profesionales en las sumas de $ 6.758,00 para el Dr. ..., $ 2.703,00 para el Dr. ..., y $ 5.677,00 para el Dr. ..., conforme lo previsto en el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

resuelve:

I.- Revocar la sentencia de fs. 289/299 y disponer el rechazo de la demanda.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la parte actora perdidosa (Arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios por la actuación en primera instancia en la sumas de $ 17.462,00 para el letrado patrocinante de la parte demandada Dr. ..., $ 923,00 para el Dr. ... y $ 923,00 para el Dr. ..., por sus actuaciones por la demandada a fs. 84, 98/104 y 198, $ 7.723,00 para el apoderado de la misma parte Dr. ..., y $ 18.922,00 para el Dr. ..., en doble carácter por la parte actora, todo de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6, 7, 10, y 11 de laley 1.594.

IV.- Fijar los honorarios del perito contador ... en la suma de $ 3.700,00, considerando la labor cumplida y la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes.

V.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en las sumas de $ 6.758,00 para el Dr. ..., $ 2.703,00 para el Dr. ..., y $ 5.677,00 para el Dr. ..., conforme lo previsto en el art. 15 de la ley arancelaria.

VI.- 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

"BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ TERAN DORA Y OTRO S/ EJECUCION HIPOTECARIA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 502038/2013) – Sentencia: 164/17 – Fecha: 27/07/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

GESTOR PROCESAL. FALTA DE RATIFICACION DE LA GESTION. NULIDAD. MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA. EXCEPCIONES. PRUEBA DE INFORMES. PRUEBA NO DILIGENCIADA. RECHAZO DE LAS EXCEPCIONES. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ALCANCE. FALTA DE OPORTUNO PLANTEAMIENTO.

1.- Habiendo transcurrido el plazo previsto por el art. 48 del CPCyC respecto del demandado J. P., sin que se ratificara la gestión alegada, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el gestor procesal en nombre de dicho ejecutado, con costas a cargo de aquél.

2.- Debe ser confirmada la sentencia de trance y remate que manda a llevar adelante la ejecución del mutuo con garantía hipotecaria, por cuanto más allá del reconocimiento que la actora ha hecho sobre la existencia del trámite ante el fuero civil, el que fue tomado en cuenta por esta Sala II para resolver la nulidad de la anterior sentencia y determinar la apertura a prueba de las excepciones –por el término de 20 días-, se requería de la producción de la prueba informativa –ofrecida por los mismos ejecutados- para poder abordar el tratamiento de sus defensas. Ello fue puesto de manifiesto en la resolución ya citada de la Cámara de Apelaciones, la que se encuentra consentida por la hoy recurrente. Luego, al no haberse diligenciado la prueba ofrecida -ni siquiera acompañaron el oficio para su libramiento-, mal puede abordarse el análisis de las excepciones opuestas -litispendencia e inhabilidad de título-.

3.- En cuanto al encuadramiento de la hipoteca de autos dentro de la ley de defensa del consumidor, asiste razón a la ejecutante respecto a que esta cuestión no fue planteada al juez de grado, por lo que esta Cámara se encuentra impedida de analizar el agravio en función de lo prescripto por el art. 277 del CPCyC.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BANCO HIPOTECARIO S.A. C/ TERAN DORA Y OTRO S/ EJECUCION HIPOTECARIA”, (JNQJE1 EXP Nº 502038/2013), 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. 138/139 vta., que rechaza las excepciones de

litispendencia, inhabilidad de título y pago parcial y sentencia de trance y remate la causa, mandando llevar adelante la ejecución, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia señalando que la ejecutante nunca desconoció la existencia del proceso en trámite ante al Juzgado Civil y Comercial n° 1 de esta ciudad, sobre reajuste de prestación, por lo que debió ser considerado en la sentencia.

Señala que la actora reconoce que la deuda hipotecaria está suspendida por la medida cautelar, por lo que se está ejecutando una deuda ilíquida, y, por tanto, el título no es hábil.

Agrega que la ejecución hipotecaria tampoco procede ya que no está acompañada por la relación causal.

Dice que el contrato celebrado entre las partes es un contrato de servicios bancarios, con garantía hipotecaria. Precisa que es un mutuo, no una compraventa, estando sometido a la ley de defensa del consumidor.

Sigue diciendo que del título surgen numerosas cláusulas prohibidas, violatorias de los derechos del consumidor, que son de orden público, pero el a quo no se pronuncia sobre su nulidad.

Reitera que nos encontramos ante un acto de consumo protegido por la ley, ya que la hipoteca que se ejecuta tiene como basamento una operación de crédito destinado al consumo.

Señala que la actora no cumplió con las disposiciones de la ley 24.240 en orden a la descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación; el precio al contado; y el importe a desembolsar inicialmente y el monto financiado, como tampoco se precisa el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses.

Se agravia también porque el juez de grado omite establecer que la tasa de interés pactada es del 9% anual, con una sobretasa por mora del 4,5% anual.

Finalmente formula queja porque no se ha aplicado la ley 2.903, la que es de orden público, y se encontró vigente a la fecha de la sentencia apelada.

Solicita se tenga presente la sanción de la ley 2.382.

B) La ejecutante contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 150/151 vta.

Sostiene que el memorial de la demandada no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados, señalando que el recurrente debió ofrecer en tiempo y forma los medios probatorios de que intentaba valerse, y luego realizar los actos necesarios para el diligenciamiento de la prueba dentro del plazo correspondiente, lo que no ocurrió en estas actuaciones, toda vez que la demandada no instó la producción de la prueba ofrecida para acreditar la litispendencia y la inhabilidad de título.

Afirma que querer someter el contrato de autos las normas de la ley de defensa del consumidor es una defensa que no fue planteada oportunamente. Insiste en que no fue una cuestión sometida a conocimiento de la instancia de origen.

Dice que la pretensión de aplicar la ley 2.903 es un planteo que deviene abstracto, toda vez que la vigencia de esa norma feneció el 31 de marzo de 2017.

II.- En primer lugar cabe señalar que la expresión de agravios de autos, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Luego, se advierte que el Dr. ... ha apelado la sentencia de primera instancia y expresado agravios en carácter de gestor procesal de los dos ejecutados (fs. 143 y 145), en tanto que la ratificación de la gestión procesal es hecha solamente por uno de ellos, la señora Dora Terán (fs. 148).

Consecuentemente habiendo transcurrido el plazo previsto por el art. 48 del CPCyC respecto del demandado José Pysik, sin que se ratificara la gestión alegada, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el gestor procesal en nombre de dicho ejecutado, con cotas a cargo de aquél.

IV.- Luego, ingresando al tratamiento de los agravios expresados por la demandada Dora Terán, advierto que a fs. 83/86 obra resolución de esta Sala II, nulificando la sentencia dictada y disponiendo que se abra la causa a prueba con el objeto de diligenciar la prueba informativa ofrecida por los demandados, a fin de acreditar la existencia de litispendencia y de la inhabilidad de título.

Dicha resolución fue cumplida a fs. 101/vta., disponiéndose la apertura a prueba de la causa por el término de veinte días, y proveyéndose la prueba ofrecida por la parte demandada.

Sin embargo, los ejecutados no diligenciaron la prueba proveída, ya que ni siquiera acompañaron el oficio para su libramiento, por lo que el juez de grado los declaró negligentes en la producción del medio probatorio (fs. 107/vta.).

Y es este el motivo por el cual el juez de primera instancia rechaza las excepciones opuestas por los ejecutados: falta de prueba.

En estos términos no cabe sino confirmar el decisorio de grado.Más allá del reconocimiento que la actora ha hecho sobre la existencia del trámite ante el fuero civil, el que fue tomado en cuenta por esta Sala II para resolver la nulidad de la anterior sentencia y determinar la apertura a prueba de las excepciones, se requería de la producción de la prueba informativa –ofrecida

por los mismos ejecutados- para poder abordar el tratamiento de sus defensas. Ello fue puesto de manifiesto en la resolución ya citada de la Cámara de Apelaciones, la que se encuentra consentida por la hoy recurrente.

Luego, al no haberse diligenciado la prueba ofrecida, mal puede abordarse el análisis de las excepciones opuestas.

V.- En cuanto al encuadramiento de la hipoteca de autos dentro de la ley de defensa del consumidor, asiste razón a la ejecutante respecto a que esta cuestión no fue planteada al juez de grado, por lo que esta Cámara se encuentra impedida de analizar el agravio en función de lo prescripto por el art. 277 del CPCyC.

VI.- Respecto de los intereses, la sentencia recurrida manda llevar adelante la ejecución por el capital con más los intereses pactados, por lo que no se advierte cuál es el agravio de la apelante sobre este tema.

VII.- Finalmente, en lo que respecta a la aplicación al sub lite de la ley 2.903, cabe señalar que oportunamente adherí al voto de la Dra. Cecilia Pamphile in re “Banca Nazionale del Lavoro S.A. c/ Pascualetti” (expte. n° 314.788/2004, Sala I P.I. 2012-II, n° 198) que confirmó la inconstitucionalidad de las leyes provinciales de suspensión de las ejecuciones en los procesos de ejecuciones hipotecarias de viviendas únicas de uso permanente del titular o de su grupo familiar, con fundamento en que “la suspensión prorrogada en el orden provincial, más allá de la perduración de la emergencia nacional (ley 25792), carece de sentido instrumental, toda vez que no se trata de un impasse para implementar medidas de fondo enderezadas a paliar o superar la situación de quienes ven amenazada la propiedad de sus viviendas únicas.

“Antes bien, la reiterada preterición de ejecuciones fundadas en el derecho de fondo parece responder al voluntarismo de suponer que el mero transcurso del tiempo operará una mejora en la situación del deudor, lo que de suyo no parece adecuarse a la realidad: el tiempo incrementa su deuda, y sólo posterga un desenlace inevitable, a menos que paralelamente se arbitren soluciones superadoras”.

Siendo la ley 2.903 una prórroga de la ley 2.394 no cabe sino efectuar respecto de la misma la referida tacha de inconstitucionalidad.

No obstante ello, el apelante tampoco rebate los fundamentos por los cuales el a quo ha desestimado la aplicación de la ley 2.903, toda vez que la norma legal, a contrario de lo que se afirma en la expresión de agravios, si contiene requisitos para su aplicación: que se trate de vivienda única y de uso permanente del titular o de su grupo familiar.

VIII.- En lo referente al reclamo de aplicación de la ley 2.382 no se advierte cual es la utilidad de su tratamiento por esta Cámara de Apelaciones, dado que no se vincula con los agravios formulados por el recurrente, ni resulta pertinente su consideración en esta etapa del proceso.

IX.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, 1) declarar la nulidad de lo actuado por el Dr. ... como gestor procesal del demandado José Pysik a partir de fs. 143, con costas a su cargo; 2) rechazar el recurso de apelación de autos y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en segunda instancia son a cargo de la demandada vencida (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 labor 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.- Declarar la nulidad de lo actuado por el Dr. ... como gestor procesal del demandado José Pysik a partir de fs. 143, con costas a su cargo.

II.- Confirmar la sentencia de fs. 138/139 vta.

III.- Imponer las costas por la actuación en segunda instancia a cargo de la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

IV.- 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 labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"S. G. E. S/ DIVORCIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 72371/2015) – Sentencia: 82/17 – Fecha: 11/05/2017

DERECHO CIVIL: Familia.

DIVORCIO VINCULAR. SEPARACION DE HECHO. SENTENICIA DE DIVORICIO. EFECTOS DE LA SENTENCIA. FECHA DE LA SEPARACION DE HECHO.

1.- El Código Civil y Comercial no admite en ningún caso la posibilidad de desacuerdo sobre los efectos que la sentencia de divorcio producirá, vale decir, que no es en el ámbito del proceso de divorcio en donde se podrá argumentar y probar cuándo se produjo la separación de hecho, de conformidad con la última parte del art. 438 CCC. De manera que, al igual que las diferencias que se observan entre los cónyuges, y la falta de acuerdo respecto del momento en que se produjo la separación de hecho entre los cónyuges, por tanto, la cuestión deberá plantearse y demostrarse al momento de proceder a la liquidación del régimen de comunidad ya concluido, y definir allí el momento en que se produjo la misma. (del voto del Dr. Ghisini en mayoría).

2.- Si ambas partes coinciden en que se separaron de hecho con anterioridad a la promoción de la demanda, pero no coinciden en cuanto a la fecha de separación, esto es que no están de acuerdo en alguno de los efectos del divorcio, la Jueza debió disolver el vínculo y diferir el tratamiento de las restantes cuestiones –entre las que se encuentra incluida la fecha del inicio de la separación de hecho- a una tramitación posterior; en los términos del artículo 438, "…las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local" (del voto de la Dra. Pamphile, que hace la mayoría).

3.- Cabe confirmar la sentencia de primera instancia en el punto que llega controvertido a esta Alzada, a saber que los efectos de la sentencia de divorcio se deben retrotraer a la fecha de notificación de la demanda, omitiendo considerar el elemento fáctico relativo a la separación de hecho sin voluntad de unirse previa, que ambas partes expresaron en sus respectivos escritos de inicio de trámite y contestación, en tanto la forma en cómo se decide no importa afectar derecho patrimonial alguno desde que el recurrente cuenta con las vías procesales habilitadas para obtener un pronunciamiento específico para obtener la retroactividad de los efectos que pretende en relación a los derechos que invoca titulariza. (del voto del Dr. Medori, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "S. G. E. S/ DIVORCIO", (Expte. Nº 72371/2015), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 197/202 obra la expresión de agravios del actor fundando el recurso de apelación concedido a fs. 188 (07.07.2016); pide se revoque parcialmente la sentencia de divorcio vincular en lo que respecta a la fecha a la que se retrotraerán sus efectos en relación a la disolución de la sociedad conyugal.

Cuestiona que el pronunciamiento de grado se ha apartado de las previsiones del art. 480 del CCyC y su correcta interpretación, al haber adoptado el día de la notificación de la demanda omitiendo considerar el elemento fáctico relativo a la separación de hecho sin voluntad de unirse previa, que ambas partes expresaron en sus respectivos escritos de inicio de trámite y contestación, cuando a su respecto denunció que fue el 01 de marzo de 2014 y su contraparte el 22.02.2014, es decir tan solo con ocho días de diferencia, cuando el a quo tenía dos posibles opciones: a)Requerir que las partes se expidieran concretamente respecto a dicho punto, y luego dictar la sentencia de divorcio, o b)Dictar la sentencia y fijar la fecha de disolución de la sociedad conyugal al momento de la separación de hecho anterior al pedido de divorcio, difiriendo la acreditación precisa, como cuestión a ser resuelta con las demás cuestiones pendientes, conforme lo establece el art. 438 última parte.

Deja planteado el remedio extraordinario de acudir a la CSJN conforme el art. 14 de la ley 48.

Sustanciado el recurso la contraparte no responde.

II.- A fs. 216 se expide el Agente Fiscal coincidiendo con el recurrente estima procedente el remedio intentado, en base a lo que establece el art. 480 del CCyC y el cotejo de las fechas que los propios cónyuges señalan, por la que la separación de hecho sin voluntad de unirse resultó el 1° de marzo de 2014.

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento resulta que en punto a lo que es objeto de recurso, la decisión de grado en el punto II de la parte resolutiva decretó “disuelta la sociedad conyugal con el alcance previsto por el art. 480 del Código Civil, desde la fecha de notificación de la demanda, esto es, desde el día 13 de octubre de 2015 (fs. 91vta). …”

Que constituyen antecedentes relevantes del presente que al promover la demanda de divorcio fundada en la causal del art. 437 del CCyC el día 21.09.2015, el actor aquí recurrente, denunció que la separación de hecho se produjo el 01 de marzo de 2014 (fs. 84 vta), denuncia los bienes y el pasivo de la comunidad, con propuesta de atribución de bienes a cada una de las partes, con compensaciones de uso, de pago de las obligaciones y referidas a la responsabilidad parental (fs. 85/88); al responder la demanda, la contraparte niega la fecha señalada (fs. 125), tanto como la documental aportada, rechaza los acuerdos propuestos, formulando la que entiende corresponde (fs. 133/134).

Que a continuación, en la audiencia que la partes celebran el 08 de marzo de 2016 (fs. 168), las partes manifiestan “que no existe posibilidades de arribar a un acuerdo en estos momentos” y solicitan se dicte la sentencia de divorcio.

Que el art. 480 del CCyC aplicable al caso, establece:

“Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508.”.

Que comentando el citado artículo, el Dr. Ricardo Lorenzetti (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T° III, Edit. Rubinzal Culzoni Editores, pag 173), si bien sostiene que:

“La posibilidad de retrotraer los efectos de la sentencia extintiva de la comunidad al momento del cese de la convivencia excluye el supuesto en que la comunidad se extinga por separación judicial de bienes. Si existe voluntad común de ingresar al régimen de separación de bienes los cónyuges así lo acordarán sin que tenga entidad la separación de hecho persistente toda vez que la separación de bienes tendrá efectos desde su inscripción en el Registro Civil (art. 449)”.

Sin embargo, luego, en aquello que es de directa aplicación a los presentes explica:

“Mientras que sino existe tal voluntad común y se configura alguna de las causales para requerir la separación de bienes judicialmente (causales todas que implican una situación subjetiva u objetiva de peligro de perder el derecho a la ganancialidad, la sentencia tendrá efectos retroactivos al día de la notificación de la demanda de separación judicial de bienes. En este caso,el cónyuge peticionante podrá invocar separación de hecho preexistente y requerir al juez reconozca efectos retroactivos a la sentencia de extinción de la comunidad es desde la fecha en que cesara la comunidad de vida”.

Que a tenor de los antecedentes reseñados que han evidenciado la falta de acuerdo respecto a la integración del acervo conyugal, atendiendo a la regulación involucrada y los precisos alcances asignados al trámite de divorcio, se comprueba la exacta interpretación y aplicación que concreta el juez de grado.

Que el análisis hasta aquí desarrollado permite razonar que la forma en cómo se decide no importa afectar derecho patrimonial alguno desde que el recurrente cuenta con las vías procesales habilitadas para obtener un pronunciamiento específico para

obtener la retroactividad de los efectos que pretende en relación a los derechos que invoca titulariza.

V.- Por lo expuesto, se habrá de confirmar el pronunciamiento de grado en lo que fue materia de apelación, con expresa imposición en costas al recurrente vencido (art. 68 del CPCyC), y procederse a la regulación de honorarios conforme las previsiones del art. 15 de la L.A. vigente.

El Dr. Ghisini, dijo:

I.- Voy a disentir con el voto que antecede en cuanto propone confirmar la sentencia de primera instancia en el punto que llega controvertido a esta Alzada, a saber que los efectos de la sentencia de divorcio se deben retrotraer a la fecha de notificación de la demanda.

El art. 480 del Código Civil y Comercial consagra en su primera parte una regla, pues si bien el efecto extintivo del divorcio se produce con el dictado de la sentencia, se retrotrae al día de la notificación de la demanda cuando –como en el caso- se trata de un divorcio peticionado por una sola de las partes; o si el pedido hubiera sido en forma bilateral, se remonta al momento de la presentación conjunta de los cónyuges.

Sin embargo, la norma bajo estudio establece en su segunda parte una excepción, que se da cuando al divorcio le hubiera precedido la separación de hecho, pues en tal supuesto, los efectos extintivos se retrotraen a esa fecha de finalización de la vida en común.

A su vez, no podemos olvidar que la aplicación del art. 480 es en el continente del proceso de divorcio enmarcado por los arts. 438 y 439 CCC, referidos a los requisitos y al procedimiento del divorcio, y al convenio regulador y a su contenido, respectivamente.

Ahora bien, se presenta aquí la situación destacada por el recurrente, en donde ambas partes mencionan que hubo una separación de hecho anterior pero no están de acuerdo, aunque por escasos días, cuándo se produjo la misma.

El Código Civil y Comercial no admite en ningún caso la posibilidad de desacuerdo sobre los efectos que la sentencia de divorcio producirá, vale decir, que no es en el ámbito del proceso de divorcio en donde se podrá argumentar y probar cuándo se produjo la separación de hecho, de conformidad con la última parte del art. 438 CCC.

De manera que, al igual que las diferencias que se observan entre los cónyuges, y la falta de acuerdo respecto del momento en que se produjo la separación de hecho entre los cónyuges, por tanto, a mi modo de ver, la cuestión deberá plantearse y demostrarse al momento de proceder a la liquidación del régimen de comunidad ya concluido, y definir allí el momento en que se produjo la misma.

Costas de Alzada en el orden causado, por tratarse de una cuestión jurídica novedosa. Debiéndose regular los honorarios de Alzada de conformidad con lo dispuesto por los arts. 15 y 35 de la ley arancelaria.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la

Dra. Cecilia PAMPHILE, quien manifiesta:

1. El Código Civil y Comercial de la Nación, establece en el segundo párrafo del art. 480, que la extinción de la comunidad marital, en los casos en que la separación de hecho de los esposos hubiera precedido al divorcio, opera con efecto retroactivo al día en que quede verificado el cese de la cohabitación.

El precepto reconoce virtualidad a la separación de hecho en materia patrimonial sobre la base de la extinción de la vida en común (Conf. Ricardo Luis Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T° III, pág. 176, Ed. Rubinzal-Culzoni 2015).

En este caso, ambas partes coinciden en que se separaron de hecho con anterioridad a la promoción de la demanda, pero no coinciden en cuanto a la fecha de separación, como señala el Dr. Ghisini, por escasos días.

Ante esta falta de acuerdo, corresponde interrogarse si es correcta la solución adoptada por la magistrada. Entiendo que no, conforme las razones que seguidamente daré.

2. El actual marco procedimental del divorcio, supone un proceso, en lo central, de tipo no contencioso:

“…la petición puede ser efectuada por uno de los cónyuges —divorcio unilateral— o por ambos —divorcio bilateral—. En el primer caso corresponde correr traslado al otro cónyuge, lo que implica poner en su conocimiento, tanto la petición de divorcio como la propuesta reguladora presentada y le permite ejercer su facultad de oponerse a la propuesta e incluso de presentar su propia propuesta —o contrapropuesta— y lleva según el caso, a homologar el acuerdo o diferir la resolución de las cuestiones pendientes concernientes a los efectos del divorcio para más adelante, imprimiéndoles el procedimiento que corresponda a los fines de su resolución.

En consecuencia, lo atinente a la ruptura o extinción del vínculo matrimonial, es decir, el divorcio en sí mismo, no resulta contencioso, aún cuando pudiera revestir esta característica, lo relacionado con los efectos del divorcio, v.gr. con la fecha de disolución de la comunidad de bienes, comprensiva también de la contienda sobre la fecha de la separación de hecho para el supuesto que aquélla debiera retrotraerse a la misma y estuviera controvertida entre las partes; la atribución del hogar,

compensación económica, alimentos —en caso que resulten procedentes—, etcétera, es decir, en cuanto a los procesos accesorios o conexos al de divorcio.

En todo caso el desacuerdo y por tanto la controversia girará en torno a los efectos o consecuencias patrimoniales, pero no sobre el divorcio respecto al cual no puede existir controversia posible en tanto, aun tratándose de una petición unilateral, el otro cónyuge no puede oponerse a ella, vaciando a la extinción del vínculo matrimonial de toda connotación contenciosa.

"Sólo cuando no fuere posible el pacto, se deberán resolver las disidencias sobre los efectos por la vía incidental" (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, ob cit., p. 401), en uno o varios procesos conexos o accesorios —según la cantidad de cuestiones pendientes— los que sí tendrán, eventualmente, un tinte litigioso.

Esta es además la interpretación que se condice con la télesis que el nuevo código imprime a este instituto jurídico, inspirada en la pacificación de los cónyuges, la evitación del conflicto y la simplificación del trámite…" (cfr. Cámara de Familia de Mendoza, T., M. A. c. S., C. s/ divorcio • 26/04/2016 Publicado en: DFyP 2016 (septiembre), 37 con nota de María Laura Ciolli • LLGran Cuyo 2016 (noviembre), 565 con nota de María Laura Ciolli, Cita online: AR/JUR/20066/2016).

3. Como se advierte, la circunstancia de que en el aspecto central del proceso (disolución del vínculo) no existan cuestiones controvertibles, esto no implica que en los aspectos intrínsecos no las haya.

Y si existe controversia, antes de resolver, debe garantizarse el debido proceso y la defensa en juicio, lo cual implica, básicamente, la posibilidad de ofrecer pruebas y controlarlas y, obtener un pronunciamiento basado en ellas.

"Al respecto cabe recordar que el art. 18 CN., al consagrar el derecho de defensa en juicio, comprende el ofrecimiento, la producción de pruebas, y la posibilidad de obtener un pronunciamiento que las analice en concreto y de manera integral en relación a las circunstancias que dieron lugar al planteo judicial. De lo contrario se estaría violando la Ley Suprema. (conf. arg. comentario sobre causa SCBA Ac. 73.814 del 27/09/2000, JA, 2005-II. F.5, pág. 41).

En el caso, ante el pedido de sentencia y postergación del tratamiento de la cuestión divergente, el Juez de la Instancia de origen directamente dictó sentencia, y decidió la cuestión —fecha del inicio de los efectos de la disolución de la sociedad conyugal— en función de la falta de prueba de las fechas postuladas por las partes.

Y si bien la nueva ley apunta al dictado inmediato del divorcio vincular (Arts. 438 y 439 del Cód. Civ. y Comercial), no puede soslayarse que la sentencia de divorcio contiene efectos patrimoniales, en tanto de manera automática, ipso iure, produce la disolución de la sociedad conyugal (art. 475 del Cód. Civ. y Comercial).

Se trata por tanto de una sentencia constitutiva compleja, porque importa una cuestión acumulada a la extinción del vínculo matrimonial, que alcanza cuestiones patrimoniales.

Por tanto, la determinación de la fecha a la cual se retrotrae la disolución de la sociedad conyugal —controvertida en autos—, importa en el caso una contienda, que si bien es intrínseca, no constituye el núcleo del decisorio en crisis (divorcio, disolución del vínculo matrimonial que determina el recupero de la aptitud nupcial de las partes)…."

Por lo tanto "ante la ausencia de acuerdo de partes, reconocimiento de la separación de hecho anterior, falta de oportunidad de aporte de elementos necesarios para decidir, y atendiendo a la pauta establecida en el art. 438 del Cód. Civ. y Comercial —en cuanto establece que las cuestiones pendientes deberán ser resueltas de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local—; aparece necesario en el caso, para la correcta solución de la cuestión litigiosa sometida a consideración, acudir a la ejecución ordinaria a los efectos de habilitar el cauce para verificar la fecha de cese de la cohabitación denunciada…". (cfr. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala III,M., N. G. c. R., C. L. s/ divorcio por presentación conjunta • 27/09/2016 Cita online: AR/JUR/67909/2016).

4. Trasladadas estas compartidas consideraciones al caso que viene a resolver, coincido con la solución propuesta por el Dr. Ghisini.

Es que, al no estar de acuerdo las partes en alguno de los efectos del divorcio, la Jueza debió disolver el vínculo y diferir el tratamiento de las restantes cuestiones –entre las que se encuentra incluida la fecha del inicio de la separación de hecho- a una tramitación posterior; en los términos del artículo 438, "…las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local"

En este caso, la solución propuesta por mi colega, se presenta plausible, en tanto es una cuestión que guarda estricta conexidad con la extinción de la comunidad y división de bienes que la componen. MI VOTO.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Modificar el punto II de la sentencia dictada a fs. 184/185 vta., disponiendo que la fecha de disolución de la sociedad conyugal deberá plantearse y demostrarse al momento de proceder a la liquidación del régimen de comunidad ya concluido, de conformidad

a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, por tratarse de una cuestión jurídica novedosa (art. 68 2° apartado del C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de esta Instancia en las siguientes sumas: para la Dra. ..., patrocinante del actor, de PESOS UN MIL SEISCIENTOS ($1.600) y para el Dr. ..., apoderado, de PESOS SETECIENTOS ($700) (Arts. 15 y 35 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"AGUIRRE PAMELA ELIZABETH C/ VIÑAS MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 501305/2014) – Sentencia: 88/17 – Fecha: 18/05/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. CICLISTA. CAMION. COSA RIESGOSA. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. CUANTIFICACION. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION.

1.- Atento a la aplicación de la denominada teoría del riesgo creado -art. 1113, 2da. Parte, Cód. Civ.- se invierte la carga de la prueba en los daños ocasionados con cosas riesgosas –un camión-, lo cual impone a quien causa el daño demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

2.- El conductor del camión demandado es el exclusivo responsable del accidente originado por la colisión que protagonizó con un ciclista que se desplazaba en su mismo sentido de circulación, pues no ha logrado demostrar que el impacto fue en la parte trasera, sino que el mismo fue en la parte lateral trasera derecha del camión -sobre el acoplado a la altura del segundo eje-, circunstancia ésta que se asemeja más a la versión de los hechos de la actora. Por tanto, el demandado no ha logrado acreditar la culpa de la víctima, en los términos del art. 1113, 2do. párrafo del Código Civil.

3.- […] en relación el monto fijado en la sentencia en concepto de “incapacidad sobreviniente” ($250.000), sobre la base de la edad de la víctima al momento del accidente -20 años-, el porcentaje de incapacidad determinado en la pericia médica del 50% de incapacidad permanente, como así las demás limitaciones funcionales que resalta la a quo, el mismo resulta insuficiente. Por tal motivo, al utilizar como pauta orientativa las fórmulas de matemática financiera “VUOTTO” y “MENDEZ”, estimo justo elevar el monto por incapacidad sobreviniente a la suma de $700.000, suma que coincide con la pretensión expresada por la actora en su demanda.

4.- Resulta insuficiente el monto otorgado en la sentencia de grado en concepto de daño moral -$100.000-. Ello es así, toda vez que atendiendo a las características del hecho generador –accidente de tránsito-, las condiciones personales de la afectada que al momento del accidente contaba con 20 años de edad, como así los padecimientos experimentados a raíz del accidente, en función de las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal, considero que el monto por daño moral debe ser valorado en su justa medida, por lo que estimo que deberá elevarse a la suma de $200.000, a cuyo importe se le deberán adicionar los intereses fijados en primera instancia.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “AGUIRRE PAMELA ELIZABETH C/ VIÑAS MARCELO Y OTRO S/ D. y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (EXP Nº 501.305/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 6 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan 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 de primera instancia que luce a fs. 366/369 y vta., hizo lugar a la demanda y condenó a los accionados abonar a la actora la suma de $350.000, con más sus intereses y le impone las costas a éstos últimos en atención a su condición de vencidos.

Para así hacerlo sostuvo: “La mecánica del hecho recreada por el perito a partir de los daños que presentaban tanto el acoplado como la bicicleta, confirman la versión sostenida por la demandada (debió decir actora), ello sumado a la falta de prueba que desvirtúe tal conclusión, conllevan a que considere no probado la culpa de la víctima sostenida por la parte demandada; determinando con ello, que la responsabilidad por el hecho lesivo le corresponde al conductor del camión, codemandado Viñas. Responsabilidad que se extiende a la codemandada García como titular del camión (conf. Fs. 19 expediente penal), y a la aseguradora, en la medida del seguro (cc. Arts. 1109, 1113 C. Civ., art. 118 L.S.)”.

Esa sentencia es apelada por ambas partes, la actora lo hace a fs. 374 y la demandada García y su aseguradora hacen lo propio a fs. 375.

II.- a) Agravios de la parte actora (fs. 385/388)

En primer lugar, señala que la sentencia fija en la suma de $250.000 la reparación de los rubros daño físico, lucro cesante y pérdida de la chance, al utilizar como pauta orientadora la fórmula matemática financiera, y para ello, parte del salario MVM, sin explicar en qué medida participa cada rubro en el total. Dice, que esa suma no satisface el requerimiento de reparación integral, por lo que el pronunciamiento resulta arbitrario.

Aduce, que la limitación física de la actora se extiende más allá de la jornada laboral, ya que esas limitaciones abarcan los quehaceres hogareños, recreativos, deportivos y cuanta otra actividad pretenda realizar.

Afirma, que del examen del plexo probatorio se advierte que al momento del accidente, Pamela contaba con 20 años, cursaba estudios secundarios, practicaba vóley, y exhibía actitudes para tratar con niños, tanto como niñera como asistiéndolos en la práctica deportiva.

Sostiene, que desde que ocurrió el siniestro, su vida sufrió cambios catastróficos, como los padecimientos derivados de las graves heridas, cirugías y demás prácticas médicas durante una prolongada internación y posterior convalecencia en su etapa ambulatoria; la determinación de un 50% de incapacidad, conforme da cuenta la pericial médica de autos; y la existencia de una importante cicatriz que se extiende desde la parte posterior de la cresta ilíaca derecha, hasta región anterior y desciende por la cara lateral del muslo hasta el tercio inferior del mismo que califica como cicatriz anfractuosa.

Indica, que la sentencia ha utilizado la fórmula VUOTTO, sin tener en cuenta las demás condiciones personales de la víctima.

En segundo lugar, califica de exiguo el monto que se asigna a la compensación por daño moral derivado del accidente y de las lesiones padecidas.

Expresa, que de las constancias de autos surge que la actora era una joven inquieta y activa, que llevaba una vida sana y sin duda llena de expectativas por lo que las consecuencias incapacitantes padecidas han hecho mella en su espíritu y en su propia estima. Va de suyo que ello ha sido motivo de angustia, ira y desazón mayúscula, si consideramos que se trata de una joven en la flor de la vida, ceñida ahora a un estado de invalidez, debiendo adecuarse a las limitadas opciones que le ofrece un futuro que anteriormente

era ilimitado.

Apunta, que tampoco se ha valorado adecuadamente la incidencia de la cicatriz que le quedó luego de las cirugías practicadas.

Corrido el pertinente traslado de los agravios, el mismo es contestado por la contraria a fs. 396/398 vta., en donde pide el rechazo del recurso con costas.

II.- b)- Agravios de la demandada y citada en garantía (fs. 391/393 vta.)

Controvierten la atribución de responsabilidad que consagra la sentencia, al afirmar que en forma muy escueta se determina que la responsabilidad del conductor del camión surge de la prueba pericial accidentológica; a pesar de que en ningún momento el perito se expide sobre la culpabilidad exclusiva del señor Marcelo Viñas.

Destacan, que el experto no se pronuncia de manera concordante con el relato de la parte actora, muy por el contrario, sostiene en primer lugar que el accidente no se produce en la intersección de las calles Leguizamón con Luis Pasteur, sino sobre el mismo trayecto de la primer arteria que era por donde circulaban ambos rodados.

Manifiestan que, es la propia accionante quien impacta el acoplado del camión conducido por Viñas.

Exponen, que resulta imposible pretender que un camión que tira un acoplado de enormes dimensiones, sea este el impactante, máxime cuando ambos vehículos circulaban en la misma dirección.

Entienden, que es la propia actora quién incurre en semejante irresponsabilidad al querer esquivar un vehículo que se encontraba estacionado, cuando con esa maniobra, no puede advertir producto de la desatención que sobre su lado izquierdo circulaba el camión y es en ese preciso instante que impacta al acoplado, pero no al revés, como se pretende interpretar.

Apuntan, que la ciclista sin ninguna medida de seguridad en su rodado, es decir, sin espejos retrovisores, sin casco protector, sin frenos y con auriculares puestos, ha sido la que ha causado el accidente.

Mencionan, que en uno de los considerandos de la sentencia se expuso: "...la mecánica del hecho recreada por el perito a partir de los daños que presentaban tanto el acoplado como la bicicleta, confirman la versión sostenida por la demandada..."

Concluyen en que no existe conducta reprochable al conductor del camión que pudiera tener nexo de causalidad con el accidente de marras.

III.- Por razones metodológicas, comenzaré con el tratamiento de los agravios de la demandada en atención a que controvierte la responsabilidad atribuida en la sentencia de grado, al conductor del rodado mayor, para luego, y en caso de corresponder, abordar la crítica de la actora referida a los montos de las indemnizaciones otorgadas, al considerarlos bajos.

Preliminarmente debo decir que no se encuentra discutido en autos que la colisión que motiva los presentes tiene como protagonistas a un camión con acoplado y a una bicicleta, lo cual determina que el encuadre jurídico realizado en la sentencia de grado, en función de la responsabilidad objetiva consagrada por el art. 1113 del Código Civil, resulta de aplicación al caso, máxime cuando el mismo no ha sido cuestionado en el recursivo articulado por la parte demandada.

De manera que, por aplicación de la denominada teoría del riesgo creado -art. 1113, 2da. Parte, Cód. Civ.- se invierte la carga de la prueba en los daños ocasionados con cosas riesgosas –un camión-, lo cual impone a quien causa el daño demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Ahora bien, el informe pericial de fs. 281/284, ante la escasa actividad probatoria incurrida por quien tiene la carga de acreditar que los hechos ocurrieron de manera distinta a la relatada en la demanda, nos ilustra acerca de cómo sucedieron los mismos.

Del mentado informe se desprende que los hechos no ocurrieron como lo relata la demandada en su contestación de fs. 42/48 y fs. 59, en donde expresara: "El día de los hechos el conductor del Camión asegurado, se trasladaba de manera reglamentaria y a escasa velocidad por la calle Legizamón en dirección norte sur, cuando al llegar a la intersección de la calle Pasteur es embestido en la parte trasera (detalle importante para entender la responsabilidad que le cabe a la parte actora) del camión por la Sra. Aguirre, quién, en el intento de esquivar a un vehículo que se encontraba estacionado, pierde el control de su rodado..."

Ello así, por cuanto en la citada pericia de fs. 281/284 vta., contrariamente se expresa: "Conforme surge del informe incorporado en causa penal, el camión presentaba un impacto lateral derecho trasero, sobre acoplado a la altura del segundo eje, presentando limpieza y transferencia de color rojo y azul (fibra), deformación leve del segundo eje con efracciones".

De manera que la parte demandada no ha logrado demostrar que el impacto fue en la parte trasera, sino que el mismo fue en la parte lateral trasera derecha del camión, circunstancia ésta que se asemeja más a la versión de los hechos de la actora. Por tanto, el demandado no ha logrado acreditar la culpa de la víctima, en los términos del art. 1113, 2do. párrafo del Código Civil.

Por otra parte, en cuanto a la transcripción de un fragmento de la sentencia para reforzar las conclusiones del recurrente, ello evidencia un error de tipeo que de ninguna manera concuerda con los demás argumentos del fallo.

Así, si bien en la sentencia se expresa: "...la mecánica del hecho recreada por el perito a partir de los daños que presentaban tanto el acoplado como la bicicleta, confirman la versión sostenida por la demandada..."; seguidamente expone: "...ello sumado a la falta

de prueba que desvirtúe tal conclusión, conllevan a que considere no probado la culpa de la víctima sostenida por la parte demandada..."

En realidad al final del primer párrafo, donde dice: "demandada" la jueza ha querido decir "demanda".

Además, la falta de culpa del conductor del camión no lo exime de responsabilidad, pues la eximente exige acreditar la culpa de la víctima, y ésta que no ha sido probada en la causa, cuando era carga del demandado hacerlo.

Por lo tanto, las conclusiones de la magistrada son acertadas en orden a la aplicación de las reglas de atribución de responsabilidad contenidas en el artículo 1113 del Código Civil, y en este punto la sentencia debe ser confirmada en tanto la eximente de responsabilidad no se encuentra demostrada, por lo que el demandado, el titular registral del camión y la Aseguradora citada en garantía -ésta última en la medida del seguro-, deben responder por los daños causados.

En función de lo expuesto, propongo al acuerdo el rechazo del recurso del demandado, con costas de Alzada a su cargo.

En relación a los agravios de la parte actora, en cuanto a los rubros: daño físico, daño estético, lucro cesante y pérdida de la chance, comparto las apreciaciones efectuadas en la instancia anterior, en el sentido que dichos rubros deben ser tratados en forma conjunta como integrantes del item "incapacidad física".

Al respecto, tiene dicho esta Cámara: "En efecto: "el lucro cesante como cualquier otro daño, tiene que valorarse en concreto, teniendo en cuenta las tareas que se cumplen y la retribución percibida; por eso si no se ha probado la actividad del damnificado... Si el sujeto no tenía aptitud productiva (un menor) o la había perdido (un anciano) o no la ejercía en los hechos (un desocupado) ningún lucro cesante experimenta durante el lapso más o menos breve de curación de sus lesiones... De allí que, en principio, sea menester acreditar no sólo la aptitud productiva, sino su efectivo despliegue con anterioridad al hecho (la "actividad" rentable) y que la suspensión a raíz de las lesiones ha sido el germen evidente de la pérdida de ingresos..." (cfr. Zavala de González, op. cit. Pág. 267 y 273)", ("HIDALGO RAMIREZ HERNAN CONTRA O.P.S. S.A. Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP. Nº 348.103/7).

En tal sentido, el apelante no controvierte los fundamentos de la sentencia, en cuanto considera insuficiente la prueba testimonial de fs. 193, para acreditar que la accionante se desempeñara de manera regular y rentada al cuidado de niños.

En definitiva, a los fines de la determinación de la incapacidad sobreviviente, como pauta orientativa, resulta correcto el Salario Mínimo Vital y Móvil utilizado en la sentencia de origen, y al no haberse demostrado la privación de una ganancia concreta, deviene el rechazo del agravio.

Sentado lo anterior, en relación el monto fijado en la sentencia en concepto de "incapacidad sobreviniente" ($250.000), sobre la base de la edad de la víctima al momento del accidente -20 años-, el porcentaje de incapacidad determinado en la pericia médica del 50% de incapacidad permanente, como así las demás limitaciones funcionales que resalta la a quo, el mismo resulta insuficiente.

Por tal motivo, al utilizar como pauta orientativa las fórmulas de matemática financiera "VUOTTO" y "MENDEZ", estimo justo elevar el monto por incapacidad sobreviniente a la suma de $700.000, suma que coincide con la pretensión expresada por la actora en su demanda.

En relación al agravio vinculado con el monto otorgado en la sentencia en concepto de daño moral -$100.000-, adelanto que el mismo resulta insuficiente.

Al respecto, esta Cámara ha sostenido que: "Daño moral es la lesión en los sentimientos que determina sufrimiento físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniarias. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer al reclamante, lo que, como decía ORTOLAN (citado por VELEZ SARSFIEL en la nota al art. 499 del C. C.), contraría al principio de la razón natural. Entiendo que en la determinación del 'quantum' indemnizatorio, los jueces de grado deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto. Con relación a la cuantificación del daño moral considero que siempre es difícil trasladar al dinero al daño extramatrimonial; para hacerlo es útil tener en cuenta las reglas determinadas por MOSSET ITURRASPE, Jorge en "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral" LL 1994- A - 729. Entre ellas la más importante consiste en diferenciar según la gravedad del daño y tener en cuenta las peculiaridades del caso. En orden a diferenciar según la gravedad del daño, hay que tener en cuenta el daño real sufrido por la víctima" (CNCiv. y Com. Fed., Sala 3, "Verón Raúl Felix c/Estado Nacional –Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/Daños y Perjuicios", 18/02/05), ("LOZADA HILDA

ELENA CONTRA PICHIMAN MIGUEL ANGEL Y OTRO S/ D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION", EXP Nº 444356/11).

Cabe agregar, que este rubro no es de fácil determinación, toda vez que se encuentra sujeto a una prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos experimentados a raíz de las lesiones sufridas y a la incertidumbre sobre un futuro incierto; es decir, que los agravios se configuran en el ámbito espiritual de quien los padece y no siempre se exteriorizan.

Al analizar las particularidades de cada caso, se debe tener presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales que éste causa.

Por otra parte, se debe descartar la posibilidad de su tarifación en proporción al daño material; y sí debemos atenernos a las particularidades de la víctima, la armonización de las 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".

En tal sentido esta Sala (PS-2007-T°II-F°254/257) tiene dicho: "Para resarcir el daño moral no es exigible prueba acabada del padecimiento, sino que basta la acreditación de las circunstancias que rodearon el hecho y que permitan inferir la existencia y su extensión".

"...la cuantificación del daño moral no precisa de probanza alguna, desde que se lo tiene por acreditado con la sola comisión del ilícito, por tratarse de una prueba in re ipsa, que surge de los hechos mismos, cuya determinación debe hacerse en base a la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios materiales admitidos".

Por tales motivos, atendiendo a las características del hecho generador –accidente de tránsito-, las condiciones personales de la afectada que al momento del accidente contaba con 20 años de edad, como así los padecimientos experimentados a raíz del accidente, en función de las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal, considero que el monto por daño moral debe ser valorado en su justa medida, por lo que estimo que deberá elevarse a la suma de $200.000, a cuyo importe se le deberán adicionar los intereses fijados en primera instancia.

IV.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo la modificación del fallo de primera instancia, elevando los rubros: incapacidad física a la suma de $700.000 y daño moral a $200.000, con más los intereses fijados en la sentencia de grado, confirmándose en todo lo demás. En función del resultado obtenido las costas de Alzada se impondrán a la demandada perdidosa, determinándose oportunamente los honorarios de Alzada conforme las pautas del art. 15 L.A.

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que habré de adherir en su mayor parte al voto que antecede, y a disentir respecto de la cuantificación del daño derivado de la incapacidad sobreviniente, el que conforme las prescripciones del art. 1746 del CCyC y fórmula de matemática financiera que estimo aplicable –"Mendez"- alcanza a $1.151.084,90.

II.- Que en la causa "CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/ HIDALGO CLAUDIO ELIZABETH Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXTE. 422.099/10 Sent. 28.06.2016), con motivo del análisis de la reparación de los daños derivados de actos ilícitos, como en los presentes, se trata de un accidente de tránsito, sostuve que:

"… 2.- En orden a los cuestionamientos que los actores formulan a la sentencia de grado respecto a la reparación del daño sufrido, cabe atender que el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral está expresamente garantizado en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tuvo recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, y adquirió la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc.22), conforme reforma del año 1994.

Constituye un derecho no enumerado y garantizado implícitamente por la Constitución Nacional (art. 33), que la víctima de un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, como en el caso, la integridad psicofísica, perciba una compensación económica por el daño sufrido si se da el supuesto de que resulta imposible volver las cosas a su estado anterior.

La CSJN ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro (alterum non laedere) también ínsito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ("Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N.

La reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional"

(CSJN, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay).

"Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". (CSJN "Günter"-Fallos 308:1118).

Oscar Puccinelli expresa que el derecho a la reparación es un derecho perfectamente extraíble de las normas que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; la del art. 75, inc. 22 (por los tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación", E.D. 167-969).

La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, "Aquino" Fallos 327:3753- Petrachi – Zaffaroni, "Cuello" Fallos 330:3483,-Lorenzetti).

La acción enderezada a obtener la reparación por la lesión al derecho personalísimo como lo es la integridad psicofísica, está contemplada tanto en el C.Civil como en el actual CCyC dentro de la genérica función resarcitoria regulada por la responsabilidad civil, antes extracontractual y contractual, ahora unificada, comprensiva de la reparación del daño moral, y que actualmente con mayores alcances fue regulado bajo la denominación “consecuencias no patrimoniales”.

El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, “alterum non laedere”, con rango de “deber jurídico” latente en el C.Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título “Deber de reparar”, que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código”, y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica sin no está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad –contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. 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 la interferencia en su proyecto de vida”.

Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” (art. 1068), el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

“Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado.

¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora. ..no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho(en el caso, las ocasionadas a al integridad somática y síquica de la persona) con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima.

No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente

mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores." (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

El actual ordenamiento, a partir del art. 1746 da un paso significativo adoptando los criterios que la doctrina y jurisprudencia ya sostenían cuando se demandaba la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, permanente, total o parcial, señalando que debía ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. … "

Que en lo que es materia de agravio, el nuevo art. 1746 del CCyC es preciso cuando estipula respecto a la forma en que debe ser cuantificada económicamente los efectos de la disminución de la capacidad que afecta a la víctima:

"En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Que sobre el particular, en el fallo antecedente que he citado, a los fines de adoptar el tipo de procedimiento de cálculo, consideré que:

"Luego, a los fines cuantificar la incapacidad sobreviniente en orden al porcentaje fijado, se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente" (Sentencia Nº 89.654 – Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia Nº 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable … ".

Que en "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años), estima que la víctima escalará en sus ingresos al menos 3 veces a lo largo de su vida útil, abandonando el criterio estático de la fórmula "Vuoto" y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Que en el caso, la fórmula impone considerar un porcentaje de incapacidad del 50%, la edad de la actora, que a la fecha del accidente era de 20 años, y el salario mensual que debe ser multiplicado por 13 (inclusivo del SAC), que ante ausencia de mayores pautas, se habrá de adoptar el Mínimo Vital y Móvil vigente al momento del accidente, 04 de enero de 2013, que ascendía a $2.670,00 (conf. Res. 2/2012 Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil).

En consecuencia, aplicando a la citada fórmula C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (60 / edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $1.151.084,90.

Que no sólo por considerar que se debe cumplir con la exigencia legal del art. 1740 del CCyC en relación a que la reparación del daño debe ser plena para atender una minusvalía estimada en la mitad de su capacidad psicofísica, que resulta incuestionable cómo interfererirá en su proyecto de vida, sino fundamentalmente, por tratarse de una mujer joven (20 años), no se requiere de mayor prueba para concluir el impacto que producirá en las posibilidad de su evolución humana, en acceder a determinadas tareas remuneradas, y obviamente a una escala mayor de retribución, que es lo que recepta la fórmula utilizada.

III.- En definitiva, atendiendo al análisis precedente que justifica las consecuencias perjudiciales de la víctima originadas en el accionar ilícito del demandado, se habrá de elevar el monto de la indemnización por daño patrimonial derivada de la incapacidad sobreviniente al accidente a $1.151.084,90, por lo que propiciaré al acuerdo establecer el monto de la condena en la suma de $1.351.084,90, con más los intereses fijados en la sentencia de grado.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el

Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fs. 366/369 y vta.), elevando el monto total de condena a la suma de PESOS NOVECIENTOS MIL ($900.000), con mas los intereses fijados en la sentencia de grado, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada, a la demandada perdidosa (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 a las partes y, oportunamente, vuelvan al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"ANSBERCK PELAEZ ROMINA C/ TOSELLI NORMANDO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419305/2010) – Sentencia: 112/17 – Fecha: 22/06/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. COLISION ENTRE MOTOCICLETA Y BICICLETA. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDAD. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA. AUSENCIA DE ACREDITACION. RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR DE LA MOTOCICLETA. ASEGURADORA. EXCLUSION DE COBERTURA. FALTA DE AUTORIZACION PARA CONDUCIR. INDEMNIZACION POR DAÑO. DAÑO MORAL. TRATAMIENTO PSICOLOGICO. GASTOS MEDICOS. GASTOS DE FARMACIA.

1.- Si del material probatorio rendido no surge acreditada la invocada eximente de responsabilidad objetiva, en cuanto no se encuentra demostrado cierta e indudable la adopción por parte de la víctima de una conducta o desplazamiento que hubiese interrumpido el nexo causal entre el hecho y el daño provocado, en los términos y alcances previstos por el art. 1113, 2do párrafo in fine del Código civil, pues no existen elementos probatorios en tal sentido que evidencien el real y concreto desplazamiento de la bicicleta conducida por aquella, ni que la supuesta infracción de tránsito obrara como factor provocativo del siniestro, es decir, que haya sido la causa exlcusiva o parcial de su ocurrencia, resulta procedete atribuir la exclusiva responsabilidad al demandado en el acaecimiento del accidente (art. 1113, 2do. Párrafo in fine del C.Civil), revocar el decisorio en punto a tal recaudo a los fines de la procedencia de la responsabilidad por daño. (del voto del Dr. Medorí, en mayoría parcial) .

2.- Cabe hacer lugar a la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora con fundamento en la cláusula 23, por la que “El Asegurador no indemnizará los siguientes siniestros producidos y/o sufridos por el vehículo y/o su carga… 8) Mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente”, en tanto ha quedado debidamente constatada en el dictamen pericial contable que quien conducía la motocicleta no era una persona autorizada por la autoridad competente para hacerlo. (del voto del Dr. Medori, en mayoría parcial).

4.- Teniendo en cuenta el tiempo de reposo y rehabilitación a raíz de los traumatismos, y la presencia de cicatrices en rodilla, pero principalmente en el rostro de una mujer joven, lo cual generó angustia y preocupaciones, corresponde reconocer por el rubro daño moral la suma de $60.000,00. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría parcial).

5.- En cuanto a los gastos por tratamiento psicológico, habrá de estarse a lo dictaminado por la perito en dicha especialidad, quien sugiere realizar tratamiento psicológico durante un año y con frecuencia semanal. Consecuentemente, este item prospera por la suma de $14.400,00. (del voto de la Dra. Pamphile en mayoría parcial).

6.- En orden a los gastos de asistencia médica generales y por medicamentos, teniendo en cuenta la cobertura pública de los principales y presumiendo la necesidad de otros complementarios, sin acreditaciones concretas, ante la ausencia de expreso desconocimiento, debe limitarse su cuantificación a lo reclamado por $2.500, conforme lo autoriza el art. 1746 del CCyC. (del voto de la mayoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de junio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ANSBERCK PELAEZ ROMINA C/ TOSELLI NORMANDO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)”, (JNQCI1 EXP Nº 419305/2010), venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Cecilia PAMPHILE, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 442/454 obra la expresión de agravios de la parte actora fundando el recurso de apelación interpuesto a fs. 430 contra la sentencia de grado dictada a fs. 415/423 en fecha 9 de septiembre de 2015; pide se revoque y se haga lugar a la demanda, con costas.

Se agravia la recurrente por: a) la errónea valoración de la prueba producida; b) errónea aplicación del derecho; c) errónea determinación de la responsabilidad y d) omisión de tratamiento a argumentos esgrimidos respecto a la exclusión de cobertura de la aseguradora.

Entiende que la magistrada valoró erróneamente el informe pericial accidentológico de fs. 220/234, la declaración testimonial de la actora producida en la causa penal a fs. 34, y el acta policial obrante a fs. 01 y 02, de dichos obrados; a su respecto, señala que el experto erróneamente había señalado que en la encrucijada regulada por semáforos estaba prohibido virar hacia la izquierda (oeste) lo que era inexacto, conforme se pudo acreditar con el acta de constatación notarial de fs. 105/108. Argumentó la jueza que su parte no demostró haber iniciado el giro a la izquierda con el semáforo con luz habilitante, lo que si se demostró, dado que de haber iniciado el giro con el semáforo en rojo, la motocicleta del actor también intentaba el cruce en rojo.

Agrega que su parte no tenía que acreditar que el semáforo estaba en luz verde siendo una cuestión que la jueza introduce y que no estaba controvertida.

Acerca de la declaración en sede penal, donde la actora afirma haber advertido la presencia de la motocicleta, resalta en esa oportunidad también indicó que la moto se encontraba a una cuadra y media aproximadamente del lugar en que emprendió la maniobra de viraje, por lo cual le sobraba tiempo si el demandado hubiera circulado a una velocidad prudente y reglamentaria, lo

cual obviamente no tuvo en cuenta la sentenciante.

Respecto de los informes accidentológicos entiende que también yerra la jueza en su valoración al considerar que no se acreditó el exceso de velocidad del demandado, pero ciertamente se hizo, no cuantitativamente (kilómetros horarios), pero sí de manera fáctica, dado que se acredito que el accionado carecía del dominio de la motocicleta en los instantes previos al siniestro. Agrega que surge de las actuaciones penales y del informe pericial accidentológico que la actora circulaba muy por delante de la moto, y en ocasión en que intentaba la maniobra de viraje hacia el oeste, esta lo impacta por detrás por alcance.

b) Critica la errónea aplicación del derecho respecto a la responsabilidad, al haberse asimilado el riesgo que genera una bicicleta a la motocicleta, más aún, se indicó en los considerandos que debido a la peligrosidad pasiva de la bicicleta, es la actora quien debía haber extremado la prudencia.

Agrega que la moto es mucho más peligrosa que la bicicleta debido a muchos factores –velocidad, peso-, además de la destreza o idoneidad que debe acreditar uno y otro conductor. Afirma que yerra la magistrada en la aplicación al caso del art. 45 inc. f) de la Ley Nacional de Tránsito, cuando correspondía el art. 43 inc. b) del mismo cuerpo legal; agrega que se omitió considerar a los fines de determinar la responsabilidad, los arts. 48 inc. g) y art. 50 de la Ley Nacional de Tránsito, así como la directriz establecida por el art. 1113-2° párrafo-2° parte del Código Civil.

c) Cuestiona por errónea también la atribución de la responsabilidad por culpa de la víctima sin considerar que la demandada omitió obrar con cuidado y previsión, como lo establece el art. 39 de la Ley de Tránsito; mientras que de las pruebas producidas en autos, surge con claridad meridiana que aquel no obró con la debida precaución en atención a las circunstancias de tiempo y lugar, dado que debería en primer término, contado con una licencia habilitante para conducir y, en segundo término, tendría que haber conducido a una velocidad precautoria y reglamentaria para evitar el siniestro objeto de las presentes actuaciones.

d) Finalmente entiende que la jueza de grado omitió considerar los argumentos esgrimidos por su parte para la resolución de la exclusión de cobertura planteada por la Citada en Garantía –fs. 72/73-; pide que en esta instancia se tengan en cuenta para que se revoque el pronunciamiento también en ese sentido.

II.- Corrido traslado a fs. 448, son contestados a fs. 450/454 y vta. por la citada en garantía, La perseverancia Seguros S.A, y a fs. 456/457 y vta., por el demandado; ambos solicitan el rechazo de la apelación con costas.

III.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis, desecha la demanda de daños y perjuicios con fundamento en que el obrar culpable de la actora fue la causa eficiente del accidente por circular con su bicicleta contraviniendo normas de la Ley de Tránsito (falta espejo retrovisor), e iniciar una maniobra de giro sin observar las precauciones exigidas, para erigirse en un obstáculo indebido y peligroso que se interpuso en el sentido normal de marcha del demandado -al que antes había divisado- y en consecuencia, deja a este último liberado de responsabilidad (art. 1113 C.Civil).

Que a tenor de los agravios introducidos, comprensivos de la crítica a la sentencia de grado que decidió en forma favorable a la aseguradora el planteo de exclusión de garantía, entiendo que metodológicamente éste se debe abordar en primer lugar, para luego seguir con los relacionados a la atribución de responsabilidad por daño, y en su caso, dictar el pronunciamiento que corresponda relacionado a su reparación.

Y es que, al no haberse perseguido al asegurado ni acreditado que se hubiera realizado la denuncia del siniestro en los términos del art. 46 de la L.S., así como, que el conductor, único demandado, no contestó la demanda, la participación de aseguradora ineludiblemente estaba supeditada a su integración con el fin de que pudiera ser alcanzada por la condena.

A.- Que la decisión de grado hizo lugar a la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora con fundamento en la cláusula 23, por la que “El Asegurador no indemnizará los siguientes siniestros producidos y/o sufridos por el vehículo y/o su carga… 8) Mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente” (fs. 194/195) debidamente constatada en el dictamen pericial contable de fs. 199, resultando del informe de fs. 212 que quien conducía la motocicleta no era una persona autorizada por la autoridad competente para hacerlo.

Agrega que tales previsiones son oponibles a la víctima, que dicha previsión contractual no solo tiene en vista el interés particular de los contratantes, sino un resguardo para terceros, y en tanto implica negligencia por parte de aquel cuyos efectos jurídicos puede incidir en el asegurador; finalmente impone la costas al demandado atento a la denuncia de la aseguradora en sede penal hizo que la actora pudiera creerse con derecho a citarla.

Que resulta insuficiente la crítica introducida por la actora sobre la base de que la juez de grado omitió mencionar y considerar los argumentos que vertió al contestar el planteo en la instancia de grado, y a continuación hace una íntegra transcripción de dicha pieza, como tampoco explicar en qué aspecto colisiona con la doctrina del Máximo Tribunal Provincial que habilite suponer que se obtendrá una solución distinta en el caso que le resulte favorable.

Se ha sostenido que “Si el apelante se limita en la expresión de agravios a remitirse o a reproducir las consideraciones de escritos

anteriores al fallo recurrido, ello no constituye una expresión de agravios, ya que no se efectúa el estudio crítico del fallo dirigido a señalar las fallas, defectos, errores o improcedencia de lo apelado. La consecuencia jurídica de tal omisión es la deserción de la queja en relación al punto respecto al cual se ha incumplido con el imperativo legal" (PS1994 II 352/353, SALA I y PI 2006 T.I F°189/191 Sala III, entre otros).

Consecuencia de ello, la pieza presentada no reúne los requisitos que impone el art. 265 del C.P.C. y C. lo cual conlleva la deserción de la queja, y conforme lo estipula el art. 266 del mismo cuerpo normativo, el recurso se declarará desierto.

B.- Que atendiendo al cuestionamiento central de la apelante relacionado con la atribución de la responsabilidad por daño en que intervienen cosas en movimiento, considero que en la causa bajo estudio cobra liminar relevancia el principio y presunciones establecidos por el art. 1.113, 2do. apartado del Código Civil –norma vigente al momento del accidente-, sin desatender que cuando se trata de la derivada del riesgo creado por aquellas, no es totalmente ajena a la idea de culpa, conforme a que cuando la cosa es peligrosa, la diligencia exigible en su manejo o conservación es superior (art. 902 C.Civil), y normalmente aquel aporte se integra con su uso deficiente o imprudente.

Con tal premisa, cabe atender a que la pericia accidentológica (fs. 220/235), que no fue impugnada, describe que ambos protagonistas se desplazaban sobre la banda Este de la calle Combate de San Lorenzo, en sentido Sur Norte, y al momento de arribar al cruce con la calle Antártida Argentina, la ciclista realiza una maniobra de giro hacia la izquierda a los fines de continuar hacia el cardinal Oeste, momento en que es impactada sobre su lateral izquierdo parte trasera, con la parte frontal de la motocicleta, produciendo la desestabilización de los conductores y la consecuente caída al pavimento; que el epicentro del impacto es sobre la rueda trasera con una incidencia de izquierda a derecha y que afecta la llanta que se presenta torcida.

Que a tenor de las fotografías obtenidas entiende que "Se concluye claramente que el impacto se produce de manera perpendicular entre la rueda delantera de la motocicleta y el lateral izquierdo de la bicicleta".

Agrega que aún detectada una huella de frenada en el lugar, no fue posible determinar la velocidad de los rodados, y sí, que el agente portante de la fuerza, o comúnmente llamado embistente, es la motocicleta.

También denuncia haber relevado que el cruce se encuentra regulado mediante un cuerpo semafórico de cinco tiempos, que regula el tránsito para los usuarios que intentan el cruce de la intersección, o girar desde Combate de San Lorenzo hacia Antártida Argentina, en cualquiera de los sentidos permitidos, y que se hallaba en funcionamiento, no constituyendo un hecho controvertido que ambos rodados contaban con luz que habilitaba tanto el cruce como el giro.

Entonces, habilitada la maniobra de giro a la izquierda, lo relevante es que al momento en que es impactada la actora ya estaba circulando con su bicicleta en sentido Este Oeste por la calle a la que había accedido, es decir que había finalizado aquel viraje, porque de otra forma no se explica que la colisión se haya producido cuando los rodados estaban en posición perpendicular, y desde que la moto circulaba en sentido Sur Norte; los daños confirman tal mecánica, ubicándose en su parte frontal en la última, y en el lateral izquierdo trasero en aquella.

Ninguna de estas circunstancias fueron atendidas por la juez de grado, que se detiene en aspectos nunca invocados en el presente incluso sobre la forma de circular sin incidencia causal, asistiéndole razón a la apelante cuando basa su crítica en una errónea y arbitraria valoración de la prueba.

Particularmente, cuando en el caso no se ha invocado ni probado acerca de una versión de los hechos que ponga en cabeza de la actora las consecuencias de un acto tal que habilite endilgarle haber concretado el aporte causal necesario o determinante para que acaezca el hecho lesivo que sufrió, incluso, demostrando en forma clara y certera su culpa; tal lo que le imponía al perseguido el régimen legal transcripto para liberarse, y al respecto vale recordar que se le dio por decaído el derecho a contestar la demanda (fs. 80).

Lejos de ello, y abundando en relación a la conducta seguida por el demandado, que se integra al aporte causal derivado del riesgo de la cosa, cabe destacar que a su respecto queda subsistente la versión de la demandante que al describir la plataforma fáctica le endilga haber estado sobrepasando vehículos que circulaban por la misma arteria y circular velozmente (art. 356 del CPCyC), aun cuando no se haya podido establecer científicamente la velocidad que llevaba.

Que en este sentido la Ley de Tránsito, en primer lugar exige a los conductores que el adelantamiento a otro vehículo debe hacerse constatando previamente que a su izquierda la vía esté libre en una distancia suficiente para evitar todo riesgo, tener la visibilidad suficiente, y no iniciar la maniobra si se aproxima a una encrucijada, curva, puente, cima de la vía o lugar peligroso (incs. a y b del art. 42), además del genérico mandato de "circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. Cualquier maniobra deben advertirla previamente y realizarla con precaución, sin crear riesgo ni afectar la fluidez del tránsito" (inc. b) art. 39).

Del material probatorio rendido no surge acreditada la invocada eximente de responsabilidad objetiva, en cuanto no se encuentra demostrado cierta e indudable la adopción por parte de la víctima de una conducta o desplazamiento que hubiese interrumpido el nexo causal entre el hecho y el daño provocado, en los términos y alcances previstos por el art. 1113, 2do párrafo in fine del Código civil, pues no existen elementos probatorios en tal sentido que evidencien el real y concreto desplazamiento de la bicicleta conducida por aquella, ni que la supuesta infracción de tránsito obrara como factor provocativo del siniestro, es decir, que haya sido la causa exlcusiva o parcial de su ocurrencia. (Referencia Normativa: Cci Art. 1113 Cc0001 Ql 9012 Rsd-71-6 S Fecha: 12/10/2006 Juez: Celesia (sd) Caratula: Pozzoli, Carlos Alberto C/ Scarpato, José Y Otros S/ Daños Y Perjuicios Mag. Votantes: Busteros-Celesia-Señaris).

Por todo lo expuesto resulta que procede atribuir la exclusiva responsabilidad al demandado en el acaecimiento del accidente (art. 1113, 2do. Párrafo in fine del C.Civil), se habrá de revocar el decisorio en punto tal recaudo a los fines de la procedencia de la responsabilidad por daño.

C.- Sentado lo precedente, corresponde avanzar sobre las pretensiones de la actora dirigidas a reparar el daño físico y estético, el psicológico y por tratamientos, daño moral, y gastos de farmacia, consultas, asistencia médica y radiografías, para determinar su conexión causal con el hecho y eventualmente, cuantificarlas.

Que la perito psicóloga a fs. 273/274 informa que el accidente de marras ha influido en forma negativa en la vida de la actora, al interrumpir su continuo vital. En el momento del accidente estudiaba, cursando el 3º año. Dado que no podía permanecer parada por la dificultad en su pierna, refiere que perdió las prácticas durante 4 meses por dolor y por necesidad de estar parada para realizarla, por lo cual se atrasó en recibirse durante ese tiempo. El golpe al caer, la lastimó seriamente la cara y fundamentalmente la nariz.

Refiere que debió concurrir al Hospital Heller durante 7 días consecutivos a realizarse las curaciones. En este tiempo temió por el resultado estético del procedimiento. Actualmente se evidencian cicatrices en su rostro, visibles, ostensibles. Nariz, también en la frente y en el mentón. Comenta que la gente le pregunta todo el tiempo "¿qué te pasó en la nariz?". Esto la enoja y la frustra. Dice "¿Cómo hago para olvidarme si me lo veo en la cara todo el tiempo?"… Comenta "Estuve un mes y medio sin mirarme al espejo, yo soy muy cuidadosa de mi cara siempre uso cremas…, después yo empecé a ver como estar por medio de los dibujos que hacía de mi hijo…" se la ve con alto grado de angustia, llora (punto a).

Acerca de la presencia de trastornos de conducta o de otra naturaleza originados por el evento dañoso, y problemas fóbicos, luego de transcribir el relato de la actora, describe la posibilidad de que exista grado de incapacidad parcial y permanente, explicando que la lesión orgánica en el rostro ha generado un menoscabo en la integridad mental de la peritada. Hay daño estético físico de carácter permanente, y perturbación psíquica secundaria a este hecho.

La examinada cursa actualmente un cuadro compatible con Trastorno Adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo deprimido (F 43.22 DSM IV), por la sintomatología descripta que se corrobora en la aplicación de las técnicas.

Según Baremo para el Fuero Civil de Altube Rinaldi corresponde otorgar un 20% de incapacidad psíquica.

Informa haber realizado una batería de tests que consideró necesario (Test dibujo de si mismo. Persona bajo la lluvia. Teste de Bender) evidenciando a partir de ellos ansiedad, angustia, con defensas que no son adecuadas, orientación hacia el pasado como deseo de retornar a un estado anterior.

Necesidad de sostén externo.

Sobre tratamientos rehabilitantes, considera que requerirá de psicoterapéutico de frecuencia semanal, de tipo individual, por lo menos un año, para elaborar el duelo, por la imagen corporal perdida, que logre adaptarse a su nueva fisonomía. Todo esto es un proceso no menor ya que el rosto es de suma importancia para una mujer joven, siendo la carta de presentación hacia lo social.

Agrega que la examinada tiene dificultades para ir a lugares nuevos, donde debe exponerse con gente que no la conoce, se siente observada, y debe contar que fue lo que le ocurrió, significando un "trabajo" que evita dentro de lo posible; a fs. 327 amplía y confirma su dictamen, y a fs. 371 cuantifica el costo anual del tratamiento psicoterapéutico en $14.400.

Que la pericial médica (fs. 319/321) con sucesivas remisiones a la documental aportada, registra que la actora "sale despedida del birrodado cayendo sobre el asfalto recibiendo golpe directo en macizo facial y rodilla derecha, fs. 8. Traslada al Hospital Héller se constata herida de partes blandas de pirámide nasal, región frontal izquierda y rodilla derecha. La herida nasal no se sutura por presentar importante hematoma y se deja cicatrizar por segunda. Se suturan las heridas en región frontal y rodilla. Se realizan radiografías de cabeza y cara, rodilla afectada y columna lumbar. Se indica medicación con analgésicos antiflamatorios y reposo, fs. 9 y 10" mientras que al examen físico describe: "Macizo facial simétrico. No se evidencia deformidades. Pirámide nasal: tiene una conformación de base inferior y vértice superior, ósea en su tercio superior y fibrocartiloginosa (partes blandas) en sus dos tercios inferiores. En la actora se visualiza simétrica, presenta cicatriz en partes blandas de tercio inferior orientada en sentido

vertical, de 2 cm., de superficie regular, no adherida a planos profundos, la cual se extiende hasta la columela tejido blando entre las dos narinas (orificios nasales), hipercrómica respecto a piel perilesional. Rodilla derecha: no se evidencia signos de flogosis ni deformidades. Presenta cicatriz en cara interna que consta de dos brazos: uno orientado en sentido transversal al eje del miembro de 7 cm x 0,50 cms. De bordes confrontados, no adherido a planos profundos y otro en sentido oblicuo a la anterior de 1,50 cms de superficie irregular, de coloración hipercrómica en relación a piel circundante.”.

Al responder los puntos de pericia anticipa el uso del Baremo Dr. Bermudez (Valoración de daño estético por cicatrices) Fernández Rozas, señalando como parámetros de valoración al extensión -localización- relación con pliegues y arrugas -morfología - aspecto - superficie - cromia - características personales (sexo y edad) - estado anterior, bajo la fórmula de visibilidad x morfología sobre características personales, dictaminando para la cicatriz nasal un porcentual del 3,66% y la cicatrices de la pierna el 8,54%, y que atendiendo a la incapacidad restante, concluye en un total del 11,88%.

Agrega que: Los traumatismos presentan síndrome doloroso requiriendo reposo: La lesión de pirámide nasal no tiene secuelas funcionales y respecto a la rodilla la movilidad se encuentra dentro de rango de normalidad; Requiere tratamientos estéticos de cicatriz de pirámide nasal y rodilla de la cual no se elevan presupuestos; Fue medicada con analgésicos antiflamatorios y ansiolíticos, los cuales administrados en dosis y tiempo efectivo no generan adicción; Los tratamientos de fisiokinesioterapia y rehabilitación fueron administrados según protocolos de tratamiento. El dolor que éstos pueden provocar son típicos del segmento corporal comprometido que ha estado inmovilizado para lograr devolver la funcionalidad del miembro afectado;

Durante la entrevista realizada oportunamente la actora no manifestó signos de stress postraumático. Según pericial sicológica fjs. 274 presenta Trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo deprimido (F.43.22 DSM IV) con indicación de tratamiento: En su momento la actora recibió apoyo terapéutico.

Al respecto procede atender a que el daño resarcible no está representado por la lesión en sí misma, sino por los efectos que ella produce, atento a que no es resarcible cualquier daño, sino únicamente aquel que trae aparejado un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar. De allí que, la indemnización que se pueda otorgar como consecuencia de la incapacidad generada, debe atender primordialmente a mantener incólume una determinada calidad de vida cuya alteración, disminución o frustración constituyen en sí un daño susceptible de mensura patrimonial.

Para su evaluación se deben apreciar las actividades del sujeto aun fuera del ámbito económico o productivo, abarcando aspectos de la vida social, de relación y esparcimiento, vale decir, que la reparación para que sea plenano debe ceñirse únicamente al aspecto laborativo, sino que además, se debe evaluar el estado del damnificado previo al infortunio que generó la incapacidad, sin que quepa estimarla únicamente recurriendo a la aplicación de fórmulas matemáticas, sino determinándola también en función de pautas relevantes, tales como las circunstancias personales del reclamante.

En función de lo expuesto, debe evitarse la superposición de los rubros reclamados que impliquen duplicar la indemnización por un mismo concepto, tal como sería que se reclame bajo una misma pretensión indemnización por incapacidad y a la vez por afectación de la calidad de vida.

Y en particular el análisis de las secuelas que deben ser reparadas, desde que se vinculan con cicatrices, atendiendo a que siempre que de ellas se deriven daños físicos, son objeto de indemnización, considerando las particularidades que en cada caso concurran.

La intrascendente o la que no afecta las actividades sociales, ni reduce las posibilidades económicas ni implica una desfiguración del rostro o sea que no afecta en modo alguno el desenvolvimiento normal de las tareas habituales, no constituye un daño susceptible de ser indemnizado (art. 1069 Cód. Civil).

Sobre la naturaleza del daño estético, mientras unos sostienen que se trata de un daño material, porque incide sobre las posibilidades económicas y sobre la vida de relación de quien lo padece, siendo ambos conceptos acumulables, otros aducen que sólo lesiona las afecciones legítimas del damnificado, por lo que integra el concepto del daño moral. En realidad la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extrapatrimonial; la integridad corporal, lesión que siempre, provocará un agravio de tipo moral y que puede, o no, afectar el aspecto patrimonial del individuo. Si lo provoca, se está en presencia de un daño patrimonial indirecto, toda vez que -además de la afección extrapatrimonial- indirectamente se traduce en perjuicios patrimoniales que pueden ser tanto daños emergentes (gastos insumidos en la curación de las lesiones), cuanto lucros cesantes (pérdida de la fuente 422099/2010 de trabajo o disminución del mismo).” (CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERIA, SAN JUAN, SAN JUAN, Sala 03 (Caballero, Humberto Cuneo de García, Catalina Celia Moya, Moisés), Martinez Enrique Víctor y Otra c/ Eguaburo Diego José y Otros s/ Daños y Perjuicios -Sumario y Acumulado Nº 52558 (4º Juz. Civil) (8634 Sala III) "Gómez Dolores Beatriz C/ Eguaburo Diego José y Otros Cesar José Eguaburo -Daños y Perjuicios (Sumario)", SENTENCIA del 26 de Septiembre de 2007, -© 2008 - SAIJ en WWW v 1.9).

Que a tenor de los antecedentes fácticos y jurídicos expuestos, procede concluir en que la suficiencia de la prueba para acreditar su conexión entre el episodio lesivo y las consecuencias que allí se informan, con impacto en la esfera patrimonial de la actora, tanto como la extra patrimonial, considerando la afección emotiva espiritual padecida, y en consecuencia analizar la procedencia de cada rubro individual y su cuantificación:

1.- Daño Físico: Que el dictamen médico transcripto ha explicado con suficiencia el nexo causal entre las cicatrices en rostro y piernas que fueron constatadas en la actora en el centro de salud donde recibió los primeros auxilios, justificando conforme pautas usuales, las consecuencias incapacitantes que le generan, que en caso implica una disminución del 11,88%; y tal como se anticipara, ello no recibió cuestionamiento por la contraparte.

A su vez, el dictamen del perito en psicología, describe un cuadro en curso compatible con Trastorno Adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo deprimido, sin justificar su carácter permanente, y particulamente, y sí sugerir psicoterapia al menos por un año.

En consecuencia, el menoscabo en la integridad mental se habrá de atender al abordar tanto el reclamo por el costo del tratamiento como en relación a los bienes extrapatrimoniales afectados, e introducido aquí como daño moral.

Luego, a los fines de cuantificar la incapacidad sobreviniente en orden al porcentaje fijado, se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa “Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente “ (Sentencia Nº 89.654 – Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art.1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en “Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina” (Sentencia Nº 36010), que resultaba insuficiente, al no contemplar la totalidad del daño ocasionado a la víctima, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo “Arostegui” (28/04/2008), además de poder sufrir lo que se llama “posibilidad futura de ascenso en su carrera“, que debe estar comprendido en todo valor indemnizable, previendo en su cómputo que ello se producirá en al menos tres oportunidades.

Precisamente los antecedentes colectados en la causa avalan dicha posibilidad, luego de haber denunciado un ingreso de $2.500 al momento del ingreso en otra actividad –sin registrar- así como haber finalizado de cursar la carrera de Técnico Superior de Instrumentación quirúrgica (fs. 37 vta), estimando que un trabajador del sector salud percibía $3.500, habiendo acreditado haber egresado y obtenido el título a partir de agosto de 2010 (fs. 253), además de probar que la remuneración bruta para tales profesionales oscila entre $4.901,83 y $4.033 conforme informes de febrero y abril de 2011 (fs. 129 y 158), extremos que habilitan a considerar como suma inicial la de $3.500 (art. 165 CPCyC).

A su vez, en “Mendez” para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se elevó la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula 422099/2010 Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Luego en tanto la fórmula contempla el porcentaje de incapacidad -11,88%-, la edad de la persona, que en el caso contaba con 27 años, y el salario mensual que debe ser multiplicado por 13 (inclusivo del SAC).

En consecuencia, aplicando a la fórmula “Méndez C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (n/ edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $254.595,91 por la reparación de la incapacidad física de la actora.

2.- Gastos por tratamiento psicoterapéutico: Que en resultado recomendado (fs. 274) para que se desarrolle en al menos un año, sin que fuera objeto de impugnación, estimo que en atención a la incidencia negativa que tiene en la integridad mental de la actora las cicatrices en rosto y piernas, tanto como por el sufrimiento derivado del episodio en sí, ha quedado justificado que aquel se extienda por medio año más, con una sesión semanal, debiendo prosperar el rubro por $21.600 en atención al costo informado a fs. 371 .

3.- Gastos de asistencia médica generales y por medicamentos:

Teniendo en cuenta la cobertura pública de los principales y presumiendo la necesidad de otros complementarios, sin acreditaciones concretas, considero que ante la ausencia de expreso desconocimiento, debe limitarse su cuantificación a lo reclamado por $2.500, conforme lo autoriza el art. 1746 del CCyC.

4.- Acerca del rubro daño moral pretendido, vale recordar que las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre dicho daño, ahora receptado en el nuevo art. 1741, bajo la denominación de “no patrimonial”, equivalente al “extrapatrimonial”, y si bien no se ha definido su concepto, si se han fijado pautas para fijar su monto.

Que en su análisis y cuantificación resultan relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar su entidad supone una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de

que modo y con que intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto de naturaleza objetiva como subjetivas, pudiéndose enunciar entre las primeras las relativas al hecho mismo (sufrimiento físico y psíquico en el momento del suceso), a la curación y convalecencia (el dolor de la etapa 27 terapéutica), y secuelas permanentes (lesión estética); sin descuidar las segundas que hacen a la particular personalidad del sujeto, conforme sexo, edad, etc.

La prueba específica operará normalmente por vía de presunciones judiciales y hominis, es decir, por inferencia efectuada a partir de otros elementos, atento la imposibilidad de mensurar este daño de la misma forma material, perceptible a los sentidos que en el daño patrimonial. Por ello, cuando se dice que este daño no requiere acreditación, en general se está aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, pero las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen un medio probatorio indirecto.

Las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre un daño moral, resultando relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de que modo y con que intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

Que en tanto tal cuantificación constituye una “consecuencia de la relación jurídica” que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC –conforme expresa previsión del art. 7- quedó sujeta al nuevo régimen que estipula a tal fin que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. “Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. Las segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma: “No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (v.gr. ver art. 1746 CCyC). “Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la nueva ley? (art. 165 parr. 3º CPCCN y CPCCBA)” Una sentencia coincide con esta afirmación con fundamento en que “el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata. Dice el Doctor Sebastián Picasso: “A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art,. 7º, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación”. De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1º de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine.” Jalil sostiene que “el modo de cuantificación de los daños se rigen por la ley vigente al momento de los hechos y no cuando esa liquidación se realiza”; la palabra “modo” no es aquí del todo clara pues luego afirma: “cualquier regla del CCyC, que imponga un aumento, atenuación o modificación (art. 1750) no es de aplicación inmediata a los daños producidos con anterioridad.” La norma citada no está referida a un modo de liquidación; solo expresa 29 que fijado el momento (por el modo que correspondía), puede ser atenuado. (Aida Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. Pag. 234/235).

Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente. Lo cierto es que el nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”, ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado su funciones reparatoria.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado “precio del consuelo” que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado",de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema 422099/2010 de Justicia de la Nación, “obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales".

Agregó el Alto Tribunal que “aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha

desaparecido… El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida".

En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia (El daño moral contractual y extracontractual- Jorge Mario Galdós http://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual- y extracontractual.- Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf).

Que la prueba colectada informado acerca de la afección emotiva espiritual que experimentó y experimenta la actora, aún cuando no haya derivado en una secuela incapacitante, como sentimientos de angustia, inseguridad y ansiedad, con repercusión grave en su estabilidad subjetiva, tratándose de una mujer joven (27 años), afectada por cicatrices en el rostro y piernas, que como bien describe la perito psicóloga, e incidencia en su autoestima, así como el modo para vincularse socialmente, por los efectos estéticos, y que procede ser abordada dentro del daño no patrimonial.

Por lo expuesto estimo ajustado justipreciar el monto de la condena a favor de la actora por el daño no patrimonial a la suma de $50.000, que le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento aplicándolo a las actividades de esparcimiento o recreativas por un mes o para la adquisición de bienes o tratamientos vinculados a la estética.

IV.- En conclusión, propiciaré al acuerdo acoger la apelación de la actora y revocar parcialmente la sentencia, confirmándola por el rechazo de la demanda respecto de la aseguradora, y que habrá de prosperar respecto al demandado Normando Sebastián Toselli, al que se lo condena a que dentro del plazo de diez días de notificada la presente abone al actor la suma de $328.695,91, por la reparación de la incapacidad física, por daños a bienes no patrimoniales, y del psíquico en concepto de tratamiento psicoterapéutico, más los gastos de asistencia médica y farmacia.

Tales importes devengarán intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén que se calcularán desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago, a excepción de la suma fijada por tratamiento psicoterapéutico, que se aplicarán desde la fecha de esta sentencia.

Con costas en ambas instancias a cargo del demandado en su calidad de vencido (art. 68 CPCyc).

Conforme lo decidido deberán dejarse sin efecto las regulaciones de honorarios de los letrados, debiéndose cumplir con una nueva conforme planilla a practicarse en la instancia de grado (art. 20 L.A.) y fijar los honorarios devengados en la instancia de grado a favor del letrado de la parte actora y los que intervinieron por la aseguradora, en el 18% en el carácter de patrocinante, adicionando el 40% por apoderamiento, y los de la Alzada en el 30% de aquellos; y los de la letrada patrocinante del demandado en la Alzada en el 4,5% (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 15, 20, 39 s.s. y c.c. L.A. vigente).

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- Concuerdo parcialmente con el voto de mi colega preopinante. Adhiero a la solución y fundamentos dados respecto a la atribución de responsabilidad y exclusión de cobertura, aunque disiento en lo que refiere a los montos indemnizatorios acordados. Doy razones:

Según la pericia médica, la actora presenta dos cicatrices, una nasal y otra en la pierna (cara interna de rodilla derecha).

Luego de describir su tamaño y morfología, el perito aclara que no se encuentran adheridas a planos profundos; que la cicatriz en pirámide nasal no tiene secuelas funcionales y, respecto a la movilidad de la rodilla, señala que se encuentra dentro del rango de normalidad (hoja 319/321).

Limitándose las secuelas a una cuestión estética, sin limitación funcional, entiendo que el daño resarcible debe ubicarse dentro de la esfera extrapatrimonial.

He sostenido: "..en lo que refiere a las cicatrices, surge de la pericia que éstas no representan limitación funcional, sino que tienen carácter estético (hoja 289).

Por ello, a los fines de obtener los parámetros que integren la fórmula matemática, la cual ayuda como pauta para cuantificar el daño, es correcto diferenciar aquel porcentaje de incapacidad que, efectivamente tiene injerencia en el rubro en análisis ("daño físico", en la terminología del actor), del resto de las secuelas que deben ser ponderadas al momento de abordarse el rubro extrapatrimonial de los daños. Lo contrario podría llevar a la superposición de rubros y la consecuente duplicidad en la reparación.

Tal ha sido la postura de esta Sala al sostener: "[...] El daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o

pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aún en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial, en comparación con el estado precedente al hecho".

"...Devienen incoherentes los esfuerzos para construir una noción "diversa" de daño según que sea patrimonial o, en cambio, concerniente a repercusiones existenciales (individuales o colectivas) contra las personas, porque inevitablemente también versarán siempre sobre secuelas nocivas o empeoramientos respecto de una situación previa".

"Además de la desarmonía entre la simultánea instrumentación entre daños-lesiones y daños-consecuencias, se generan serios peligros de duplicaciones indemnizatorias e, incluso, de una reiteración indefinida de rubros por la misma situación nociva".

"...emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más, según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente como incide en la situación concreta de la víctima…" (cfr. Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)".

"...Como se observa, la comprensión del tema exige recurrir a una distinción: la lesión –en el caso, detrimento estético y psicológico- y sus consecuencias, patrimoniales o morales. Estas últimas configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. Debe discriminarse la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla (Cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ, ob. cit., p. 257)". (cfr. "MONSALVEZ", EXP Nº 395793/9, "PARRA", EXP Nº 411950/10, "JARA" EXP Nº 321577/5, "CASTILLO", EXP Nº 390037/2009, entre otros, en los que se consideró el desmejoramiento estético como fuente de daño resarcible en el plano del daño moral)". ("CAYHUEQUE OSCAR MATIAS C/ NAVARRETE URRUTIA HERALDO S. S/D. y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" (EXP Nº 467003/2012).

Ahora bien, con relación al daño estético, creo importante traer a colación, tal como lo he hecho en otras oportunidades, que "…caracterizado por su visibilidad, el perjuicio estético -su existencia- se aprecia fácilmente, pero, en cambio, su valoración se realiza con dificultad, pues son muchos los problemas que giran en torno a él.

"A diferencia de otros daños como el psíquico, el dolor, el sufrimiento, etc., el perjuicio estético debe poder ser apreciado durante la exploración. Por eso es objetivable: cualquier observador ha de ser capaz de apreciar el daño, ha de estar a la vista.

Sánchez y Hernández afirman que ha de ser un daño objetivable por el observador y, por tanto, mensurable y valorable.

Hemos referido que el daño es objetivable ya que "se ve, pero la dificultad surge al tener que cuantificarlo para que sea susceptible de indemnización. Es evidente que para la víctima "su" perjuicio estético es de lo más significativo e importante y, frente a ello, una tercera persona lo valorará de forma distinta...

La calificación del perjuicio estético está afectada por una triple subjetividad: la del lesionado (su propia vivencia), la del perito médico, que lo objetiva, sin dejar de personalizarlo, y la del juez que, en definitiva, lo valora.

Es tal la complejidad de esta apreciación subjetiva, que la valoración se acaba convirtiendo realmente en el grado de impacto emocional o percepción de la pérdida de belleza que tiene la persona que la valora.

Como afirma Alonso, el concepto de estética no es igual para todas las personas en función de la edad, sexo y su entorno. Además, hemos pasado de una época en la que casi no tenía importancia, a otra en la que lo estético no sólo está sobrevalorado sino que se considera indispensable.

Medina opina que mientras que la valoración del perjuicio funcional (psicofísico) tiene un carácter objetivo y absoluto, la del perjuicio estético, sin negar la objetividad de su base, tiene un carácter subjetivo y relativo...

Dado que la subjetividad es implícita al daño estético, es necesario, al igual que en el resto de los daños extrapatrimoniales, poseer un método de valoración justo y equitativo que permita determinar con la mayor igualdad posible entre todos los lesionados la importancia de la pérdida de belleza" (cfr. Cuadernos de Medicina Forense, versión impresa ISSN 1135-7606, vol.19 no.1-2 Sevilla ene.-jun. 2013 http://dx.doi.org /10.4321 /S1135-76062013000100003).

Como adelantara, en el caso, debe merituarse la repercusión estética en el plano del daño moral.

Sin lugar a dudas, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación

al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Se pueden puntualizar así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho 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).

En este orden deben analizarse las particularidades de cada caso, teniendo presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales que éste causa.

Sobre la base de las pautas mencionadas, teniendo en cuenta el tiempo de reposo y rehabilitación a raíz de los traumatismos, y la presencia de cicatrices en rodilla, pero principalmente en el rostro de una mujer joven, lo cual generó angustia y preocupaciones (ver pericia psicológica y fotografías adjuntas a la causa penal), corresponde reconocer por el rubro daño moral la suma de $60.000,00.

En cuanto a los gastos por tratamiento psicológico, habrá de estarse a lo dictaminado por la perito en dicha especialidad, quien sugiere realizar tratamiento psicológico durante un año y con frecuencia semanal.

Consecuentemente, este item prospera por la suma de $14.400,00.-(hoja 371).

Por último, con respecto a los gastos de asistencia médica y medicamentos, concuerdo con el monto señalado por el Dr. Medori.

En resumidas cuentas, propongo hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora y revocar parcialmente el decisorio de grado, confirmando el acogimiento de la defensa de la citada en garantía, y disponiendo que la demanda prospere contra el demandado Toselli por la suma de $76.900,00.-, con más los intereses indicados por mi colega e idéntica imposición de costas y determinación de honorarios. MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto de la Dra.

Pamphile, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Revocar parcialmente la sentencia dictada a fs. 415/423, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda contra Normando Sebastián Toselli, quien deberá abonar a la actora en el plazo de diez (10) días de notificado, la suma de PESOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS ($76.900), con más los intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén que se calcularán desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago, a excepción de la suma fijada por tratamiento psicoterapéutico, que se aplicarán desde la fecha de esta sentencia, de conformidad con lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo del de demandado en su calidad de vencido (art. 68 CPCyC).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), debiéndose cumplir con una nueva planilla a practicarse en la instancia anterior (art. 20 L.A.), estableciéndolos en los siguientes porcentajes: al letrado de la parte actora y los que intervinieron por la aseguradora, en el 18% en el carácter de patrocinante, adicionando el 40% por apoderamiento, manteniendo fijados a los peritos (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 15, 20, 39 s.s. y c.c. L.A. vigente).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de los establecidos en el punto anterior a los letrados de la actora y aseguradora; y los de la letrada patrocinante del demandado en la Alzada en el 4,5% (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia Pamphile - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

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 OTRO S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART." - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial

– Secretaría Sala III – (Expte.: 386153/2009) – Sentencia: 117/17 – Fecha: 04/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS. SERVICIO DE TRANSPORTE INTERURBANO. SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO. EMPRESA CONCESIONARIA. AUTORIZACION PARA PRESTAR EL SERVICIO. AUTORIZACION MUNICIPAL. DAÑOS Y PERJUICIOS. TARIFA DE SERVICIOS PUBLICOS. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

1.- Las empresas de omnibus demandadas son responsables por los daños y perjuicios ocacionados al transportar pasajeros en forma ubana cuando la actora es la concesionaria exclusiva de dicho servicio, pues el hecho de haberse incluido secciones internas dentro de la ciudad y una tarifa para ellas, no importa la autorización o permiso para poder prestar allí el servicio urbano de transporte, resultando fuera de toda discusión que para hacerlo debía estar habilitado en forma expresa por la municipalidad que lo titularizaba. En efecto, las demandadas no contaban con autorización para hacer otro transporte que el interurbano emanado de la autoridad provincial concedente, investida según atribución constitucional y legal, ámbitos normativos precisos donde se imponía respetar las autonomías municipales en la materia de servicios públicos, y especialmente, en el de transporte dentro de cada territorio de la últimas.

2.- A la palmaria antijuridicidad derivada de no contar con la autorización expresa de la municipalidad para llevar a cabo el transporte de pasajeros en forma urbana, se agrega que como consecuencia de la conducta de las codemandadas, los usuarios del servicio de transporte local ya concesionado a la actora fueron sucesivamente captados por aquellas, limitando la oferta y los ingresos de ésta, que era la única empresa autorizada a tal fin por haber obtenido la concesión, precisamente, en base también a una ecuación económica que importo también un relevamiento previo de costos, ganancias brutas y netas, además del marco regulatorio local y constitucional. Luego, la controversia fundamental con el ordenamiento jurídico lo constituye el daño injusto que generó la perdida en el patrimonio de la actora representado por los pagos provenientes de los usuarios urbanos que pasaron a engrosar los ingresos de las codemandadas que hacían su recorrido dentro la ciudad mientras cubrían el servicio interurbano, cuando el costo de ello ya había sido asumido por los pasajeros que habían erogado el traslado contratado desde y hacia otras ciudades.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de julio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “EMP. DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ CAMPANA II S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.”, (JNQCI2 EXP Nº 386153/2009), venidos en apelación 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 del 2 de marzo de 2016 obrante a fs. 1041/1046 y vta., expresando agravios a fs. 1090/1109 y vta., y corrido el pertinente traslado la actora contesta a fs. 1129/1136.

A su vez, la accionante a fs. 1056 formula recurso de apelación contra la sentencia mencionada expresando agravios a fs.

1110/1114 de autos; corrido el traslado de éstos contesta la parte demanda a fs. 1138/1145.

II.- De los agravios de las demandadas:

Expresan que de los anexos correspondientes a los contratos suscriptos entre sus mandantes y la autoridad provincial de transporte, que es quien regula el servicio público de traslado de pasajeros prestados obrantes a fs. 234/6 y 796/797, surgen descriptos los recorridos, mencionadas las calles y rutas por donde deben transitar los ómnibus en las localidades donde se presta el servicio (fs. 234) como también las frecuencias, horarios y seccionado tarifario (fs. 235, 236, 796 y 797); resultando paradojal que la propia documental mencionada en el fallo como supuesto fundamento de la responsabilidad a sus mandantes, sea la que los exonere de responsabilidad.

Destaca que las planillas, presentan los seccionados dentro del radio urbano de Centenario contando cada uno de esos tramos con una tarifa establecida por la Dirección Provincial de Transporte, lo que habilita a que los usuarios sean trasladados dentro de dichos tramos, resultando una actividad legitima la desplegada en cumplimiento de un contrato de derecho público que concede el permiso para prestar un servicio público de transporte de pasajeros, encomendado por el propio estado provincial que no solo le otorga sino que regula, indicándole por donde se debe transitar, precisando las secciones que componen el recorrido a los fines de establecer la tarifa y los montos que asigna para cada una de las secciones.

Agrega que tratándose de un servicio público, la actividad no solo es licita en términos generales (art. 14 de la Constitución Nacional) sino que está avalada por la propia autoridad de transporte público provincial quien le ordena -en el marco de la relación contractual existente- que traslade pasajeros en el radio urbano de Centenario, ordenándose también cobrar una tarifa reducida acorde con el menor recorrido para sendas secciones urbanas.

Asevera que no es factible que la sola voluntad del juez constituya fuente de la responsabilidad civil dado que la obligación de resarcir, nace cuando se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil, esto es: daño, relación causal, antijuridicidad y factor de atribución: por ello resulta incomprensible e infundado achacar responsabilidad a su mandante sin elementos alguno que lo justifique.

Dice que el fallo aludido adjudica responsabilidad por la prestación misma –servicio público interurbano de transporte de pasajeros-, situación que amerita la intervención del Fiscal de Estado en los términos de la ley 1575, por cuanto no se ha cometido ilicitud alguna sino que en rigor se ha desplegado una actividad licita que les ha conferido el propio Estado provincial. Y también por la afectación de la tarifa que deben afrontar los usuarios del servicio público interurbano dado que se adicionará a todos los costos que se reflejan en la tarifa del servicio, la subvención del transporte urbano en Centenario.

Afirma que no existe exclusividad en el transporte urbano en el ámbito de Centenario sino solo existió en la medida de la línea “Nueva España – Centenario Centro y Barrio Sarmiento” siendo clara la expresión empleada por la Ordenanza Nro. 820/92 en su artículo 1° al otorgar en forma exclusiva a la Empresa de Transporte de Colectivo Sarmiento, representada por el Sr. Orlando cesar Andrade, la concesión para la explotación del Servicio Publico de Transporte de Pasajeros de la Línea Nueva España – Centenario Centro y Barrio Sarmiento; y que la propia Ordenanza Municipal N° 914/92 establece el régimen legal del transporte urbano de pasajeros, disponiendo que el Departamento Ejecutivo Municipal debe propender en sus incisos: a) Promover la competencia real entre los transportistas en beneficio del usuario” y d) Lograr una efectiva coordinación de los servicios municipales con los nacionales y provinciales.

Reitera que sus mandantes actúan como permisionarias de la autoridad provincial en el marco de un contrato de derecho público. Y con cita de un fallo que por su analogía con el particular resulta de interés traer al presente, dice que el desplazamiento de la regulación municipal por la provincial de mayor jerarquía ha sido motivo de análisis por la jurisprudencia cuando se ha generado un conflicto entre las instancias provincial y federal (“Monticas S.A. c/ Provincia de Córdoba” LLC 2006,213).

Agrega que la regulación provincial es clara al establecer que el transporte interprovincial se regirá por la ley 482 por lo cual no puede suponerse ni otorgarse preminencia legal a una ordenanza municipal como infundadamente sostiene el fallo apelado.

Por último se agravia por la magnitud económica de la condena siendo que tanto la existencia y extensión del daño y el nexo de causalidad no fueron acreditadas ni con la pericia contable realizada (ni otro medio de prueba), toda vez que fue impugnada sucesivamente por su parte por estar formalizada sobre estimaciones personales del perito carentes de fundamento científico; agregando que las proyecciones realizadas por dicha pericia no prueban en modo alguno la utilidad que eventualmente dejo de percibir la contraparte, dado que lo que debió probarse es justamente el lucro cesante de la actora, no la eventual ganancia de la accionada sobre sus recorridos de carácter interurbano.

Solicita se haga lugar al recurso de apelación, revocándose en todas sus partes el pronunciamiento recurrido con costas.

A fs. 1129 contesta la actora y solicita se declare desierto por cuanto no reúne los recaudos prescriptos por el art. 265 del C.P.C. y C. dado que la recurrente ha escrito y transcripto 39 fojas sin distinguir los agravios y al menos indicar, si se trata de vicios de

procedimiento o de fondo resultando difícil responder a los mismos. No obstante el esfuerzo interpretativo que ello implica, señala que nuevamente vuelve sobre la concesión que la Provincia le habría conferido para efectuar el transporte interurbano.

Advierte que en esta Litis, no se discute la competencia entre la Provincia y el Municipio -que no son parte- sino lo debatido es que se tutele el derecho de propiedad que genera la concesión "exclusiva" otorgada dándole contenido a la manda constitucional que establece que la competencia para fijar el pasaje urbano es municipal y no provincial.

III.- De los agravios de la parte actora:

Expresa que a la fecha de interposición de demanda y desde la fecha 30/4/1992 hasta el día 30/11/2014 fue concesionaria exclusiva del servicio de transporte urbano de la localidad de Centenario; y que las demandadas Campana Dos S.A. y Expreso Colonia S.A. quienes pertenecían al mismo grupo societario fueron y son concesionarias del servicio público de transporte de pasajeros interprovincial.

Explica que éstas han realizado en forma diaria servicio urbano en transgresión a la establecida por la concesión Municipal y lo que permitía la concesión provincial; siendo ello acreditado mediante estas actuaciones y el planteo acogido por el Juzgado Civil Nro. 2.

Afirma que dicho accionar antijurídico le causo daño a su mandante lo que se tradujo en perdida de pasajeros causándole daño económico por privación de ganancia; señala el antecedente de la acción de amparo que tuvo acogida favorable en la primera instancia pero que la Alzada rechazo bajo el argumento de que debía ordinarizarse el tramite pese que el amparo duro años.

Consecuencia de ello, explicita que debió iniciarse la presente acción en la cual se viene litigando desde hace 13 años esperando que la justicia ponga freno a este actuar y ordene indemnizar los daños causados.

Agravia el punto cuarto de la sentencia al cuantificar el daño en solo el 10% del monto calculado por el informe contable, resultando una suma irrisoria teniendo en cuenta la perdida de ganancia constante y que no constituye una reparación integral.

Destaca que al A quo no apreció que las demandadas con su negativa de exhibir los libros han impedido realizar el cálculo neto de los ingresos que le reportaba el servicio urbano; y que conforme el art. 388 del C.P.C. y C., la negativa injustificada es una presunción en contra de quien así actúa pero en este caso, dicha omisión lejos de generar un efecto en contra ha beneficiado a la demandada por cuanto dicha ocasión ha sido absolutamente preterida por la sentenciante.

Argumenta que la Magistrada tampoco fundamenta por qué decidió apartarse del monto justipreciado por el experto. Y en relación a la pericia efectuada por éste último, critica que sólo tomo en consideración 5 años para calcular el daño (desde el año 2009) desconociendo que estaba acreditado que el daño comenzó en el año 2006; aseverando que si el daño es no menor a 11 millones, justipreciarlo en el 10% es, asolar el precepto constitucional de la reparación integral.

Solicita se haga lugar al recurso de apelación, revocándose el fallo apelado haciéndose lugar a la elevación del monto de condena peticionado.

Corrido el traslado de los agravios formuladas por la actora, contesta la demandada a fs. 1138/1145.

Expresa que la critica efectuada por la contraria es falaz por cuanto afirma que el accionar de su representada es "antijurídico" por cuanto la actividad desplegada es claramente licita, autorizada y reglamentada por la propia autoridad estatal de transporte provincial; agregando que ya la propia Cámara de Apelaciones descalificó el argumento de la actora en punto a que tiene un servicio exclusivo en los autos caratulados "Empresa de Ómnibus Sarmiento s.a. C/Empresa de Ómnibus Centenario SRL s/Acción de Amparo (Expte Nro. 294755/3).

Señala que los dos presupuestos sobre los cuales la actora afinca su apelación son falsos. En primer lugar, dice que la actividad de sus mandantes no es antijurídica porque es llevada a cabo conforme sucesivas autorizaciones administrativas de la Dirección Provincial de Transporte que regula un servicio público, y porque la mentada "exclusividad" no es tal toda vez que de las ordenanzas invocadas por la actora no existe restricción de tráfico alguna.

Cuestiona si puede hablarse de interés legítimo de la actora cuando la alegada exclusividad no es tal sino solo elucubrado en una construcción artificial efectuada sobre un reglamento que de ninguna manera autoriza a arribar a esa conclusión. Y en orden a que la reparación no es "integral", afirma que jamás se probó la presunta perdida de ganancia de la actora sino que se estableció una suerte de proyección sobre el transporte de personas llevado a cabo por las demandadas, situación ajena al presunto daño que debió probar la presunta damnificada.

Aclara que de ninguna manera se le negó documentación al perito, quien omitió asignar la incidencia de los costos de operación a los porcentuales que arbitrariamente asignó, estableciendo un 30% de la facturación a las dos secciones que transcurren por la localidad de Centenario.

Concluye que la contraria en modo alguno individualizo los periodos que ahora reclama, y que se encontraban prescriptos en oportunidad de la pretensión judicial, por lo que cualquier abordaje positivo sobre el particular concluiría en un fallo extra petita vedado por los principios procesales elementales del debido proceso.

IV.- 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 la parte actora y las codemandada, 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, pag. 466).

A.- Que la sentencia en crisis, con expresa imposición en costas a las vencidas, resolvió hacer lugar a la demanda incoada por EMPRESA DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. y en consecuencia condenó a CAMPANA II S.A. y EXPRESO COLONIA S.A. a abonar a aquella la suma de $1.108.405 con más los intereses y las costas.

Para así decidir, el a quo tuvo en consideración que la accionante detenta la exclusividad en la prestación del servicio urbano de pasajeros en la localidad de Centenario en base a la prueba rendida relativa a la informativa, testimonial y constataciones notariales, fijando prudencialmente en el 10% de los montos informados por el perito, el monto del lucro cesante devengado entre los años 2009 y 2013.

B.- Que por satisfacer los recaudos del art. 265 del CPCyC el agravio de las codemandadas donde cuestionan la responsabilidad que les endilga, a su respecto cabe destacar que constituyen hechos probados y reveladores no rebatidos en esta instancia, que aquellas transportaron personas que ascendían y descendían dentro del radio urbano de la ciudad de Centenario, ordenándoles a sus choferes a cobrar una tarifa de $1,50; que para el caso de queja debían decir a los usuarios que esperaran a la línea Sarmiento que cobraba $1; que el traslado desde un punto a otro de de la ciudad al cementerio no se cobra como un boleto local; todo ello constatado por notarios públicos (fs. 5/20-673/685), el perito contador designado en autos (fs. 719/720- 734/737-754/760), y convalidado por las declaraciones coincidentes de los testigos Durán, Jara, Parada y Leiva (fs. 395/402), donde se individualizan entre otros sitios de ascenso y descenso la calle Cuba-en cuya esquina se encuentra la sede de la Iglesia Israelita-, la calle Paraguay -rotonda donde se encuentra Estación de servicios YPF-, la esquina de San Martín e Int. Pons, la esquina de San Martín e Ing. Ballester (Coop. La Flor), Darrieux y Ant. Argentin y el Aserradero Lozano, entre otros.

Que las codemandadas conocían que la actora era la única autorizada por la autoridad municipal para efectuar el transporte interno y que ésta vio reducida la cantidad de pasajeros (afirmaciones contenidas en las posiciones 4° y 7° -fs. 283/284).

Que por esta razón en fecha 25.10.2006 fueron intimadas extrajudicialmente por la actora para que se abstuvieran de levantar pasajeros y/o prestar servicio de transporte urbano en el ejido de la localidad de Centenario, bajo apercibimiento de reclamarles que depongan su actitud, daños y perjuicios, y lucro cesante por la privación de percibir (fs. 42); y en respuesta, por igual medio, negaron realizar alguna actividad que no cuenta con respaldo normativo, y que el proceder se ajusta completamente al marco reglamentario y legal vigente; extremos que habilitan concluir que concretaron la actividad denunciada al menos desde dicha fecha (fs. 43).

Que el agravio que abre la instancia ante esta Alzada está centrado en criticar que la juez de grado haya tenido por configurado el recaudo de antijuridicidad para integrarlo a los restantes de la responsabilidad civil; destacan las recurrentes que no han vulnerado el orden jurídico ni que su actividad fuera ejercida en contradicción con el marco legal y contractual que rige su actividad, que se encuentra justificada en el permiso que le otorgara la autoridad provincial del transporte, conforme concesión donde se describen recorridos que incluyen calles y rutas, frecuencias, horarios y secciones y tarifarias, y específicamente dos tramos con tarifas diferenciadas con motivo del menor recorrido; que en su caso, se debe dar intervención al Fiscal de Estado provincial; y resolverse en consonancia a la sentencia dictada en los autos “EMPRESA DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/EMPRESA DE OMNIBUS CENTENARIO SER S/ACCION DE AMPARO” (EXTE. 294.755/3).

Que en autos no se encuentra controvertido en autos que en base a la Ordenanza 914/92 de la Municipalidad de Centenario que regula el servicio público de transporte (fs. 22/33), el 30.04.1992 se dictó la Ordenanza 820/92 con fecha 30 de abril de 1992, por cuyos arts. 1° y 2° se le otorgó a la actora la concesión para la explotación en forma exclusiva del servicio público de trasporte de pasajeros de la línea nueva España, Centenario Centro y Barrio Sarmiento por el plazo de dos años, a la que se siguió la N° 1305/93 que la extendió a ocho años más (fs. 34), que por Ordenanza 1352/01 otorgó una prórroga hasta el 30.06.2002; luego por Decreto Municipal N° 208/03 fechado el 12.02.2003 se la autorizó continuar con el servicio hasta el comienzo de una nueva concesión (fs. 36); que por Ordenanza 5037/07 se autorizó al Intendente municipal a suscribir una ampliación de contrato por el término de cinco (5) años a contar desde el 20.11.2007 (fs. 37), concluyendo el contrato en forma definitiva el 30.11.2014.

Que la autoridad municipal informó a fs. 207 que las empresas Campana II y Expreso Colonia S.A. no están autorizados para

efectuar transporte urbano en la localidad de Centenario, que el caudal de pasajeros de lunes a viernes es de 4200, los sábados de 1200 y domingos y feriados de 500 aproximadamente, que el servicio de transporte urbano en la ciudad "corresponde en exclusividad a la empresa Sarmiento S.A" (fs. 353).

A su vez, la co demandada Campana II S.A. mediante Resolución 0226/06 y Disposición N° 264/06 (fs. 772/773) de la Dirección Provincial de Transporte, fue autorizada a realizar servicio de transporte de pasajeros en la modalidad de servicio precario entre las localidades de Neuquén-Centenario –Neuquén – Dique Ballester y viceversa, "en un todo de acuerdo al Contrato de Concesión que forma parte del Anexo I, II y III de la anterior resolución" que se agrega a fs. 774/785, donde se consigna como objeto el otorgar el permiso de "prestación del Servicio Público de Transporte Colectivo de Pasajeros mediante ómnibus, de la Línea Neuquén-Centenario y Neuquén Dique Ballester (Cláusula 1°); "DE LOS SECCIONADOS TARIFARIOS" de los distintos recorridos, en la Cláusula 13° se remita al Anexo I, incluyendo los Tramos Vista Alegre Sur, Centenario, Cementerio, Refugio, PIN Vela Alta Barda y NQN CENTRO TRANSFERENCIA (fs. 782/785), extendido hasta el 31.12.2008 y 31.12.2009 por Disposición N°63/07, y a favor de Expreso Colonia S.A. y Expreso Colonia para continuar con el servicio por Neuquén Centenario Neuquén Dique Ing. Ballester y a Disposición N° 033/08 (fs. 221/222) y a la última exclusivamente por Disposición N°094/08 del 29.12.2008 (fs. 223/224), y sucesivamente por Disposicón N° 047/10 del 06.09.2010 (fs. 242/244).

También obra la información aportada por la autoridad de aplicación provincial respecto a que las accionadas son permisionarias provinciales autorizadas por el Poder Ejecutivo para realizar Servicios de Transporte de Pasajeros con PERMISOS PRECARIOS, de acuerdo con lo establecido por el Dec. 3723/97 Título VI Art. 42do. comunicando la Empresa Camapana II S.A. las localidades de ALUMINE – NEUQUEN – CENTENARIO, y Expreso Colonia S.A. las localidades de CENTENARIO –NEUQUEN – DIQUE BALLESTER- CENTENARIO – NEUQUEN, "comprendiendo dichas autorizaciones, la realización de un Servicio Público que cuenta con recorridos urbanos autorizados por los municipios involucrados, siendo los mismos quienes disponen las condiciones de su funcionamiento". (fs. 419/420), mientras que con posterioridad se informa que "EXPRESO COLONIA S.A. está obligada a prestar el servicio público de transporte de pasajeros a todos los usuarios que pidan ascender a las unidades habilitadas. Asimismo, a requerimiento de los mismos debe detenerse la unidad en las paradas para el descenso del pasaje; " (fs. 446)

Por eso, antes que teorizar sobre el tema es preferible atenernos a las disposiciones del derecho positivo vigente sobre la materia de las que resulta que la prestación del servicio público del que se derivó la actividad de la actora es titularizado por la Municipalidad de Centenario, mientras que el interurbano fue concesionado a las codemandadas con fundamento en la competencia que sobre éste detenta el Estado Provincial.

Que no cuestionado por ninguna de ellas, tales desarrollos no pudieron concretarse sino en los precisos términos y límites fijados desde la Constitución Provincial, que por un lado reconoce la existencia de los Municipios como personas jurídicas de derecho público investidos "de todos los poderes necesarios para resolver por sí los asuntos de orden local y de carácter eminentemente popular" (art. 270), que cuentan con autonomía "en el ejercicio de sus atribuciones y sus resoluciones -dentro de la esfera de sus facultades- no pueden ser revocadas por otra autoridad" (art. 271), tienen delimitado su territorio (art. 272), y en lo que resulta de interés para los presentes cuentan con las atribuciones con el objeto de (art. 273):-darse su propia organización legal y libre funcionamiento económico, administrativo y electoral; … transportes y comunicaciones urbanas,…. servicios públicos locales (a);

-crear recursos permanentes o transitorios estableciendo impuestos, tasas o cotizaciones de mejoras cuyas cuotas se fijarán equitativa, proporcional y progresivamente, de acuerdo con la finalidad perseguida y con el valor o el mayor valor de los bienes o de sus rentas. La facultad de imposición es exclusiva respecto de personas, cosas o formas de actividad lucrativa sujetas a jurisdicción esencialmente municipal, y concurrente con la del fisco provincial o nacional cuando no fueren incompatibles (b).

-Contratar servicios públicos y otorgar concesiones a particulares, con límite de tiempo y rescatables sin indemnización por lucro cesante (f).

De no menor relevancia, que dentro del régimen municipal se haya previsto una regulación especial respecto a las concesiones de los servicios públicos, estipulando:

"Para las concesiones de servicios públicos, por plazos mayores de diez (10) años, no regidas por los marcos regulatorios que se dicten, se requerirá, además de la licitación pública, la aprobación por dos tercios (2/3) de votos del Concejo Deliberante y su posterior sometimiento a referéndum popular. Ninguna concesión se otorgará sin legislación previa que permita fiscalizarla ni podrá ser prorrogada antes de vencer el término acordado y sin previa licitación pública. Si la prórroga excediera de los diez (10) años deberán observarse las mismas disposiciones que para las nuevas concesiones.

Están excluidos de la obligación licitatoria y podrán ser adjudicatarios directos en la prestación de servicios públicos los entes autárquicos provinciales, municipales y las sociedades cooperativas preexistentes integradas por vecinos usuarios, en actual prestación de los servicios y con sede en la ciudad donde deban prestarlos (art. 292).

Y para que no queden dudas acerca de la autonomía municipal en materia especifica de concesiones de servicios públicos de transporte, el inc. 45 del art. 189 de la Carta Magna Provincial, fija como las atribuciones de la Honorable Legislatura de la Provincia del Neuquén el de autorizar al "establecimiento en el territorio de la Provincia de líneas aéreas y fluviales, empresas ferroviarias y de transporte automotor," expresamente estipula que ello lo debe concretar "respetando la jurisdicción municipal respectiva".

Que no se requiere de mayor análisis para alcanzar la conclusión de que es la Municipalidad de Centenario la única titular del servicio público de transporte urbano de pasajeros dentro de su ejido, tal como resulta de las ordenanzas y decreto citados por los que sucesivamente desde el año 1992 autorizaron la concesión a la accionante de dicho servicio en forma exclusiva, comprobándose además que las conductas endilgadas a las codemandadas comenzaron cuando el citado permiso local estaba vigente, y se mantuvo sucesivamente, tal como lo informa además de los testigos, los notarios contratados, y el propio perito contador.

Que el marco legal al que aluden las recurrentes, y en base al que le fue otorgada la concesión del transporte interurbano, lo constituye la Ley de Transporte N° 482, que conforme a las modificaciones incluidas por la Ley 2027 (B.O. 01-10-1993), es muy preciso cuando estipula y limita los alcances de su competencia y regulación desde el primer artículo, que se refiere al "transporte automotor de pasajeros, cargas y encomiendas en el ámbito de la Provincia del Neuquén", indicando que "Será autoridad de aplicación y fiscalización la Dirección Provincial de Transporte de la Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos o el organismo de competencia que lo reemplace" (art. 1°), esta última facultada a conceder los permisos de explotación (art. 2°).

Que de ella, lo más sustancial por los efectos que produce en esta causa, es la expresa "exclusión" de sus disposiciones respecto a "los servicios urbanos o sus combinaciones que se extiendan dentro de cada ejido municipal" (art. 3°).

Que la ley también es clara en su art. 5 cuando le impone "muy especialmente" a la "repartición técnica correspondiente":

a) La competencia leal entre los transportistas, impidiendo la competencia destructiva, en beneficio del usuario;

b) Proyectará y asegurará servicios permanentes, eficientes y económicos;

c) Promoverá el bienestar y mejoramiento de los trabajadores del transporte y de la estabilidad financiera de las empresas transportadoras;

d) Desarrollará y coordinará los servicios en concordancia con los intereses sociales, políticos y económicos y turísticos de la Provincia, las necesidades de la población y el equilibrio de los intereses en juego;

e) Procurará igualmente obtener una efectiva coordinación y organización de los servicios provinciales de transportes con los nacionales y la información de normas legales y reglamentarias aplicables.

1.- Que en la causa quedó comprobado que las demandadas no contaban con autorización para hacer otro transporte que el interurbano emanado de la autoridad provincial concedente, investida según atribución constitucional y legal, ámbitos normativos precisos donde se imponía respetar las autonomías municipales en la materia de servicios públicos, y especialmente, en el de transporte dentro de cada territorio de la últimas.

Que es con motivo del descenso de pasajeros que provenían de otros lugares que las codemandadas podían contar con paradas dentro del radio urbano, como para el ascenso de aquellos que se trasladarían fuera de él; y en ello radica el entendimiento que el sentido común le otorga al transporte interurbano; sin embargo la prueba es contundente respecto a que se les ofrecía a los usuarios era el ascenso y el descenso dentro del mismo radio.

Que a tenor de lo expuesto, los argumentos invocados para liberarse de responsabilidad son insuficientes para justificar que sea posible una interpretación de las normas transcriptas, concretamente haberse incluido secciones internas dentro de la ciudad y una tarifa para ellas, haya importado la autorización o permiso para poder prestar allí el servicio urbano de transporte, resultando fuera de toda discusión que para hacerlo debía estar habilitado en forma expresa por la municipalidad que lo titularizaba.

Que no se comprende bajo qué análisis de subsunción o ponderación de las normas y derechos las codemandadas podrían acceder al ejercicio de un derecho que se deriva de una expresa delegación administrativa local, cuando la autoridad que pretenden legitimada carece de esta atribución, e incluso su límite está fijado constitucionalmente; tal como se les hizo saber en forma extrajudicial en el año 2006 para hacer cesar tales conductas, y la Municipalidad lo señaló en forma expresa y precisa.

A su vez, los términos contenidos en los contratos y sus anexos invocados por las codemandadas son ajenos a la actora y a la Municipalidad por no haber tenido intervención en ellos, y en consecuencia, absolutamente inoponibles a las últimas.

Lejos de ser obvio que aquellos pasajeros que ascendieron fuera del ejido pudieran descender dentro de él, tanto como la captación local para trasladarlos fuera - porque de eso se trata el transporte interurbano- lo que resulta carente de apoyo jurídico es que se pudieran extender los derechos de una concesionaria por vía de interpretación del contenido de un Anexo por incluir secciones y un cuadro tarifario, que importa en definitiva desconocer el estándar de distribución de competencias sentado por la

Constitución Provincial en materia de servicio público de transporte, a partir de la autonomía municipal que se les reconoce, y particularmente cuando antes del año 2006 en que son contratadas como permisionaria provincial una de las codemandadas, ya estaba vigente la norma local que le otorgaba la exclusividad a la actora.

Que sobre el punto, la única interpretación que se impone en el caso es que la autoridad provincial nunca pudo haber excedido los límites legales y constitucionales vinculados a su poder concedente en materia de servicios públicos, cuando la única referencia que se hace en el contrato en su objeto es que se trata de una concesión de transporte interurbano.

Que no resultará ajeno al presente análisis que en estos casos existe una evaluación de costos, ganancias brutas y netas, lo que llevó a que las accionadas decidieran la conveniencia de desarrollar la actividad de transporte interurbano conectando varias ciudades y que el organismo provincial competente estaba en condiciones de concesionar.

Que no se ha acreditado que en tal valoración se hubiera previsto que se integrarían ingresos derivados de contratar pasajes de usuarios que ascendían y descendían dentro de un mismo ejido, en forma genérica ni respecto de la ciudad de Centenario, cuando ello era prerrogativa de esta municipalidad y estaba cubierto.

Tanto como inadmisible dejar sentado que un organismo público especializado en la materia de transporte, más indudablemente carente de facultades pudiera autorizar que se desarrollara una competencia entre prestadores de servicios en un ámbito al que era ajeno, cuando en definitiva la prueba colectada demuestra que efectivamente tuvo consecuencias en aquel, no sólo para la accionante sino para usuarios que pagaban más que la tarifa local, que en principio era de $1,00, cuando por carecer las accionantes de un “boleto local” abonaban $1,50.

Luego, cuando la propia ley faculta al organismo provincial a lograr la concertación con y entre las municipalidades para acordar en la materia, en vista al interés y mejor servicio para los usuarios, nada se reflexiona al respecto.

2.- Que a la palmaria antijuridicidad derivada de no contar con la autorización expresa de la municipalidad, se agrega que como consecuencia de la conducta de las codemandadas, los usuarios del servicio de transporte local ya concesionado a la actora fueron sucesivamente captados por aquellas, limitando la oferta y los ingresos de ésta, que era la única empresa autorizada a tal fin por haber obtenido la concesión, precisamente, en base también a una ecuación económica que importo también un relevamiento previo de costos, ganancias brutas y netas, además del marco regulatorio local y constitucional.

Luego, la controversia fundamental con el ordenamiento jurídico lo constituye el daño injusto que generó la perdida en el patrimonio de la actora representado por los pagos provenientes de los usuarios urbanos que pasaron a engrosar los ingresos de las codemandadas que hacían su recorrido dentro la ciudad mientras cubrían el servicio interurbano, cuando el costo de ello ya había sido asumido por los pasajeros que habían erogado el traslado contratado desde y hacia otras ciudades.

El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, “alterum non laedere”, con rango de “deber jurídico” latente en el C. Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título “Deber de reparar”, que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código”, y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica sino está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad –contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. …”.

Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” (art. 1068) , el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

“Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado.

¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora. ... no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho … con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones…. .” (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2ª Ed).

3.- Que finalmente, la ilicitud también deriva de haber dificultado la permanencia de la actora en la prestación del servicio que legítimamente le había concedido la autoridad competente, por tratarse de una conducta prohibida por la Ley 25.156 de DEFENSA DE LA COMPETENCIA (B.O. 20.09.1999), cuando en su art. 1° veda “los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general” (art. 1°), y en el caso particular, la especialmente descripta en el inc. f) de su art. 2° consistente en “Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste”.

Que a su vez, las accionadas adoptaron lo que la citada ley en su art. 4° regula como “POSICION DOMINANTE”, en orden a que sin ser la única oferente del servicio, determinó la viabilidad económica de un participante en el mercado, perjudicándolo, luego de acreditarse que limitó su acceso a los usuarios del servicio.

4.- Que en relación a la causa “EMPRESA DE OMNIBUS SARMIENTO S.A. C/ EMPRESA DE OMNIBUS CENTENARIO SA S/ ACCION DE AMPARO” (EXTE. 294.755/3), y como bien reseñan las recurrentes, la sentencia dictada por la Sala II de esta Cámara de Apelaciones se expidió sentando la ausencia de recaudos de admisibilidad respecto a un proceso regulado en la Ley de amparo 1981, por lo que sus fundamentos distan de los presupuestos en que se funda esta acción, cuyo objeto es la reparación de daños y perjuicios, con lo que, los términos del análisis que en aquel concretaron los jueces en modo alguno condicionan la presente, como tampoco procede otorgarle los alcances de la cosa juzgada a los fines de evaluar el presupuesto de antijuridicidad, tal como se ha analizado y concluido en los puntos anteriores.

Tampoco hallo justificado dar intervención del organismo provincial competente en la materia o al representante legal de la provincia, tratándose de una cuestión entre particulares derivada de los daños generados con motivo de la actividad desplegada por uno de ellos, siendo que las codemandadas a sabiendas del plexo legal y constitucional desarrollado como base de la responsabilidad, nunca instaron la intervención de las autoridades públicas, sea la provincial o la municipal, aún cuando antes de promoverse esta acción fueron intimadas extrajudicialmente, y a pesar de que el mismo ordenamiento jurídico transcripto faculta el desarrollo de procesos dialógico o de concertación entre ambas administraciones (art. 5 incs. d y e Ley 482).

De todas formas, estos planteos no han sido introducidos formal ni oportunamente para integrar la controversia objeto de la litis, y más aún en esta instancia en que se encuentra expresamente vedada la posibilidad de su abordaje (art. 277 CPCyC) y luego de haber otorgado consentimiento a la sucesiva integración de los órganos jurisdiccionales.

B.- Que acerca del daño admitido, que la actora cuestiona en cuanto al límite temporario de su devengamiento y cuantificación, cabe recordar que aquella reclamó bajo el rubro lucro cesante la ganancia que se vio privada derivada de la merma del pasajes sufrida remitiéndose a lo que resulte de la prueba de expertos contables (punto IV - fs. 63vta/64) luego de denunciar la conducta ilegal desplegada que la llevó a intimar a las demandadas el 25 de octubre de 2006 y la necesidad de restablecer el patrimonio a su estado anterior (fs. 60 - 63vta).

Que la juez de grado parte del análisis contenido en el dictamen del perito pericial que informó una recaudación bruta entre los años 2009 y 2013, sobre la que estimó en forma prudencial una ganancia en la proporción del 10% atento no haberse indicado el que correspondía a la actividad, ni la incidencia de los costos.

Que el perito contador explicó que en base a estimaciones y proyecciones mediante viajes que efectuara y por los que acompañó los correspondientes boletos (fs. 734/737) concluyó en asignar el porcentaje del 30% a la adquisición de pasajes dentro de la localidad de Centenario, individualizando coches y horarios, y por los que estimó que la privación de ganancia por parte de la actora ascendió en el año 2009 a $1.410.195, en el 2010 a $1.721.912, en 2011 a $2.092.511, en 2012 a $2.616.902 y en 2013 a $3.242.536 (fs. 719/720), agregando que al respecto las partes no aportaron datos e información necesaria, que los datos correspondientes al año 2003 lo obtuvo de la documentación obrante en la causa, una planilla ANEXO IV.a; que elabora el cuadro denominado “Proporción Pasajero/Recaud” dentro del subtítulo “ESTIMACION 30% EN RECAUDACION Y PASAJEROS NQN-

CENTENARIO" utilizó el del 54,67% para estimar la cantidad de pasajeros en los años 2007 a 2012 correspondientes a la empresa Sarmiento S.A. porque solo figura la recaudación de esos años a fs. 647/649 o 05 a 07; que no consideró los costos de operación y amortización, IVA e ingresos brutos; que tampoco aparecen costos, amortizaciones, ni otros gastos por lo que informó el mimos importe (ingresos = Recaudación), al no tener más datos para calcular la Ganancia; que el concepto de ganancia económica o beneficio económico es la utilidad que obtiene el actor en un proceso económico, comercial o productivo, que puede ser calculado como los ingresos totales menos los costos totales; la ganancia es sinónimo de utilidad y de resultado, y puede dividirse en ganancia bruta y ganancia neta (fs. 740/742).

Queda sin sustento la impugnación que la accionada dirigió a lo informado y conclusiones, cuando el perito fue muy concreto respecto a las posibilidades para concretar lo observado al explicar que "Me limité a contestar los puntos periciales propuestos por la pare actora, con la documentación obrante en el expediente, dado que la demandada no puso a mi disposición todos lo datos para deducir los egresos …." (fs. 749).

Que al responder la impugnación de las demandadas en base a irregularidades al calcular la ganancia anual y la forma de obtención de los datos sobre la venta de boletos y haberse aportado información sobre el año 2003 cuando no operaban la concesión interurbana (fs. 744/745) ratificó lo dictaminado, explicando que "Me limité a contestar los puntos periciales propuestos por la parte actora, con la documentación obrante en el expediente, dado que la demandada no puso a mi disposición todos los datos para deducir los egresos, por ejemplo de: Sueldos y Jornales, Contribuciones y Aportes, Seguros, Combustibles y Lubricantes, Repuestos y Reparaciones, Movilidad y Peaje, Fletes y Acarreos, Gastos al personal, Verificación técnica y peajes, Neumáticos, servicios subcontratados, Impuestos, tasas y contribuciones, Amortizaciones de bienes de uso, Gastos de mantenimiento, Uniformes y accesorios, Honorarios profesionales, Alquileres, Gastos de Limpieza, Publicidad, Comisiones bancarias, Intereses devengados, etc" (fs. 749).

En tanto la crítica de la recurrente se relaciona primordialmente con la valoración por parte de la juez de grado sobre los antecedentes colectados para cuantificar el daño, entiendo que el primero de los principios al cual remitirme para verificar lo resuelto, es aquel que prevé la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, conforme a lo normado en el artículo 384 del CPCC.

Que esa Sala invariablemente ha sostenido que en materia de prueba rige para el Juez el principio de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica –art. 384 CPCC-, es decir aquellas reglas "que son aconsejadas por el buen sentido aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basadas en la ciencia, en la experiencia, y en la observación para disentir lo verdadero de lo falso.

Que el lucro cesante, entendido como la falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que el acreedor haya podido razonablemente obtener de no haberse producido el evento dañoso (Belluscio, A.: "Código Civil Comentado, t.2, pág. 718), tiene su fundamento y límite en la probabilidad objetiva cierta que resulta del curso natural de las cosas y de las circunstancias generales o especiales del caso concreto, conforme la prescripción del art. 901 del Código Civil que refiere cuales son las consecuencias inmediatas de un hecho (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 903, 904, 1.068 y 1.077 del Cód. Civil; y 377 y 386 del Cód. Procesal).

Lo conceptualizado y aplicable al caso se corresponde con lo que actualmente es definido como daño por el art. 1737 del CCYC, que lo reconoce cuando "se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva", y en el rubro específico, expresamente en su art. 1738 se refiere al "beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención", habiéndose acreditado en los presentes además de su existencia, que es directo y actual (art. 1739)

Mazeaud ha dicho que el perjuicio cierto es, con mucha frecuencia, aquél tan verosímil que el derecho lo toma en consideración; y el perjuicio eventual aquél tan incierto que no cabe tomarlo en consideración. Tal posición relativa se presenta no sólo en la chance sino también en el lucro cesante frustrado, pero en el primer caso la incertidumbre se acentúa. Es así que en el lucro cesante se requiere una certeza relativa o seria probabilidad de los beneficios que el hecho ha frustrado, por lo contrario en la chance no se llega siquiera a la certeza relativa, lo único cierto es la ocasión misma de obtener los beneficios y en cuanto a éstos basta una probabilidad suficiente o mínima de lograrlos para el caso de que la oportunidad no se hubiera malogrado (Zanoni, E. "El daño en la responsabilidad civil", pág. 74; Zavala de González, M.: "Resarcimiento de daños", t.2a, pag. 300).

Que a los fines de establecer la existencia del perjuicio, en este caso del lucro cesante, llega incuestionado el procedimiento adoptado por el perito contador a los fines de colectar los hechos indicativos de cómo se habría producido realmente la ganancia frustrada a partir de la recaudación bruta de recursos de los usuarios, al conectar causalmente la proporción de los recursos que fueron desviados por la captación indebida.

No aparece dificultoso evaluar que en el caso que nos ocupa estamos frente a una concreta frustración de obtener utilidades que se derivaban de la misma prestación del servicio de transporte habilitado que ejercía la actora concesionaria, cuyos efectos y cuantificación de la recaudación bruta pasaje se encuentran determinados en el dictamen pericial, que excluyen que se tratara de una mera expectativa, porque era razonablemente que se concretaría.

1.- Principiando acerca del rédito neto obtenido por las accionadas con motivo del servicio prestado en forma ilícita, lo cierto es que resultó infructuoso obtener cálculo alguno, considerando que aquellas no facilitaron la información contable al perito interviniente que se las requirió (fs. 528, 531, 532, 533), es decir, teniendo en miras la posibilidad de cotejar el exacto monto resultante de la percepción de pasajes en el medio urbano y con los costos que ello demandó.

No sólo por encontrarse en mejores condiciones de hacerlo (teoría de las cargas probatorias dinámicas), sino también porque fueron las que invocaron que su intervención antijurídica no había generado perjuicio a la actora, es decir, tenían interés en demostrarlo (art. 377, CPCCN), cuando el revelamiento de la verdad jurídica objetiva es el norte de todo proceso (Fallos: 238:550).

Luego, por tratarse de ingresos que pasaron a ser percibidos por las codemandadas resulta impropio lo que pretenden en sucesivas impugnaciones respecto a que a dicha utilidad bruta le sea descontado el costo de funcionamiento que debió afrontar la actora en tal actividad.

Sencillamente porque al estar demostrando que lo siguió brindando, es incuestionable que los debió haber asumido o erogados íntegramente al cumplir el contrato de concesión utilizando los medios disponibles de su establecimiento en las frecuencias diarias establecidas.

Lo diferente, en el caso, radica en que mientras los ómnibus hacían su recorrido la demandante se vio impedida de ingresar a su patrimonio tal recaudación porque los usuarios subían a otros rodados.

Que a su respecto un primer análisis al que conduce el agravio permite advertir como uno de los datos que aporta la experiencia práctica cual es que en los cálculos realizados por el perito contador se consideró el valor del boleto que percibio por las accionadas, que originariamente era de $1,50 cuando el autorizado a cobrar a la actora ascendía a $1,00, monto este ultimo que representa el 66,66% de aquel.

Luego, ante la falta de información para cotejar cómo sucesivamente evolucionaron las tarifas, y estimando que aquella relación se mantuvo, la actora sólo puede justificar que lo que se vio privada de cobrar representó el 66,66% de lo percibido por las accionadas; lo contrario importaría admitir un enriquecimiento a costa de lo que en más indudablemente erogaron los usuarios.

Finalmente, si los valores obtenidos por renta neta están alcanzados por el impuesto a las ganancias, regulado en el art. 69, inc. a)1.-, y como correspondiente a la Tercera Categoría, por tratarse la actora de una sociedad de capital, que se encuentra gravada con la alícuota del 35%, se llega al resultado de que ganancia neta perdida y objeto de reparación en concepto de lucro cesante a favor de la actora equivale al 31,66% de la recaudación estimada.

Que esta aproximación objetiva al porcentaje que como ganancia entiendo corresponde reconocer como reparación a la actora, se aproxima a la evaluación realizada en un caso equiparable por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B – en los autos: “Antidin Omar H. c/ Román Servicios s/ ordinario” (EXPTE. N° 65492/2003- 29-ago-2012-Cita: MJ-JU-M-75269-AR | MJJ75269 | MJJ75269 Microjuris.com) para cuantificar el perjuicio en base a la imposibilidad de aprovechar el uso y goce de los rodados por parte de un prestador de servicios de transporte de personas, motivada por la injusta conclusión de los contratos de leasing y el secuestro de los mismos:

“En el sub lite se encuentra acreditado por diversos medios el daño reclamado.

Primero porque los vehículos en cuestión, por su propia naturaleza están destinados al transporte de pasajeros, actividad lucrativa que no puede negarse ni desconocerse.

Y segundo, y aún más importante, porque como ya tantas veces fue dicho, estas unidades efectivamente estaban al servicio de la empresa demandada para transportar a los clientes que contrataban con ella y por lo cual le abonaba al actor una suma de dinero.

De modo que, la imposibilidad de aprovechar el uso y goce de los rodados, motivada por la injusta conclusión de los contratos de leasing y el secuestro de los mismos, ha generado un perjuicio que debe ser objeto reparación.

Ahora bien, el actor reclamó la suma de $50.000 por mes desde la ruptura y hasta su efectivo pago por el concepto que venimos analizando (ver fs. 427/428).

Justificó dicho importe en la supuesta facturación que habrían generado las unidades, de acuerdo con un anuncio publicado por cierta empresa que competiría con la demandada.

La autenticidad de la mencionada publicación puede tenerse por acreditada con la contestación de oficio realizada por la firma Manuel Tienda León a fs. 516 y conforme dicha propuesta la recaudación base para las unidades que explotaba el actor rondaría los $ 36.000 mensuales ($ 8000 en el caso del ómnibus Volvo y de $ 7000 por cada uno de los minibuses).

No obstante ello, aún considerando esta suma como parámetro para establecer la pérdida sufrida por el actor, lo cierto es que a la misma habría que restarle todos los gastos que precisamente generan los rodados.

En efecto, como contrapartida de la imposibilidad del actor de usar y gozar de los vehículos, éste ha obviado incurrir en ciertos gastos, tales como combustible, taller, peajes, seguros, etc (conf. art. 12, ley 25248).

Es por ello que, si presumiblemente el uso de los automotores le ocasiona a su propietario una cantidad de erogaciones, por la máxima compensatio lucri cum damno deben ser deducidos del monto total a indemnizar para no convertir la indemnización en una causa inadecuada de ganancia a favor del damnificado.

De este modo, para el caso del ómnibus Marca Volvo, tomando como parámetro las pautas antes señaladas, prudencialmente estimo el daño en la suma de $ 3500, y para cada una de los minibuses en la suma de $ 2800 por mes. …"

Que en el caso expuesto, el daño reconocido como ganancia que se vio impedido de percibir se estimó en el 42,5% y 40% respectivamente de la recaudación neta que hubiera obtenido de terceros, descontados los costos del servicio.

Concluyendo, estimo ajustado propiciar que se establezca en el 31,66% el porcentaje que habría obtenido la actora como ganancia en relación a la recaudación calculada por el perito.

La reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay).

Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. (CSJN "Günter"-Fallos 308:1118).

Que en apoyo a lo analizado hasta aquí, el nuevo Código Civil y Comercial sienta que la cuantificación de dicha reparación debe ser plena, de tal forma que permita restituir al damnificado a la situación anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo la víctima optar por el reintegro específico.

2.- En segundo lugar, considero que le asiste razón a la actora cuando cuestiona la fecha en que comenzó a producirse el daño, en el año 2006 conforme a la prueba que aporta acerca de la conducta que reprochó a las demandadas, habiendo formalizado la intimación por el rubro reclamado el día 25 de octubre de 2006.

Por otra parte tales antecedentes no fueron objeto de controversia y llegan firmes a esta instancia; en su mérito, resulta admisible computar el lucro censante por los meses del año 2006 desde la misma fecha en que fue constituida en mora el 25 de octubre de dicho año, e inclusivos de los correspondiente a los años 2007 y el 2008.

Que considerando que las accionadas no han informado ni aportado prueba sobre la variación de la tarifa en dichos períodos respecto de lo establecido por el perito contador para el año 2009 que también llega consentido ($1.410.195), estimo justificado adoptar este último por corresponderse con lo informado por los testigos y en las actas de notariales de constatación respecto a la invariabilidad del precio del pasaje ($1,00).

3.- A tenor de lo sentado en los dos puntos anteriores, y por llegar firme a esta instancia la recaudación bruta correspondiente a los años 2009 a 2013 tomada como base para aplicar el porcentaje estimado de ganancia que sumados sus parciales alcanzó a $11.084.057 (fs. 720) resulta que la indemnización correspondiente a cada período, comenzando por el de octubre/diciembre de 2006 ascenderá a $111.616 (31,66% de $352.548), $446.467 por el año 2007 (31,66% de $1.410.195), $446.467 por el año 2008 (31,66% de $1.410.195); $446.467 por el año 2009 (31,66% de $ $1.410.195), $545.157 por el año 2010 (31,66% de $1.721.912), $662.488 por el año 2011 (31,66% de $2.092.511), $828.511 por el año 2012 (31,66% de $2.616.902), $1.026.586 por el año 2013 (31,66% de $3.242.536), haciendo un total de $4.513.759, suma por el que propiciaré se eleve el monto de la condena a las accionadas.

V.- Por lo expuesto, propiciaré al acuerdo rechazar el recurso de las codemandadas, confirmando la sentencia de grado, y haciendo lugar a la apelación de la actora, elevar el monto de condena a la suma de $4.513.759, con imposición de las costas de la Alzada a las primeras en su calidad de vencidas (art. 68 del CPCyC).

VI.- Regular los honorarios en la Alzada en el 30% de los que se devenguen a favor de los letrados de la actora como correspondiente a la instancia de grado, y que hayan actuado en el mismo carácter, y fijar en el 25% la retribución de los profesionales que actuaron por las accionadas.

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. 1041/1046 vta., elevando el monto de condena a la suma de PESOS CUATRO MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE ($4.513.759), confirmándola en lo demás que fuera materia de recursos y agravios, de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

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 30% a los letrados de la actora y en el 25% a los que intervinieron por las demandadas, 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

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

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

"GARCIA ROBERTO ARIEL C/ COMPAÑIA ARGENTINA DE LEVADURAS SAIC S/ EJECUCION DE HONORARIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 33399/2017) – Interlocutoria: 171/17 – Fecha: 17/07/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

LEVANTAMIENTO DE EMBARGO. FERIA JUDICIAL. HABILITACION DE FERIA.

1.- El levantamiento de un embargo no puede ser requerido sino desde el momento en que se lo traba.

2.- Las razones de urgencia que determinan la habilitación del feriado judicial son aquellas que entrañan para los litigantes riesgo serio e inminente de ver alterados sus derechos para cuya tutela se requiere protección jurisdiccional. Por lo tanto, la intervención de los tribunales de feria tiende, en principio, a asegurar únicamente el futuro ejercicio de un derecho o el cumplimiento de medidas ya decretadas, motivo por el cual, para que proceda aquella habilitación, deben concurrir estrictamente los supuestos contemplados por el art. 153 del Código Procesal, que -como se sabe- son de excepción.

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "GARCIA ROBERTO ARIEL C/ COMPAÑIA ARGENTINA DE LEVADURAS SAIC S/ EJECUCION DE HONORARIOS" (JNQCI3 33399/2017) venidos en apelación a esta Sala III integrada EN FERIA por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I. Viene la presente causa a estudio del Cuerpo para el tratamiento de la apelación subsidiaria que formula la accionada a fs. 36

vta., pto.II, contra el auto de fs. 34 primer apartado, en cuanto deniega su pedido de habilitación de feria.

Pretende la peticionante que se habilite la feria judicial a efectos de que se expida el juez de grado sobre el levantamiento de embargo incoado por su parte, por las razones ya invocada en los obrados.

Dice que el dinero embargo por $25709 fue transferido a una cuenta judicial, donde existe un remante de $29.058,57 por lo cual requiere la habilitación de feria para el levantamiento del embargo que le causa un gravamen perjudicial e innecesario para el desarrollo de las actividades normales de la empresa.

Expresa que es arbitraria la denegatoria de habilitación de la feria para resolver el pedido de levantamiento de embargo en el Banco Santander Río.

A fs. 38 y vta. se rechaza la revocatoria, concede la apelación y dispone la elevación inmediata a esta Alzada.

II. Ingresando al análisis de la cuestión planteada –habilitación de feria para el tratamiento del pedido de levantamiento de embargo- cabe partir de considerar que si bien el art. 153 del CPCyC dispone que la denegatoria solo es recurrible por reposición la doctrina sostiene que “Sin embargo, en el fuero civil, se admite también el recurso de apelación; solución que entendemos justa, toda vez que la falta de habilitación de la feria puede ocasionar un gravamen irreparable al justiciable”, (Fassi – Yañez, Código Procesal Civil y Comercial, T. 1, Astrea, p. 745).

Además, se ha sostenido que: “Las razones de urgencia que determinan la habilitación del feriado judicial son aquellas que entrañan para los litigantes riesgo serio e inminente de ver alterados sus derechos para cuya tutela se requiere protección jurisdiccional. Por lo tanto, la intervención de los tribunales de feria tiende, en principio, a asegurar únicamente el futuro ejercicio de un derecho o el cumplimiento de medidas ya decretadas, motivo por el cual, para que proceda aquella habilitación, deben concurrir estrictamente los supuestos contemplados por el art. 153 del Código Procesal, que -como se sabe- son de excepción.”

“2.- Los motivos excepcionales y de urgencia que permiten habilitar la feria judicial deben ser reales y objetivos, emanados de la propia naturaleza en cuestión, y no de la premura que un asunto pueda tener para el interés particular del litigante ni de la sola demora que trae aparejada la paralización de la actividad judicial. En suma, debe existir la posibilidad objetiva de que el retardo frustre un derecho o una necesidad impostergable o produzca un daño irreparable, todo lo cual debe valorarse con criterio objetivo y restrictivo en los términos del citado artículo.”

“3.- No debe olvidarse que la finalidad última de esta medida radica -en definitiva- en garantizar durante el receso judicial la tutela judicial efectiva que exige la garantía del debido proceso a partir del derecho constitucional y convencional -art. 18 de la Constitución Nacional, art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos, art. 25 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.”

“4.- Ahora bien, el levantamiento de un embargo no puede ser requerido sino desde el momento en que se lo traba. En consecuencia, si -como en el caso-, los oficios con los que se efectivizó la resolución cautelar fueron retirados a fines de diciembre para su diligenciamiento, corresponde habilitar la feria judicial ante el pedido de levantamiento del embargo decretado, pues no podría haberse planteado antes”, (CNCiv., Sala de Feria, TF049350, W.D., C.R. c/ B., J.H. s/ MEDIDAS PRECAUTORIAS, 25/01/16, Sumario n°26039 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Por ello, se ha de habilitar la feria judicial de la instancia de grado debiendo volver los autos a la instancia de grado para el tratamiento y resolución del pedido de levantamiento de embargo.

Asimismo, no podemos dejar de señalar la contradicción de la decisión recurrida por cuanto, por un lado, rechaza la habilitación de feria para actuar en primera instancia y al mismo tiempo concede la apelación y la eleva tramitándola como si hubiera habilitado la feria.

En definitiva, esta Sala III, con integración de Feria

RESUELVE:

1. Revocar el decisorio de fs. 34 -1er.ap- y habilitar la feria judicial de la instancia de grado para el tratamiento del pedido de levantamiento de embargo.

2. Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelva a origen.

Dr. Jorge Pascuarelli - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"PARRA ANCATEN YOLANDA RAMONA C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP SEG. S/ RECURSO ART 46 LEY 24557" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 412896/2010) – Sentencia: 85/17 – Fecha: 16/05/2017

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO. DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO APLICABLE. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. PRESTACIONES DINERARIAS. DETERMINACION. ACTUALIZACION. INDICE RIPTE. DECRETOS REGLAMENTARIOS. CONCEPTOS A LOS QUE APLICA. EXTENSION TEMPORAL. INDEMNIZACIÓN ADICIONAL. PAGO UNICO. TASA DE INTERES. COMPUTO.

Corresponde modificar la sentencia que, imponiéndole las costas a la aseguradora en su calidad de vencida, fija el monto de la condena en la suma de pago único por $218.108,50 a la fecha del accidente ocurrido el 01.10.2007, considerando una incapacidad del 16,88% según lo dictaminado por el perito médico, siguiendo el régimen y fórmula de cálculo previsto en la LRT integrado con la Ley 26773, luego de declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 11 del Decreto 472/2014 que la reglamenta, del art. 16 del Dec. 1694/09 y 17.5 de la citada Ley, para adoptar el mínimo asegurado de $30.384 ($180.000 x 16,88%) y le adiciona el 20% más el índice RIPTE (5,239 desde Enero/2010 a Mayo de 2016) regulados respectivamente por los arts. 3, 8 y 17 párrafo 6 de la ley citada; que en relación a los intereses, los establece en el 12% desde el siniestro hasta el 31 de diciembre de 2015 y hasta el efectivo pago a la activa del Banco Provincia de Neuquén S.A., pues le asiste razón a la aseguradora respecto a que no procede en el caso aplicar al caso las modificaciones introducidas por la Ley 26773 para el cálculo de las prestaciones dineraria de la LRT, en particular el adicional regulado en su art. 3°; más en atención a que la primera manifestación de la reagravación se exterioriza con la intervención de la Comisión Médica del 15/12/2009 resulta alcanzado por las previsiones del Decreto N° 1694, vigente desde el 06.11.2009. Dado el encuadramiento jurídico, el importe que corresponde al actor será el mayor que surja del cotejo del derivado de la fórmula del art. 14 inc. a) de la Ley 24557 con el piso mínimo previsto en el art. 3° del citado decreto, y en el caso implica comparar $19.578,39 -que es el resultado del cálculo realizado en la sentencia de grado que llega consentido- con la suma de $30.384,00 derivada de aplicar el mismo porcentaje de 16,88% a $180.000 que es el valor mínimo garantizado en el art. 3° del Dec. 1694/09, procediendo en consecuencia adoptar el segundo.

Texto compelto:

NEUQUEN, 16 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PARRA ANCATEN YOLANDA RAMONA C/ PRODUC. FRUTAS ARG. COOP SEG. S/ RECURSO ART 46 LEY 24557”, (Expte. Nº 412896/2010), 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 del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 354/356 la aseguradora de riesgos de trabajo interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia definitiva (29.08.2016) que, imponiéndole las costas en su calidad de vencida, fija el monto de la condena en la suma de pago único por $218.108,50 a la fecha del accidente ocurrido el 01.10.2007, considerando una incapacidad del 16,88% según lo dictaminado por el perito médico (fs. 173/177 y 188/189), siguiendo el régimen y fórmula de cálculo previsto en la LRT integrado con la Ley 26773, luego de declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 11 del Decreto 472/2014 que la reglamenta, del art. 16 del Dec. 1694/09 y 17.5 de la citada Ley, para adoptar el mínimo asegurado de $30.384 ($180.000 x 16,88%) y le adiciona el 20% más el índice RIPTE (5,239 desde Enero/2010 a Mayo de 2016) regulados respectivamente por los arts. 3, 8 y 17 párrafo 6 de la ley citada; que en relación a los intereses, los establece en el 12% desde el siniestro hasta el 31 de diciembre de 2015 y hasta el efectivo pago a la activa del Banco Provincia de Neuquén S.A.

Denuncia que el juez incurrió en incongruencia violentando la defensa en juicio de su parte al efectuar una errónea interpretación de la normativa, aplicándola retroactivamente, para vulnerar la seguridad jurídica y el derecho de propiedad, arribando a un resultado que no se condice con lo resuelto por la CSJN y esta Cámara de Apelaciones en supuestos similares.

Que el sentenciante haya establecido la incapacidad del actor en el porcentaje establecido por el perito médico omitiendo valorar su impugnación, y que frente a ella el experto no justificó científicamente el nexo de causalidad médica entre la inflamación y la ruptura del manguito rotador, ni el nexo cronológico entre la lesión histórica sucedida en el año 2007, tendinitis bicipital, y la ruptura ocurrida dos años después de haber sido dada de alta y laborado en condiciones normales, por lo que la sentencia no surge motivada; como tampoco se ha aportado la foja quirúrgica acerca de cual fue el tipo de cirugía realizada.

Se agravia porque el a quo sostiene que resulta aplicable al presente los arts. 3 del viejo C.Civil y el 7 del CCYC desconociendo que ese extremo fue abordado expresamente por la CSJN en “Esposito” cuando sostuvo que “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”; que los reajustes que pretende el a quo se abonen al actor resultan ajenos al marco normativo existente a la fecha del accidente en el año 2007 que regía el Dec. 1278/00, resultando improcedente seguir las prescripciones de la ley 26773 y la inconstitucionalidad decretada a tal fin, y dejarse sin efecto el porcentaje del 20% que determina el sentencian en base a su art. 3.

Finalmente agrega que, aún cuando resulta evidente que se trata de un error de tipeo, solicita se revoque el interés postulado en el acápite 7 ya que el juzgador sostiene que el interés utilizable es la tasa activa a un 12% mensual y no de un 12% anual como corresponde según criterio jurisprudencia establecido por esta Cámara de Apelaciones.

Sustanciado el recurso (fs. 258), responde la parte actora a fs. 359/361; pide se rechace la apelación con costas.

Considera que se encuentra acreditada la patología diagnosticada con nexo causal específico con el infortunio, conforme lo requiere el Dec. 659/96, y en relación al monto indemnizatorio solicita se aplique el Dec. 1278/00 como piso mínimo, declarándose la inconstitucionalidad del art. 14.2-a) de la LRT en tanto su aplicación al caso concreto causaría una flagrante violación a derechos de raigambre constitucional, citando el antecedente “Morales” (Expte. 422.7806/11) de esta Sala que así se dispuso conforme voto del Dr. Ghisini debido a la notable desproporción de la prestación y la incidencia de los intereses.

II.- Que en lo que es materia del inicial agravio relacionado con el nexo causal entre la incapacidad reconocida y el accidente sufrido por la actora, el juez de grado principia en que las partes están contestes sobre el dictamen de la Comisión Médica N° 9, que la ART invocó haber dado todas las prestaciones médicas hasta la fecha del alta.

A su vez, sigue a lo informado por el perito médico luego de efectuar la anamnesis, el examen físico y valuar la documentación obrante en autos, en el que arriba a la conclusión de que la actora padece una limitación funcional del hombro derecho y presenta una incapacidad parcial, permanente y definitiva de 16,88% de VTO, con relación causal con el episodio denunciado.

Que en este sentido, si bien el organismo administrativo en su dictamen del 15.12.2009 (fs. 14/17) informa que habiendo transcurrido 2 años desde el accidente y trabajado durante dos temporadas la ART no puede relacionar las dolencias de su hombro con aquel evento, surge de ese que acaecido el infortunio día 01 de octubre de 2007 cuando la actora retira “una caja de la calesita con el brazo derecho y al realizar fuerza sintió un fuerte dolor en el hombro derecho”; que “Fue asistida en Clínica de imágenes donde la evaluaron mediante ecografía que demostró tendinitis sin ruptura del tendón del bíceps y le indicaron antiflamatorios y kinesioterapia”, teniendo por brindadas las prestaciones de diagnóstico y tratamiento médico a cargo de la ART.

Que fue dada de alta el 30.10.2007 para regresar a sus tareas habituales, y que “recientemente (el día 23/09/09) fue operada del hombro derecho por medio de su Obra Social.”, concretamente de una lesión del manguito rotador.

Que respecto a la situación de la actora, el perito médico destaca que “se debe entender en primer lugar que la tarea que realiza la misma es de alta carga para su miembro superior dominante. Los movimientos repetitivos están contemplados como causante de

enfermedad profesional conforme al listado de la ley; y la tarea de embaladora implica una rutina de movimientos que involucra a la articulación con el hombro produciendo un “desgaste” del manguito rotador.

La Sra. Parra tuvo su primera manifestación en el accidente denunciado, pero la enfermedad continuó su curso hasta requerir el tratamiento quirúrgico. Una ecografía no es suficiente para el diagnóstico de una sintomatología dolorosa de hombro que no cede en el tiempo más si se considera la tarea específica de la trabajadora. Considero que existe nexo causal entre las secuelas de la actora y su trabajo, por que corresponde establecer incapacidades conforme a la “Tabla de Evaluación de las Incapacidades Laborales de la ley 24557, por: Daño anatomo funcional: Limitación funcional del hombro derecho: 12% Miembros dominante: 5%: 0,6% Factores de Ponderación: -Dificultad para la realización de la tarea: alta 20%: 2,52% -Amerita recalificación: Si: 1,26% -Edad: 59 años: 0,5%. Incapacidad parcial, permanente y definitiva del 16,88%”

Que si bien los hallazgos y conclusiones iniciales son objeto de impugnación por la demandada (fs. 179/178), fueron sustancialmente satisfechas las dudas al responder las explicaciones a fs. 188/189, donde destaca el resultado del estudio ecográfico inicial (22.06.2009) donde se detecta derrame articular que se prolonga hacia la bursa subcoracoidea … alterada la imagen del tendón del supraespinoso, con evidencias de desgarro y discreta retracción medial de su cabo proximal … tendón del infraespinoso muestra mínimos signos inflamatorios,… cambios de la intensidad del tendón del subescapular, con signos inflamatorios …” y el de RMN del 10.11.12 que confirma el “compromiso de partes blandas” y que ello “no está directamente relacionada con la imposibilidad de mover el miembro superior, ya que un desgarro parcial puede ser compatible con la continuidad de la tarea y en una etapa posterior hacerse francamente sintomático y requerir cirugía”, para destacar que “No hay constancia en autos que la ART hubiera realizado controles periódicos para esta tarea”, y que si bien no hay foja quirúrgica, hay evidencia de cirugía por la cicatriz y el estudio de imágenes.

Que a tenor de lo expuesto, la recurrente se limita a reeditar en la Alzada planteos insustanciales e insuficientes para desvirtuar la convicción que genera el dictamen pericial acerca de la incapacidad y porcentaje asignado, y no menos, con su etiología o nexo causal con el primer episodio.

Que en consecuencia, y evaluando los antecedentes obrantes en la causa, fundamentalmente el objeto de la pretensión, a tenor de lo enunciado y fundamentado por el perito, procede sostener que se trata de la reagravación del daño que inicialmente había afectado a la actora, por explicarse con un alto grado de certeza que con motivo de la ausencia de controles periódicos posteriores, y por continuar con los movimientos repetitivos derivados de seguir cumpliendo tareas, resultó definitivamente afectando el miembro superior y su articulación del hombro derecho, a tal punto que exigió tratamiento quirúrgico con el resultado informado.

Se ha sostenido que 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 el perito procede concluir que la incapacidad de la actora se trata de una secuela que no pudo ser tenida en cuenta al tiempo del primer abordaje y examen realizado inmediatamente a aquel episodio, más con conexión con éste.

Conforme lo expuesto se habrá de confirmar la sentencia de grado en punto la incapacidad determinada por el juez de grado en el 16,88% a los fines del cálculo de la prestación dineraria reclamada al amparo del régimen de la LRT.

III.-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, le asiste razón a la aseguradora respecto a que no procede en el caso aplicar al caso las modificaciones introducidas por la Ley 26773 para el cálculo de las prestaciones dineraria de la LRT, en particular el adicional regulado en su art. 3°; más en atención a que la primera manifestación de la reagravación se exterioriza con la intervención de la Comisión Médica del 15/12/2009 (fs. 14/17) resulta alcanzado por las previsiones del Decreto N° 1694 vigente desde el 06.11.2009.

IV.- Dado el encuadramiento jurídico expuesto en el capítulo anterior, el importe que corresponde al actor será el mayor que surja del cotejo del derivado de la fórmula del art. 14 inc. a) de la Ley 24557 con el piso mínimo previsto en el art. 3° del citado decreto, y en el caso implica comparar $19.578,39 -que es el resultado del cálculo realizado en la sentencia de grado que llega consentido (fs. 346)- con la suma de $30.384,00 derivada de aplicar el mismo porcentaje de 16,88% a $180.000 que es el valor mínimo garantizado en el art. 3° del 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 del citado dictamen de Comisión Médica -15.12.2009- 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.

V.- En relación a las costas, se habrá de confirmar las impuestas en la instancia de grado a la demandada en su calidad de vencida, mientras que las de la Alzada lo serán en el en el orden causado considerando que ambas partes resultan recíprocamente gananciosas y perdidosas, y atendiendo al cambio de criterio con motivo de los antecedentes del Máximo Tribunal Nacional, seguido por el Provincial, (art. 17 Ley 921 y art. 68, 2da. Parte CPCyC).

VI.- Finalmente, se habrán de confirmar los honorarios fijados en porcentajes en la instancia de grado, debiendo procederse a su determinación considerando el capital de condena y los intereses, en oportunidad de practicarse la planilla prevista en el art. 51 de la Ley 921.

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 de la demandada, modificando el monto de condena a la suma de $30.384,00, a la que se adicionarán los intereses según lo expresado.

Confirmar la imposición en costas y porcentaje de honorarios fijados en la instancia de grado, y cargar las de la Alzada en el orden causado, estipulando la retribución profesional devengada en el 30% de aquellos.

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. 337/350, reduciendo el monto de condena a la suma de PESOS TREINTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO ($30.384,00), con mas los intereses según lo expresado en los considerandos respectivo que integran este pronunciamiento.

2.- Confirmar los honorarios fijados en porcentajes en la instancia de grado, debiendo procederse a su determinación considerando el capital de condena y los intereses, en oportunidad de practicarse la planilla prevista en el art. 51 de la Ley 921.

3.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68 2° apartado del 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

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"ARANDA PRUDENCIO C/ MONTEIRO ANIBAL OMAR Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS BENEFICIO EXPTE. 304362/3" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 304187/2003) – Sentencia: 108/17 – Fecha: 13/06/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. COLISION ENTRE AUTOMOTOR Y CICLISTA. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD. CAMIONETA ESTACIONADA. CONCUCTOR DEL AUTOMOVIL. CICLISTA. IMPRUDENCIA. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. CULPA CONCURRENTE. INDEMNIZACION POR DAÑO.

1.- [..] ..El ámbito de conocimiento de la alzada se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones sometidas a la decisión del juez de la causa. De ahí entonces que no resulte admisible la introducción de argumentos que no fueron objeto de debate en la instancia precedente (CNCiv, Sala G, 15.8.81, ED 97-624)". (De Santo, El proceso civil, t. VIII-A, p.304/305).

2.- Corresponde confirmar la la sentencia en crisis, que al advertir acerca de 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, para determinar en un 30% la del titular registral de la camioneta estacionada y en el 20% la del conductor del vehículo, con la culpa concurrente de la víctima en un 50%, con fundamento en el aporte causal que tuvieron las conductas imprudentes y antirreglamentarias, el último, ciclista por trasportar a un tercero, el primero por mantener la puerta abierta del rodado estacionado que obstruía la circulación de los restantes por la vía pública, y el segundo, que, por la velocidad que llevaba o por no guardar la debida distancia, le impidió detener adecuadamente la marcha del rodado, y generó el contacto con la bicicleta; cuantifica la indemnización por incapacidad sobreviniente ($20.000), el daño moral ($9.000,00), los gastos médicos, de farmacia y traslado ($750), y por tratamiento psicoterapéutico futuro ($3.000,00).

3.- Resulta en principio innegable la imprudencia y la violación reglamentaria de la víctima, conductor del rodado menor que lo hacía transportando a otra persona, conforme lo previsto en

el inc. e) del art. 40bis de la Ley de Tránsito N°24.449, situación generadora de certeza acerca de la dificultad que tenia para ver hacia el frente de tal forma de anticiparse a la existencia de obstáculos, y además, controlar la maniobrabilidad y estabilidad del rodado, tratándose de una calle céntrica de intenso tránsito.

4.- Cuando su imprudencia ha obrado como causa determinante del daño, aquellos deben asumir las consecuencias de su conducta (art. 1.111 Cód. Civil),

5.- Si bien por un lado el obrar del actor por la forma en que guiaba la bicicleta generó importantes factores en la causalidad del evento dañoso, por el otro también lo hizo el proceder del automovilista y el propietario de la camioneta estacionada que obstruyó la circulación del birrodado (cfme. arts. 901 y 906 del Cód. Civil), más no se reunieron las condiciones de imprevisibilidad e inevitabilidad (arts. 513 y 514 ídem) requeridas para eximir de responsabilidad a los segundos en los términos del art. 1.113 del Código Civil.

6.- A los fines de evaluar la conducta de los demandados, el propietario del vehículo estacionado cuya puerta fue abierta hacia el centro de la calle y el que circulaba conduciendo un rodado por detrás de la bicicleta, vale recordar que por involucrar cosas susceptibles de generar daños a terceros, tal tarea se habrá de concretar atendiendo a la expresa regulación contenida en el art. 1.113 del Código Civil:

7.- El accidente se produjo no sólo por la conducta del actor que transitaba por la vía pública violando reglas de tránsito elementales y exponiéndose abiertamente al peligro, sino también y en menor medida por el propietario del rodado estacionado que introdujo un obstáculo a la circulación, que directamente se conecta con aquel déficit, más que de no haberse presentado, seguramente no hubiera requerido la maniobra de la que se derivó el daño.

Texto completo:

NEUQUEN, 13 de junio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ARANDA PRUDENCIO C/ MONTEIRO ANIBAL OMAR Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS BENEFICIO EXPTE. 304362/3”, (Expte. JNQCI1 Nº 304187/2003), 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. 580/588 obra la expresión de agravios del co-demandado Fernández, fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de agosto de 2016 (FS. 543/556); pide se revoque con costas.

Luego de reseñar la parte de la argumentación en que se funda la condena de su parte se aparta de la base fáctica propuesta en la demanda; denuncia violación del principio de congruencia por desconocimiento de la mecánica del accidente invocada, cuando no estaba a su cargo acreditar que la puerta de la camioneta se había abierto intempestivamente y que ello anuló el paso del actor, tratándose de un hecho no controvertido; que dado el desequilibrio intempestivo y caída, que no haya sufrido mayores daños demuestra la total prudencia del conductor del rodado Duna, que de no haber tenido completamente el dominio del vehículo directamente habría arrollado al actor y a su acompañante.

Que en segundo lugar, cuestiona lo decidido por apartarse de la jurisprudencia que atribuye responsabilidad exclusiva a quien, como en el caso, circula en bicicleta en condiciones antirreglamentarias, generando un serio riesgo para sí y para el tercero transportado y otros; que el actor transportaba a una persona sentada en el caño de la bicicleta con obvia imposibilidad de mantener despejada la visión y tener el completo equilibrio del rodado, que cuando el ciclista víctima pierde el equilibrio y cae queda demostrado que carecía de dicho dominio, tratándose de una arteria sumamente transitada, configurándose así el hecho o culpa exclusiva de la víctima, que implica una ruptura total del nexo causal obligando a rechazar la demanda.

En tercer punto, en relación a la responsabilidad parcial que se le endilga, sostiene que fue el cuidado y previsión del conductor del Duna lo que impidió que el siniestro tuviere efectos nocivos de mayor gravedad; que por el dominio del rodado pudo frenar en forma inmediata, mientras que fueron las conductas consecutivas imprudentes del actor y co-demandado, el primero por la forma en cómo circulaba en la bicicleta y el segundo por ser quien abrió sorpresivamente la puerta del vehículo que no pudo ser hábilmente esquivada; que los daños invocados son atribuibles directamente a la caída sufrida y en modo alguno a un impacto del Fiat Duna.

Que finalmente explica, que por la forma en que se produjo el accidente, y aún cuando no se le atribuya culpa exclusiva a la víctima, ante la intempestiva forma en que se produjo la apertura de la puerta, la responsabilidad debe distribuirse entre dichas partes en la proporción que se estime.

A fs. 610/611 responde los agravios el co-demandado y citada; pide se lo rechace con costas.

Denuncia incumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC; que no se puede alegar que haya existido un hecho imprevisible e insistir con la aplicación cuando se comprobó que el conductor del Duna no guardó la distancia correcta con el ciclista y por tal motivo lo arrolló.

II.- Que a fs. 590/597 obra la expresión de agravios del co-demandado Monteiro y la aseguradora citada; piden se revoque la sentencia por culpa exclusiva del actor, con costas.

Cuestionan que se juzgue en cabeza de sus mandantes la responsabilidad exclusiva por las consecuencias dañosas, y por considerarlos elevados, se impugnan la procedencia y cuantificación de los rubros indemnizatorios.

En primer punto destaca que en ambos casos se trató de colisión ciclista–colectivo, cuya característica de riesgosa no está en dudas, y que el ilícito civil se configura para ambas partes en tanto admiten el contacto entre la cosa y la producción del daño; que la responsabilidad es objetiva, prescindiendo entonces de la culpa como factor de atribución, que ello genera la inversión de la carga probatoria, que es el demandado quien debió probar la culpa de la víctima que alegó en su beneficio, que la culpa de la víctima invocada es que el actor circulaba con un cajón y no advirtió con tiempo y distancia suficiente la presencia del demandado.

En segundo lugar, bajo el título “prejudicialidad penal” destaca que la participación del Sr. Monteiro del colectivo no ha merecido al más mínimo reproche penal por resultar totalmente exonerado de responsabilidad penal por el archivo de las actuaciones dispuesto por el juzgado de instrucción de Neuquén, por ausencia de elementos probatorios de cargo; que considerando en base al sobreseimiento dictado en sede penal –resoluciones de fs. 90/2 y 96- y la norma del art. 1103 del C.Civil, su revisión en el presente juicio civil se encuentra totalmente vedada; que en modo alguno puede decirse que la motocicleta fue encerrada por el automóvil demandado como aviesamente pretende dejarlo entrever el accionante; que el Sr. Monteiro fue exonerado totalmente en orden a la investigación del delito de lesiones graves agravado por la conducción imprudente de un vehículo y en consecuencia las circunstancias en que se materializó el hecho se encuentran cerradas para el análisis del presente debate.

Que en tercer agravio cuestiona que el decisorio señale que Monteiro debió haber prevenido el accidente o al menos dejar la puerta abierta, y que constituye una arbitrariedad considerar que existió contacto entre aquella y la bicicleta del actor; que para resolver se debe atender a la declaración obrante a fs. 33 de la causa penal efectuada por la acompañante del actor en el caño de la bicicleta, respecto a que éste no pudo conservar el control del biciclo; que al transportar a una persona el conductor pierde movilidad y posibilidad de maniobra, viéndose limitado en su capacidad de reacción de manejo; que conforme el croquis de fs. 1 de la misma causa, la bicicleta circulaba por el medio de la arteria, obstaculizando la circulación vehicular y ninguna incidencia tuvo en ello la conducta del demandado; que la propia pasajera declara que el actor esquivó su auto, es decir, que no medió contacto alguno; que el rodado que colisiono a la bicicleta fue el Duna, es el agente activo de la colisión, y su calidad de embistente no reviste duda por la localización de los daños materiales en su parte frontal, junto con la deformación plástica de la chapa, arrugada de adelante hacia atrás; que el lugar del impacto es ubicado a 8,60 mts. del cordón de una arteria que tiene 12,20 de ancho, y que existe una distancia de 3,60 mts. de la ubicación de la camioneta del Sr. Monteiro y el lugar de la colisión, por lo que mal podría haber existido contacto; que no existe ningún elemento que permita inducir que el Sr. Monteiro abrió la puerta en el momento mismo en que estaba circulando el actor, que del testimonio de la causa penal surge claramente que la puerta ya estaba abierta cuando el biciclo arriba al lugar, y en vez de esperar para poder seguir su marcha decidió avanzar invadiendo el carril por donde circulaba el automóvil Duna. Y anteponiéndose al mismo es rozado y cae al pavimento; que el vehículo del actor no está preparado para llevar dos personas, sumando la calidad de frenado, que queda notoriamente reducida al agregarse peso adicional; que fue la conducta del actor la que provocó en forma exclusiva las secuelas por las que ahora reclama.

En relación a la incapacidad sobreviniente fijada, destaca que solicitó explicaciones al perito respecto de la relación de causalidad de la lesión acústica constatada en el actor; que en la pericia no se informa si obran antecedentes de importancia médico legal, ni si el examen semiológico de los miembros inferiores y superiores es normal, porque no acreditan incapacidad física alguna; que no

se refiere si deambula por sus propios medios o con apoyo, si existe acortamiento mensurable en el actor; que no aplica el sistema de la incapacidad restante; que la perito ha tenido en cuenta exclusivamente al accidente de autos como generador de la lesión, desmereciendo toda otra concausa o factor etiológico preexistente al hecho; que el actor no acreditó la actividad económica que desempeñaba ni sus ingresos para determinar el mondo indemnizatorio.

Cuestiona por inequitativo el monto fijado para compensar el daño moral, resultando insuficientes y arbitrarios los argumentos señalados en el fallo; que el a quo se escuda en la facultad conferida por el art. 165 del CPCyC, que por exagerados y discrecionales, nulifica la viabilidad y congruencia de la sentencia.

Se agravia por los elevados montos de honorarios asignados en la sentencia, por exceder el límite establecido en el art. 505 del C.Civil, conforme la reforma introducía en la Ley 24342, ahora reproducido por el art. 731 in fine del CCyC; propugna la reducción de las elevadas regulaciones.

Critica que se hayan impuesto las costas en forma solidaria entre los co demandados, destacando que su parte no citó al proceso a los co-demandados, por lo que conforme el ar. 716 del C.Civil entre ellos debe imponerse por su orden, es decir, frente al actor, corresponde su distribución en la forma dispuesta en el fallo de grado pero entre los deudores solidarios, es simplemente mancomunada y en consecuencia corresponde que cada parte asuma los de su representación.

A fs. 570/571 las mismas partes habían apelado por altos los honorarios regulados; que exceden el límite establecido en el art. 505 del Código Civil; y los fijados a los peritos por no ser razonables, debiendo ser ajustados adecuadamente.

III.- Que a fs. 613 responde el actor; pide se rechace la apelación del co-demandado y su aseguradora con costas; sostiene que habiendo quedado demostrado cómo ocurrió el accidente, fue prácticamente nula la actividad probatoria de los demandados.

Respecto a la prejudicialidad penal, considera que el Código Civil y el actual son claros cuando expresan claramente que no es óbice para tratar el caso ni obliga al juez civil la falta de delito penal; en relación a la atribución de responsabilidad, resalta que Jofre tiene parte de responsabilidad porque obstruía indebida y anormalmente la vía de circulación, y la bicicleta intentó la única maniobra posible para evitar daños mayores; que los demandados no acreditaron la falta de contacto, que el automóvil Duna embistió a la bicicleta que iba en su misma dirección y no al revés, no pudiendo pretender actuar contra sus propios actos.

Acerca de los daños, no procede ser considerado los agravios ya que la sentencia se basó en las pruebas existentes, como es la pericia médica, que el monto resarcitorio no ha sido exagerado ni desorbitante; sobre las costas, señala que sigue las reglas de atribución en relación a la responsabilidad, etapas y actividad recursiva; que el demandado ha provocado incluso mayores instancias a los efectos de dilatar o atacar el legal proceso.

IV.- 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, pag. 466).

Que la sentencia en crisis, luego de advertir acerca de 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, para determinar en un 30% la del titular registral de la camioneta estacionada y en el 20% la del conductor del vehículo, con la culpa concurrente de la víctima en un 50%, con fundamento en el aporte causal que tuvieron las conductas imprudentes y antirreglamentarias, el último, ciclista por trasportar a un tercero, el primero por mantener la puerta abierta del rodado estacionado que obstruía la circulación de los restantes por la vía pública, y el segundo, que, por la velocidad que llevaba o por no guardar la debida distancia, le impidió detener adecuadamente la marcha del rodado, y generó el contacto con la bicicleta; cuantifica la indemnización por incapacidad sobreviniente ($20.000), el daño moral ($9.000,00), los gastos médicos, de farmacia y traslado ($750), y por tratamiento psicoterapéutico futuro ($3.000,00).

Que inicialmente resulta menester analizar el agravio sostenido en base a la resolución dictada en la casusa penal “Aranda Prudencia Carrasco Zunilda s/ Dcia. Lesiones culposas” (Exte. 48267) donde se dispuso su remisión al archivo por inexistencia de delito y la previsión del art. 1103 del C.Civil, para luego atender lo relacionado a la responsabilidad, los daños y su cuantificación:

A.- Que el codemandado propietario de la camioneta estacionada introduce como cuestionamiento que en la sentencia no se haya advertido ni decidido en consecuencia respecto a la falta de reproche penal a su proceder por haberse dispuesto el archivo de aquellas actuaciones.

Que a su respecto, y luego de analizar los términos de la contestación de su demandada (fs. 24/30), se comprueba que tal temática no fue introducida por el demandado como un hecho extintivo de la obligación pretendida, resultando de aplicación lo previsto en el art. 277 del Código Procesal cuando dispone expresamente: "Poderes del tribunal. El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia." (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; y 34 inc. 4 y 164 del Cód. Procesal).

La doctrina es uniforme al respecto: "Concedido un recurso ordinario de apelación, las potestades decisorias del órgano judicial de segunda instancia se encuentran circunscriptas al conocimiento de aquellas cuestiones que hayan sido, por una parte oportunamente sometidas a la decisión del órgano inferior, y por otra parte, comprendidas en los agravios expresados por el apelante."(Palacio, Derecho Procesal Civil, t. V, p.459).

"De esta manera surge claro, puntualiza Hitters, que la alzada, por constituir un ámbito de revisión, carece de potestad para resolver cuestiones no sometidas al a quo, ya que la función diáfana del ad quem no es la de decidir en primer grado sino la de controlar el pronunciamiento de los jueces de jerarquía inferior. ..El ámbito de conocimiento de la alzada se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones sometidas a la decisión del juez de la causa. De ahí entonces que no resulte admisible la introducción de argumentos que no fueron objeto de debate en la instancia precedente (CNCiv, Sala G, 15.8.81, ED 97-624)".(De Santo, El proceso civil, t. VIII-A, p.304/305).

B.- Atribución de la responsabilidad. Que abordando el tema central de la atribución de responsabilidad, resulta que ambos co-demandados y aseguradora solicitan la revisión de la determinada, acentuando las faltas atribuidas a cada uno de los protagonistas.

Que llega incólume a esta Alzada por un lado la inicial apreciación que formula la juez de grado acerca de la ausencia de prueba tendiente a acreditar la versión que cada una de ellas proporcionara respecto a la mecánica del accidente producido el 24.09.2002 y su reseña de cómo habría acaecido en base a las constancias de la causa: Acta de inspección policial fs. 1/2, croquis de fs. 3 y declaración testimonial de fs. 33 del expte. Penal que corre agregado por cuerda, y lo expresamente admitido por el co-demandado Monteiro en su responde (ver segundo párrafo de fs. 25) "en ocasión en que el actor circulaba a bordo de su bicicleta, llevando a su esposa Zuñilda Carrasco Lopez, en el caño de la misma, por la calle Alderete de esta ciudad, en sentido este-oeste. Que la camioneta del codemandado Monterio se encontraba estacionada sobre el cordón izquierdo abierta (sin que se hubiera comprobado en autos en qué momento se abrió la puerta del rodado estacionado). Que al advertir dicha circunstancia el ciclista intentó esquivar dicha puerta con una maniobra de zig zag, que no logró hacerlo, y tras colisionar con ella, cayó al asfalto y fue embestido por un automóvil Fiat Duna que circulaba detrás suyo, en idéntica dirección" (fs. 546vta/547).

Que a los fines del abordaje de la materia que postulan las partes, y ausente un dictamen accidentológico, cobra relevancia por su contemporaneidad y espontaneidad la declaración dada en sede penal por la transportada por el actor que también considerara la juez de grado:

"… en circunstancias de circular a bordo de una bicicleta la que era comandada por mi esposo, sentada adelante más precisamente en el caño de la bicicleta, observamos que la puerta de una camioneta color rojo, del tipo cuatro por cuatro, que estaba estacionada sobre calle Alderete se encontraba abierta, por lo que mi concubino de apellido ARANDA, la esquivó, en forma de zig-zag, pero como venia otro vehículo por atrás, es decir que también circulaba a en el mismo sentido aparentemente no, nos vio, tocando la bicicleta en la parte trasera, cayendo los dos al piso, mi concubino a unos tres metros en tanto yo caí al lado de la camioneta precisamente a la altura de la misma.

Al caer al piso tuve una lesión en la pierna, golpes en varios lugares del cuerpo, como así se me nubló toda la vista, después de ello quedo inconsciente.

En tanto mi concubino, a consecuencia del accidente y al rebotar contra el piso se fracturó la mano izquierda, como así también se lesionó la pierna izquierda. (fs. 33).

Que por otra parte, el croquis resulta sumamente ilustrativo sobre la situación final en que quedan el actor y la transportada (fs. 3), porque mientras la última que iba sentada y protegida por la estructura de la bicicleta queda a un lado de la camioneta, en tanto que el primero, por el impacto es impulsado mucho más lejos, cayendo más allá del mismo rodado.

A su vez el acta policial informa la existencia de un "pequeño derrape y arrastre de la bicicleta en donde se presume el presunto lugar de impacto con el FIAT DUNA" (fs. 2), y acerca de los daños constatados en este último rodado: mica de giro delantero derecho rota, paragolpe delantero lado derecho roto; capot abollado y rayado lado derecho, espejo retrovisor derecho roto, guardabarro delantero derecho abollado, puerta delantera derecha rayada altura espejo retrovisor, falta antena" fs. 5).

Finalmente, mientras la transportada sólo sufre "traumatismo de cráneo sin pérdida de conocimiento, múltiples escoriaciones y

contusiones, lesión cortante rodilla izquierda-radiológicamente sin alteraciones" (fs. 9), los daños físicos en el actor son mayores: Politraumatismo con fractura expuesta supracondílea miembro superior izquierdo, lesión contusa cortante de miembro inferior izquierdo, tercio superior cara anterior, compensado, pasa a cirugía para fijación de fractura miembro superior" "se debe realizar 2do examen (fractura expuesta a múltiples fragmentos)" (fs. 24)

C.- Que resulta en principio innegable la imprudencia y la violación reglamentaria de la víctima, conductor del rodado menor que lo hacía transportando a otra persona, conforme lo previsto en el inc. e) del art. 40bis de la Ley de Tránsito N°24.449, situación generadora de certeza acerca de la dificultad que tenia para ver hacia el frente de tal forma de anticiparse a la existencia de obstáculos, y además, controlar la maniobrabilidad y estabilidad del rodado, tratándose de una calle céntrica de intenso tránsito.

La jurisprudencia ha dicho en casos similares que: "Si bien es cierto que las conductas negligentes de los ciclistas y peatones resultan previsibles por lo habitual, y por ello es dable exigir a los conductores de rodados un máximo de precaución ante su presencia, no corresponde por ello olvidar que, cuando su imprudencia ha obrado como causa determinante del daño, aquellos deben asumir las consecuencias de su conducta (art. 1.111 Cód. Civil), debiendo el juzgador determinar en que medida, de acuerdo al grado de imprevisibilidad e inevitabilidad de la misma". (CNCiv, sala J, 29.6.99, Medina c. Olivera y otro s. daños y perjuicios, p.190, t.1, Derecho de daños en accidentes de tránsito, Daray).

D.- Luego, a los fines de evaluar la conducta de los demandados, el propietario del vehículo estacionado cuya puerta fue abierta hacia el centro de la calle y el que circulaba conduciendo un rodado por detrás de la bicicleta, vale recordar que por involucrar cosas susceptibles de generar daños a terceros, tal tarea se habrá de concretar atendiendo a la expresa regulación contenida en el art. 1.113 del Código Civil:

"La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. ..". (cfme. arts. 17 y 19 de la Const. Nac.; 23 y 24 de la Const. Prov.; 512, 901 y ss., 1.067, 1.068, 1.069, 1.109, 1.111 y 1.113 del Cód. Civil; 41 y 64 ley 24.449; y 163 inc. 5, 377 y 386 del Cód. Procesal).

Para la atribución de responsabilidad civil, cualquiera sea el supuesto que se trate, exige ineludiblemente: a)la existencia y acreditación del daño causado, b)la antijuridicidad de ese daño producido por una acción u omisión, c)la existencia de factor de atribución, y d)un nexo causal adecuado entre el acto u omisión antijurídica y el daño causado. En la especie de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, se encuentra la derivada de accidentes de tránsito. En particular, el último requisito debe ser dilucidado, analizando cuales son los hechos probados en la causa, y de ellos determinar de acuerdo al curso ordinario de las cosas, cual es más probablemente la causa del daño por el que se reclama indemnización, pudiendo surgir una causal de exención de responsabilidad por falta de relación de causalidad, tal el caso del hecho del perjudicado. En ese caso, la actuación liberatoria no necesariamente debe tratarse de un acto culposo ni de un caso fortuito, bastando para interrumpir el nexo causal con que se trate de un hecho de la víctima que sea objetivamente antijurídico. La culpa de la víctima a la que alude el artículo 1113 del Código Civil no coincide necesariamente con la noción de culpa del artículo 512 del mismo ordenamiento, sino que ha de considerarse a estos fines todo hecho de la víctima que pueda ser considerado concausa exclusiva o concurrente del daño, exista voluntariedad o no de la víctima (p. 27, 50 y 553, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Marcelo Lopez Mesa).

En la voz de la jurisprudencia: "Es así que cuando el daño obedece al "riesgo o vicio" de la cosa, estamos ante una responsabilidad objetiva del dueño o guardián, generadora per se del deber de resarcir, salvo que se demuestre que la conducta de la víctima o de un tercero extraño por quien no debe responder interrumpió total o parcialmente el nexo causal entre el hecho de la cosa y el daño producido, o sea que tales procederes se constituyeron en una causa adecuada del perjuicio diferente del "riesgo" o "vicio" de la cosa". (SCJBA, 19.5.92, Novoa c. Moscuzza y Cía., DJBA 143-4841; CNCiv, sala D, 17.5.90, Garcia c. Casasco, LL 1991-C-328; etc.).

Con todo ello, atento las premisas fácticas y jurídicas relevadas, entiendo que si bien por un lado el obrar del actor por la forma en que guiaba la bicicleta generó importantes factores en la causalidad del evento dañoso, por el otro también lo hizo el proceder del automovilista y el propietario de la camioneta estacionada que obstruyó la circulación del birrodado (cfme. arts. 901 y 906 del Cód. Civil), más no se reunieron las condiciones de imprevisibilidad e inevitabilidad (arts. 513 y 514 ídem) requeridas para eximir de responsabilidad a los segundos en los términos del art. 1.113 del Código Civil, conforme a que:

1.-Admitida la existencia de contacto de la bicicleta con la puerta desplegada sobre su línea de circulación, si bien no resultó un obstáculo insalvable –porque de otra forma el golpe lo hubiera recibido con dicha autoparte y caído en el lugar- resulta razonable estimar que ello obligó a alterar el curso de la circulación, es decir, que se desvió a la izquierda, hacia el centro de la calle, por

dónde venía circulando otro vehículo que lo impacta en la parte trasera.

2.- La localización y entidad de los daños constatados en el rodado Fiat Duna y las lesiones que afectaron al actor, dan certeza de que se trató de un golpe de tal entidad que hizo que fuera impulsado con gran fuerza hacia adelante para caer por delante de la camioneta estacionada, mucho más lejos que la transportada, que no sufrió mayores daños, cayendo más cerca, probablemente por la protección que le dio la estructura de la bicicleta.

E.- Que a los fines del abordaje de las críticas dirigidas por los co-demandados y aseguradora para impugnar la responsabilidad que se les endilga, cabe atender que en definitiva coincido con el análisis de la juez de grado sobre la base de los medios de prueba antes descriptos, que se evidencia razonable conforme el curso natural de las cosas y la experiencia (arts. 901 CC), a los fines de reconstruir los hechos, mientras, como también concluye, ninguna de las partes “ha ofrecido prueba tendiente a acreditar la versión que cada una de ellas proporciona en torno a la mecánica del accidente”.

1.- Acerca de los agravios del co-demandado Fernandez, vale recordar que la única testigo que declaró afirma que la bicicleta recibió un golpe de atrás por parte del rodado de su propiedad, y su significativo empuje se corresponde con la entidad de los importantes daños constatados en su frente y lateral derecho, los que indudablemente no se corresponden con el de un eventual arrollamiento posterior a la caída, y sí se manifiesta en la distancia a la que fue arrojado el actor por el impacto, y una caída que genera suficiente certeza sobre que es en ella que se fractura el codo izquierdo, descartado que haya podido producirse esto con el contacto con la puerta abierta.

En punto a ello, además de no haber sido tachada la testigo ni cuestionada la información policial, no se advierte en qué radicaría la incongruencia entre la demanda con la sentencia, si la pretensión se funda en el contacto con el rodado que circulaba por detrás que admite la decisión judicial, evaluándose y cuantificándose su aporte causal (20%) en base a que de haber conducido con mayor precaución y más atento a las contingencias del tránsito tal como le impone el art. 39 inc.b) de la Ley 24449, y guardando una distancia prudente, como la denuncia haber respetado, hubiera podido detenerse antes y el choque no se hubiera producido, o hubiera tenido otras consecuencias.

Luego, en la mecánica del accidente descripta no constituye un elemento que pueda incidir en el nexo causal aportado por el conductor del rodado Fiat Duna, que la apertura de la puerta haya sido súbita o fuera percibida antes, o la imposibilidad de mantener el dominio de la bicicleta, porque en definitiva el reproche se vincula a la forma de conducir, por desatención y sin guardar la distancia de frenado, que en definitiva derivó en el impacto.

2.- En relación a los cuestionamientos del co-demandado Monteiro y la compañía aseguradora, el individualizado como primer agravio habrá de rechazarse por referirse a una colisión ciclista-colectivo, y que el primero conducía cargando un cajón; es decir, no se refiere al caso en concreto y las definiciones o conceptos desarrollados no son vinculadas con una hipótesis concreta a aplicarse en los presentes.

Que en tercer punto, reedita aquel aspecto del episodio vinculado a la existencia o no contacto entre la bicicleta y la puerta del vehículo estacionado, cuando ello fue suficientemente zanjado por el propio recurrente y su aseguradora que lo admitieron al contestar la demanda.

Que ello permite explicar el aporte causal de la cosa que estaba bajo su cuidado, atento a que el actor para eludirla y no impactar contra ella, es obligado a desviarse hacia la izquierda, haciendo un zigzag para volver a retomar el sentido que llevaba, y es en esa oportunidad en que es impactado por el rodado que venía por detrás.

Finalmente, el accidente se produjo no sólo por la conducta del actor que transitaba por la vía pública violando reglas de tránsito elementales y exponiéndose abiertamente al peligro, sino también y en menor medida por el propietario del rodado estacionado que introdujo un obstáculo a la circulación, que directamente se conecta con aquel déficit, más que de no haberse presentado, seguramente no hubiera requerido la maniobra de la que se derivó el daño.

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 Gonzalez, 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).

F.- Sentado lo precedente, corresponde avanzar sobre la crítica que el codemandado Monteiro y su aseguradora dirigen contra la determinación de la incapacidad sobreviniente, el ingreso económico de la víctima utilizado para determinar el monto indemnizatorio y la cuantificación del daño.

Que en el caso se dictaminó que el actor sufría una limitación anátomofuncional en la movilidad del codo izquierdo, valorándose la incapacidad en el 30%; y considerado el ingreso derivado de su desempeño como canillita y otras tareas a modo de changas que informan los testigos, por aplicación de la formula de matemática financiera como parámetro objetivo orientador, se fijó por el primer concepto la suma de $20.000 y por el segundo $9.000 (daño moral).

Que en el planteo se incluyen consideraciones sobre circunstancias ajenas a la causa, como la existencia de una afección acústica, o la de ambos miembros, los inferiores y los superiores, o que el caso requiere la aplicación del criterio de la incapacidad restante, con apreciaciones genéricas, como que se debió tomar el salario percibido al momento en que se produjo el infortunio, que el actor no vio cercenada o disminuida su capacidad laborativa, y la crítica al monto estimado por daño moral se reduce a señalar que es excesivo, todo ello sin formular en base a qué cotejo se discrepa.

De esta manera aparecen totalmente injustificadas las quejas planteadas, por un lado se desoye lo expresado precisamente en el resolutivo, que da cuenta de que el diagnóstico se ve avalado por el dictamen médico, y por el otro no se aportan datos objetivos que justifiquen su variación, resultando en consecuencia y por lo demás apropiada la indemnización fijada de conformidad a los datos obrantes en la causa y a las particulares circunstancias del caso.(cfme. arts. 265 del C.P.C.C.).

V.- En relación a las costas han sido establecidas en el 50% al actor, 20% al conductor del rodado Fiat Duna y 30% al propietario de la camioneta estacionada, por lo que no se exhibe desacertado que la obligación de cargar con los gastos devengados por el trámite sean fijados en base a la responsabilidad reconocida y en los términos de la reparación, que aquí se confirma (art. 68 del CPCyC).

VI.- Respecto a las apelaciones honorarias, fundada por un lado en la aplicación del art. 505 in fine del Código Civil con la reforma introducida por la ley 24432, ante todo debo decir que esta última norma resulta inaplicable en la jurisdicción local conforme lo resolviera nuestro más alto tribunal in re "YERIO, Beatriz c/ RIVA S.A. s/ Escrituración", sen. del 18 de diciembre de 1996 (Acuerdos Nº 178/96 y 189/96).

Que tal doctrina ha sido seguida por las tres Salas de esta Cámara en forma invariable y sin que se adviertan razones suficientes que justifiquen apartarse de los pronunciamientos antes indicados ("SCHWEIZER ROBERTO JUSTO CONTRA ZURICH EAGLE STAR LTDA. SUC. ARG. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (EXP Nº 331478/5-Sent. 09.04.2013 Sala I); BEATRIZ ALEJANDRA CONTRA ROMERO JORGE ERNESTO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (Expte.Nº 380901/8 Sent. 13.08.2013-Sala II); y "GROEBER NORMA EDITH CONTRA TODARO BRUNO EDGARDO Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. Nº 243351/0- Sent. 10.10.2006-Sala III).

Dicho esto, analizadas las sumas reguladas y conforme las pautas establecidas por los arts. 6, 7, 9, 10, 11, 12 y 39 de la ley arancelaria, se advierte que resultan ajustadas a derecho por lo que deberán confirmarse.

VII.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recursos, propicio el rechazo de las apelaciones, confirmando el fallo recurrido con costas en la Alzada a las demandadas y aseguradora, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales de la Alzada con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 543/556, en todo lo que fuera materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a las demandadas y aseguradora vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el

30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"CACERES RICARDO Y OTRO C/ GATTI CARLOS ADRIAN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 504120/2014) – Sentencia: 123/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES. CONSTRUCCION DE EDIFICIO. DAÑOS A LA PROPIEDAD. PROPIEDAD LINDERA. VALORACION DE LA PRUEBA. PRUEBA PERICIAL. DAÑOS Y PERJUICIOS. PRIVACION DE USO DE LA VIVIENDA. DAÑO MORAL. VALOR VENAL.

1.- Cabe atribuirle responsabilidad al demandado a título de culpa en la ejecución defectuosa de la obra que provocó grietas, rajaduras y la afectación de la capacidad portante de la vivienda lindera, pues la conducta negligente que se le endilga es no haber anticipado esa posibilidad que ciertamente demandaba un estudio certero y previo del estado del muro del inmueble lindero y del suelo donde se apoyaba, considerando la envergadura e incidencia sobre todo el terreno que generaría una edificación de varios pisos. La responsabilidad sobre el conocimiento particular de las condiciones del terreno por parte del demandado importaba prever soluciones a realizar para no perjudicar a las construcciones linderas preexistentes, y no escapa a ello incluso la eventual incidencia del clima; es decir, las reglas del arte indicaban haber realizado una previsión técnica distinta a la que adopta y concretó.

2.- La privación de uso configura de por sí un daño indemnizable y, es aceptable interpretarlo como un juicio de normalidad y de carga probatoria, que basta para demostrar la afectación, porque en general no se tiene la cosa sino para utilizarla, y su indisponibilidad es índice suficiente de la necesidad de remplazarlo; y en su caso, la demostración en contrario la debe proporcionar aquel que se opone a su procedencia.

3.- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses. Así este perjuicio se presenta como real y efectivo y como una consecuencia inmediata generada por la imposibilidad de gozar del bien que debe ser reparada (art. 901 C.Civil), aún cuando tales las molestias y angustias causadas por tal privación, también cuentan con entidad para repercutir en la esfera extrapatrimonial de la persona, que también es valorado al analizar y cuantificar el daño moral.

4.- En supuestos como el que nos ocupa, en que se ha producido un severo daño en el inmueble que ha tenido repercusiones económicas, tal la impuesta de repararlo, e impedido de ser usado, producto de un actuar ilícito, indudablemente, con impacto en su vida diaria, el agravio moral se presume in re ipsa, con lo que “la dimensión que le asigne el juzgador, dependerá de un conjunto de circunstancias, entre las que cuenta la misma personalidad y

situación del afectado, edad, ocupación, trances que se vio necesitado de afrontar y sobrellevar.

5.- Al decidir sobre un caso de daños provocados por una edificación lindera que se remonta a los años 2000 y 2002, en que concurre circunstancias equiparables y equivalentes a los presentes (grietas y humedad, imposibilidad de habitar el inmueble familiar, requiriendo tratamiento psicológico, y sin incapacidades físicas ni psíquicas de la damnificada), se admitió la indemnización por el rubro en la suma de $100.000, que fue confirmada en atención a que los recurrentes sólo habían “esgrimido meras discrepancias con el importe establecido en la instancia de grado, circunstancia que lleva a decretar la deserción de sendos recursos (art.265 del Código Procesal)”. Que cotejando dicha indemnización con la admitida en los presentes, no resulta que ésta sea desproporcionada, máxime cuando se tratan de una reparación de hechos acaecidos hace 12 años, incluso donde se reconoció la indemnización por tratamientos psicológicos, con lo que se habrá de confirmar también la sentencia en este punto.

6.- Los factores relacionados por la experta constituyen sustancialmente la causa del menor valor venal que sufre la propiedad de los actores, es decir la disminución de su apreciación objetiva y sobre ella no debe prevalecer la opinión vertida por otro perito que no posee incumbencia en la materia, también insuficiente para enervar el dictamen anterior al no desarrollar argumentos técnicos que no supera la de una mera apreciación sobre el punto.

Luego, resulta insuperable su opinión respecto a la incidencia que habrá de tener en la valoración de cualquiera persona que pretenda adquirir el bien y el conocimiento acerca de los defectos estructurales que alguna vez sufrió el bien, tanto como la obligación de informar los daños que aquí se comprobaron que son reflejados en las fotografías agregadas, más allá de que puedan ser reparados, desde que su omisión podría llegar a generar responsabilidad. Que por lo expuesto, y limitado a la depreciación al monto estimado por la construcción ($3.504.000), conforme el porcentual dictaminado del 25%, la demanda prospera en el rubro por la suma de $876.000.

7.- Para que proceda la indemnización por pérdida del valor venal del inmueble, es necesario demostrar de manera clara y concreta que el mismo a pesar de las reparaciones que se le efectúen, ha perdido el precio que tenía con anterioridad al suceso objeto en autos. Por lo tanto, al menos en esta etapa en donde el inmueble no ha sido reparado y se debe llevar a cabo toda la tarea de planificación a fin de llevar adelante las obras de ingeniería a los fines de reparar los defectos provocados en la propiedad, tiene mayor peso el dictamen técnico emitido por el perito ingeniero civil que el del perito tasador (martillero).

8.- Independientemente de que el perito Ingeniero haya sido cauto al manifestar que la valuación de la vivienda en el mercado no es de su competencia, su dictamen nos ha brindado pautas claras de que si el inmueble se repara quedaría aun en mejores condiciones, garantizándose una estructura sismorresistente, con fundaciones nuevas, por lo que al ser condenada la demandada a la reparación de los daños ocasionados, no se dan los recaudos que habilitarían la indemnización por pérdida del valor venal.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de julio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CACERES RICARDO Y OTRO C/ GATTI CARLOS ADRIAN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES”, (JNQCI4 EXP Nº 504120/2014), 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. 754/757 obra la expresión de agravios de la parte actora, fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva de fecha 19 de agosto de 2016 (fs. 707/725); pide se revoque el fallo en punto al rechazo del rubro desvalorización del valor venal del inmueble.

Señala que la sentenciante ha incurrido en dos errores fundamentales, primero al tomar parcialmente lo manifestado por el perito ingeniero, sin tener en cuenta que no es el profesional idóneo para determinar si va a existir tal afectación, ya que se encuentra fuera de sus incumbencias, y en relación a lo que informa el perito en tasaciones, solamente ha tomado parcialmente lo manifestado, sin considerar o hacer una mínima referencia a su segunda presentación donde hace un pormenorizado análisis respecto a la gravedad de los daños en la estructura de la vivienda y las importantes reparaciones a efectuarse por los que, a los fines comerciales, el bien sufrirá una desvalorización por más que las reparaciones sean ejecutadas correctamente.

Sustanciado el recurso, responde el demandado a fs. 770/773, solicitando su rechazo con costas. Señala que se trata de una argumentación carente de solidez que no resiste el menor análisis, resaltando lo dictaminado por el perito ingeniero sobre las condiciones en que quedará el bien luego de las reparaciones y la remediación, y cuestiona los conocimientos técnicos de la perito tasadora respecto a cuál sería la reacción de un potencial comprador al ser informado sobre los daños sufridos por la vivienda, ni está en condiciones de formular ningún pronóstico subjetivo riguroso y certero; cita doctrina judicial, incluso de esta Alzada acerca de los recaudos para que se viabilice la indemnización de la disminución del valor venal.

II.- Que a fs. 759/767 obra la expresión de agravios del demandado interpuesto contra el mismo pronunciamiento; pide se revoque el mismo en orden a la responsabilidad a título de culpa que se le endilga, cuestionando además la procedencia del resarcimiento de la privación de uso de la vivienda y cuantificación del daño moral.

Que critica que se haya seguido el argumento del perito para atribuirle culpa en la ejecución de la obra por no ajustarse a las reglas que requería el caso, a cuyo fin se remite a la minuciosa y detallada descripción enunciada en el punto IV de la contestación de la demanda, y en el punto C sobre el cálculo de las presiones sobre el muro oeste, donde expuso haber efectuado consultas con un profesional ingeniero contratado para el estudio de suelos, tomando como referencia los criterios técnicos de Terzaghi-Peck sobre movimiento de suelos en base a cuyas ecuaciones se hicieron los cálculos para llevar a cabo la tarea, estableciéndose un asentamiento posible provocado por la obra, habiendo acreditado que la técnica constructiva se había desarrollado de acuerdo con las reglas, principios y protocolos del arte de la construcción, resultando imposible establecer un nexo de causalidad adecuado entre su obrar y los daños sufridos por la vivienda de los actores; cuestiona que, a pesar que la pericia confirmó la defectuosa técnica constructiva de la vivienda, muy alejada de las reglas del buen arte y la existencia de vicios que con seguridad contribuyeron a agravar sus daños, en la sentencia no se hayan explorado tales argumentos; luego de distinguir los diferentes daños constatados en la vivienda, concluye que si hubiera existido una deficiente técnica constructiva, forzosamente se debió haber provocado daños similares en todo el inmueble; si el quincho resultó indemne debido a su estructura de hormigón correctamente constructiva, y la vivienda adolecía una inadecuada estructura fundacional, y sufrió graves daños, la causa determinante de los deterioros en la última no fue la mala técnica constructiva empleada; que los efectos antagónicos impiden atribuir a la técnica constructiva la producción de los daños.

Que se agravia porque en la sentencia se desconoce un dato de capital importancia cual es que la labor pericial del experto cuando informa que de haber tenido la casa una adecuada estructura fundacional los daños hubiesen sido sensiblemente menores; también que haya afirmado dogmáticamente que al momento de ejecutar la vivienda 30 años atrás, la construcción respetó los usos y costumbres, tratándose de una afirmación dogmática sin sustento en elemento alguno, que fue refutada además por el juicio lapidario del perito; tampoco que la excepcionales lluvias caídas que causaron la inundación en la profunda excavación no merecieron siquiera una mención en el fallo, pese a que coadyuvaron a la debilitación de la cohesión propia del terreno e influyeron en la producción 7º agravamiento de los daños.

En segundo punto cuestiona la procedencia del resarcimiento de la privación de uso de la vivienda por su enorme significación económica, sin que la juez de grado haya abordado en profundidad su procedencia ni ofrecer respaldo en citas de doctrina ni fallos de jurisprudencia, con el solo fundamento de que “Conceptualmente la privación de uso supone indemnizar el daño que era no

poder usar de la cosa y por todo el tiempo que ello ocurre", definición que considera absolutamente criticable porque tal privación no supone per se la producción de un daño resarcible, aunque esto ocurra de ordinario en la mayoría de los casos, siendo obligación examinar cuidadosamente las circunstancias de cada cuestión particular, en base a elementos de convicción que sean aproados sobre su existencia y cuantía, pudiendo afirmarse que en los presentes ello no aconteció, habiendo sido otorgado en forma automática en toda su extensión, generando agravio irreparable a su parte.

Considera que bajo la apariencia de un reclamo por privación de uso de los actores encubre en realidad un supuesto de lucro cesante, definido por el art. 1069 del C.Civil como la ganancia de que fue privado el damnificado como consecuencia del acto ilícito, entendiendo –como jurisprudencia que cita- que cuando se reclama el lucro cesante se está exigiendo una compensación por ganancias que se han dejado de percibir, extremo que le imponía a los demandantes probar que la vivienda estaba efectivamente destinada a producir rentas, extremo que no concretaron porque allí estaba asentado el hogar conyugal desde hace 30 años, es decir que no constituiría una fuente de ganancias, ni tampoco que hayan alquilado una vivienda de valor similar a la de su propiedad, justificando ya no a título de lucro cesante sino de daño emergente el otorgamiento de una indemnización por privación de uso; que el error de juicio del fallo se demuestra con una sencilla comparación, si se toma como ejemplo el caso de dos automotores, uno destinado al servicio de taxímetro y el otro a las necesidades usuales de transporte del damnificado, en ambos hay privación de uso, pero las repercusiones económicas disvaliosas serán diferentes en cada uno, porque el primero tendrá derecho a una mayor indemnización por la pérdida de ganancias que en forma normal y habitual ya obtenía al momento de producirse el daño, al segundo le bastará con invocar la mera imposibilidad de usar y gozar el rodado como transporte, con las consiguientes incomodidades, molestias, pérdidas de tiempo, sin que sea menester producir prueba acabada y fehaciente, pues el no uso autoriza a presumirlo, más no se pueden equiparar ambos; que la privación de uso de la vivienda no deberá superar el alquiler pactado en el contrato locativo agregado a autos espontáneamente por los actores, celebrado por un departamento, que es la medida exacta del daño sufrido a título de daño emergente, y no lucro cesante, pues todo monto superior representará una fuente indebida de ganancias; teniendo en cuenta el punto inicial para adjudicar un eventual resarcimiento del rubro, no debe ser el mes de julio de 2014, sino el 1° de septiembre de dicho año, fecha de celebración del contrato locativo, por no haber acreditado que realizaran erogación alguna en concepto de alquileres, atento a que como bien se determinó habitaron una vivienda prestada en forma gratuita.

Se agravia en tercer lugar por la indemnización concedida a cada uno de los actores con concepto de daño moral, la que considera exorbitante y no guarda ninguna relación con el daño extra patrimonial sufrido, que es de menor magnitud, en comparación con indemnizaciones acordadas en casos similares y conforme pautas o reglas de doctrina que cita.

Sustanciado el recurso, responden los actores a fs. 774/781, piden se rechace con expresa imposición en costas; respecto a la responsabilidad de la demandada aclara que el fallo le achaca una incorrecta ejecución de los trabajos efectuados, y no señala el yerro ni refuta los fundamentos de la sentenciante respecto a la supuesta deficiencia estructural preexistente en la vivienda, más allá que no se encuentra probadas, y en su caso se deberían haber adoptado las diligencias del caso para que esos daños evitables no ocurrieran.

Considera inconducente el análisis que se realiza sobre el lucro cesante para cuestionar la procedencia de la privación del uso, siendo contestes los testigos que su parte debieron abandonar intempestivamente su hogar, a un departamento que no ofrece la misma comodidad que le otorgaba su propiedad, y la prueba en tasaciones ha establecido cuál es el valor locativo de la propiedad que sirve de base para estimar el rubro.

En relación al daño moral, considera que más allá que la estimación del mismo es facultad del juez, también se acreditó la gravedad del sufrido por los actores que son personas mayores, que debieron dejar el bien, en forma intempestiva, imprevista, y la prueba pericial psicológica da cuenta acabada de tales padecimientos.

III.- Que la sentencia de grado objeto de recurso hace lugar a la demanda promovida por los dos actores, esposos, propietarios de la vivienda, y condenó al demandado a pagarles el costo de la reparación de la vivienda, cuyos trabajos y valores se determinarán por el proceso de ejecución, la privación de uso desde el mes de julio de 2014 y hasta dos meses posteriores al cumplimiento de aquella condena, y la indemnización del daño moral, rechazando la pretensión de la pérdida del valor venal.

Para ello, tuvo por acreditada la conducta negligente del demandado por la ejecución defectuosa de la construcción que provocó grietas, rajaduras y la afectación de la capacidad portante de la vivienda lindera, por no realizarse conforme las reglas adecuadas para prevenir un riesgo cierto y previsible en la edificación vecina; a tal fin sigue el dictamen pericial de que era aquel el que debía prever que estaba excavando un muro que constituiría parte de la base de apoyo de la casa, y esa circunstancia lo obligaba a hacerlo y a submurar de manera progresiva, y con mayor celo, precisamente para evitar que esa construcción antigua pudiera verse afectada por esas tareas; y que no es posible reprochar a los actores las condiciones de construcción de su vivienda pues al

momento de ser ejecutada respetó los usos y costumbres vigentes a ese momento, sin considerar la eventualidad ocurrida 30 años después, de que se construyera al lado un edificio cuyas bases exigían una excavación mayor que la ameritada para una menor.

Conforme tales fundamentos, y acreditado que la vivienda puede ser reparada, hizo lugar a la demanda por el costo de la reparación que debe ser realizada, cuya determinación y costo deberá necesariamente tramitar como ejecución de la sentencia, conforme los daños advertidos por el perito oficial; también considero procedente el rubro privación de uso de la vivienda, considerando que los actores se retiraron de ella en julio de 2014 por ser consistente con la fecha de la comunicación de la Dirección de Obras particulares relacionada a la existencia de riesgo de derrumbe y que esa situación se mantiene en el tiempo, fijando que el costo mensual se calculará desde ese mes y hasta que esté reparada; respecto a la pérdida del valor de venta del bien, fue rechazado en base al dictamen del perito ingeniero por el que si es reparado, no hay motivos para sostener ninguna disminución; finalmente, reconoce la indemnización por daño moral para ambos actores considerando los informes psicológicos y testimoniales producidos, que debieron abandonar el inmueble de manera urgente, que son personas mayores, que vivían en la casa y residían en el barrio desde hace 40 años, y era el centro de su vida familiar y social.

IV.- 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 las partes, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales 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, 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, pag. 466).

Que por razones metodológicas, se analizarán en primer término los agravios de la parte demandada, que principia con el cuestionamiento a la responsabilidad que se le endilga, y de confirmarse ésta, seguir con el abordaje de los restantes, que incluyen la procedencia y cuantificación de los rubros indemnizatorios pretendidos por los actores.

1.- Agravios del demandado: A.-Responsabilidad del demandado. Atribuida a título de culpa (art. 1109 C.C.), a su respecto pregona el recurrente que la juez de grado omitió considerar la prueba que informa la concurrencia que tuvieron los defectos constructivos que afectaban parte de la vivienda en los daños constatados, resaltando que la adecuación a la técnica en otra parte del bien evitó que se produjeran.

Que aun reconociendo el esfuerzo argumentativo, lo cierto es que tal apreciación no desvirtúa el análisis y conclusión que se alcanza en la sentencia, precisamente porque la conducta negligente que se le endilga es no haber anticipado esa posibilidad que ciertamente demandaba un estudio certero y previo del estado del muro del inmueble lindero y del suelo donde se apoyaba, considerando la envergadura e incidencia sobre todo el terreno que generaría una edificación de varios pisos.

Que la adecuada evaluación del caso indica que la actividad de concretar con la consulta profesional para que realice los cálculos y que éste se haya ajustado a la técnica vigente que se le informara, no importa el traslado de la responsabilidad a los propietarios del bien afectado o mitigar la del constructor, máxime si éste no se acreditó que aquel estudio se haya realizado constatando físicamente y en el lugar las condiciones edilicias, el muro lindero, y fundamentalmente, del suelo, para justificar si resultaba aplicable la fórmula que describe a los hechos existentes; y que en la realidad no se hayan concretado los resultados esperados que informan los cálculos, tampoco altera la atribución de culpa, tratándose de un inmueble de mas de 30 años que no había demostrado deficiencias, y es a partir del inicio de la obra del demandado que se producen los daños.

Sin embargo, el mayor déficit de la conducta endilgada al demandado, resulta con meridiana claridad del dictamen del experto, que es asumido por la sentenciante, que cuestiona precisamente la técnica constructiva utilizada, porque a partir de la existencia de un muro de apoyo de una vivienda lindera “la regla no respetada fue la ejecución de las placas de submuración que debía encargarse de transmitir las cargas de la estructura, desde el plano del suelo donde están los cimientos de la casa hasta el plano del suelo más profundo donde se llegue en el edificio, partiendo desde el nivel original del cimiento hacia abajo” y que “En las fotografías puede observarse claramente que se dejó una franja entera el comienzo de la placa y el cimiento de la casa, además de no haberse respetado el principio de excavar y rellenar franjas verticales de 1.25/1.50 mts., dejando firme el equivalente de 3 ó 4 franjas, para luego irse desplazando”. (fs. 562).

En definitiva, la responsabilidad sobre el conocimiento particular de las condiciones del terreno por parte del demandado importaba prever soluciones a realizar para no perjudicar a las construcciones linderas preexistentes, y no escapa a ello incluso la eventual incidencia del clima; es decir, las reglas del arte indicaban haber realizado una previsión técnica distinta a la que adopta y concretó.

“La mala calidad del terreno y de las construcciones vecinas no pueden representar un acontecimiento fortuito, en los términos del

art. 513 y 514 del Código Civil, si se contaba con un estudio serio de los suelos y las casas linderas de antigua data, lo que obliga al director de la obra a actuar con mayor cuidado y previsión y si los perjuicios que debían eludirse eran de entidad económica menor que el costo de los trabajos necesarios para evitarlos, es deber de los responsables hacer frente a aquéllos en la medida justa." Autos: BALAGUER DE VERGE, María Agustina y otros c/BOUZA H. Y CIA. y otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados: Mario P. Calatayud, Juan Carlos G. Dupuis, Osvaldo D. Mirás. -Sala E- 24/08/2000 - Nro. Exp. L.234617

b.- Procedencia y cuantificación del daño por privación de uso: Que no se encuentra controvertido en autos aquello que los actores invocaron al promover la demanda sobre el rubro respecto a que existió una directiva impartida por los funcionario de la Municipalidad el 27 de junio de 2014 por la que, considerando el estado de inseguridad e inhabitabilidad, debieron abandonar su morada y mudarse a un departamento rentado conforme contrato que fue agregado a fs. 601/604, por el que debieron abonar $9000 el primer año y $11.700 el segundo; tanto como que dicha situación se mantiene al no haberse concretado la reparación del bien, y que la juez considera indemnizable hasta dos meses después de que esto último se concrete.

Que el demandado reedita su postulado defensivo (fs. 130 vta /131), que no es mas que una formulación dogmática por la que este resarcimiento procede en los supuestos en que al bien haya estado destinado a una actividad comercial o productiva, e impedidos de percibir una ganancia de su explotación, señalando que en el caso a los actores, el inmueble, no le generaba ninguna renta, porque lo usaban como vivienda familiar, equiparando su conceptualización al del lucro cesante.

Que lejos de tal posición, y como se anticipó, los demandantes acreditaron que existió y existe una efectiva restricción en el uso del bien, que no es conjetural, sino que efectivamente tuvieron que tomar residencia en otro lugar, con la alteración patrimonial que ello importa para aquellos; acreditado el propósito de los actores de utilizar la cosa y que no hayan podido hacerlo por la conducta de la contraparte, no se requiere de mayores recaudos para que el daño quede configurado.

La doctrina mayoritaria tiene dicho que la privación de uso configura de por sí un daño indemnizable y, es aceptable interpretarlo como un juicio de normalidad y de carga probatoria, que basta para demostrar la afectación, porque en general no se tiene la cosa sino para utilizarla, y su indisponibilidad es índice suficiente de la necesidad de remplazarlo; y en su caso, la demostración en contrario la debe proporcionar aquel que se opone a su procedencia.

Siguiendo el mismo ejemplo y análisis que postula el demandado cuando introduce lo que acontece cuando una persona se ve privada del uso de un rodado, con cita de la Dra. Matilde Zavala de González (Resarcimiento de Daños T. 1. Editorial Hammurabi, Edit. Hammurabi, 1991) lo cierto es que ésta adhiere a un criterio amplio para caracterizar la privación de uso como un daño autónomo, distinto del lucro cesante, atento a que este último si requiere de prueba acabada de lo dejado de percibir, distinguiéndose además en que, "si bien se presupone que el perjuicio debe ser cierto, la convicción judicial sobre su efectividad no siempre necesita prueba directa y específica" y agrega que"Frecuentemente, y por el contrario, dicha certidumbre se obtiene por la vía presuncional, sobre la base de juicios de normalidad que atienden al modo en que se presentan las cosa en la realidad ordinaria de la vida".

Desde este punto de vista, no es otra la situación del uso de la cosa, donde es de suponer, por la propia fuerza de aquélla (re ipsa), que no se lo tiene y emplea sino porque cubre una necesidad o reporta alguna ventaja que en el caso de autos, que es esencial para la persona humana, por satisfacer necesidades de vivienda, y la indisponibilidad significa el cercenamiento de la posibilidad de acceder a tales intereses a través de la utilización de la cosa y el consiguiente imperativo para los afectados de recurrir a otro inmueble.

Así, en cualquier supuesto, aunque se haya o no cubierto esa necesidad, hay una lesión valuable económicamente, y el rubro se refiere precisamente a la necesidad de habitar un inmueble similar al que hacían uso y gozaban, y su cómputo debe coincidir desde que la persona se ha visto impedida de ello, de conformidad al Art. 1078 del C.Civil, cuando en su primera parte prescribe que "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses".

El daño que es el resultado del ilícito es, al propio tiempo, la causa directa de tal reparación; con estricto determinismo, entre el perjuicio y la reparación hay una relación directa de causa a efecto que, en el caso, no se ve alterada o modificada por otra condición colocada por los damnificados.

Así este perjuicio se presenta como real y efectivo y como una consecuencia inmediata generada por la imposibilidad de gozar del bien que debe ser reparada (art. 901 C.Civil), aún cuando tales las molestias y angustias causadas por tal privación, también cuentan con entidad para repercutir en la esfera extrapatrimonial de la persona, que también es valorado al analizar y cuantificar el daño moral.

Concurriendo en desarrollo argumental y conclusión que realiza la juez de grado los elementos de análisis expuestos, propiciaré su confirmación.

c.- Cuantificacion del daño moral: Que en primer punto cabe atender que en el rubro se repara la lesión inferida a bienes extrapatrimoniales cuando inciden radicalmente en la incolumidad del espíritu al quebrar el equilibrio emocional de los damnificados, y que en supuestos como el que nos ocupa, tratándose de daños producidos en inmuebles por obras o edificaciones lineras, para que sea procedente, no basta la acreditación de su existencia sino que los daños deben ser de tal magnitud que permitan presumir aquella lesión a los sentimientos o afecciones legítimas.

Que la sentenciante ha efectuado una minuciosa valoración de aquellos elementos probatorios que fueron determinantes como antecedentes para cuantificar los padecimientos sufridos por los actores en ámbito espiritual y esfera de sus sentimientos a raíz de los perjuicios causados en su vivienda por la obra lindera, particularmente por su edad, necesidad de alejarse de su hogar en el que tenían desde hace largos años (30) su desarrollo humano y como pareja, centralizados en el bien sus vínculos sociales, y fundamentalmente los familiares, que es confirmado e ilustrado por en el informe de la perito en psicólogo acerca de la falta de adaptación actual a la situación en que se encuentran (fs. 513/518) y los testigos, que declaran sobre las afecciones generadas conforme registro en soporte informático agregado (fs. 454, 455 y 456).

Que en que en supuestos como el que nos ocupa, en que se ha producido un severo daño en el inmueble que ha tenido repercusiones económicas, tal la impuesta de repararlo, e impedido de ser usado, producto de un actuar ilícito, indudablemente, con impacto en su vida diaria, el agravio moral se presume in re ipsa, con lo que “la dimensión que le asigne el juzgador, dependerá de un conjunto de circunstancias, entre las que cuenta la misma personalidad y situación del afectado, edad, ocupación, trances que se vio necesitado de afrontar y sobrellevar, (p. 236, sum.33, t.2, Hernan Daray, obra citada).

Que en particular, sostiene la Dr. Matilde Zavala de Gonzalez: “En el caso de bienes valiosos y destinados a cierta perdurabilidad, como son las edificaciones edilicias o los automotores, el menoscabo de partes estructurales, a pesar de una refacción, genera una merma en el valor de la cotización, en cuanto dicho menoscabo puede ser advertido con algún mínimo asesoramiento. Atento que las falencias estructurales no son subsanables sin que queden indicios, la desvalorización no queda compensada con lo nuevo, en tanto y en cuanto ser a perceptible el daño fundamental que se causó a lo viejo. La víctima tiene derecho que se le compense el importe de la reposición del bien a su estado anterior, en la medida de lo factible, mas el equivalente a aquella proporción en que tal objetivo no puede alcanzarse. El porcentual de desvalorización se calcula sobre el valor "a viejo", y no "a nuevo". La admisión del daño moral por menoscabo de bienes patrimoniales, posee carácter restrictivo. Solo es procedente cuando hay un interés espiritual o de afección ligado a su goce (independientemente del valor económico, sea de uso o de cambio del objeto). La vivienda es el lugar donde se desenvuelve la cotidiana existencia personal y familiar, al que se ligan, en consecuencia, íntimas afecciones legítimas de sus moradores: es allí "donde se vive". Hay un daño moral cuando el menoscabo tiene significación tal como para que quepa concluir, acorde con el curso natural y ordinario de las cosas, en que ha mediado efectiva trascendencia subjetiva en el actor, perturbando de algún modo esencial y espiritual, la moralidad y plenitud de su vida. (Fallo: 90161700 - Fecha: 05/10/1990 - Tribunal: CAMARA APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL - Fuero: CIVIL Y COMERCIAL - Tipo de proceso: Sentencia - Carátula: GARCIA DE RAMOS MARIA DE S/DAÑOS Y PERJUICIOS TRIBUNAL_ORIGEN ERCIAL PUBLICACION 6 SEMANARIO JURIDICO).

Que en los presentes, si bien no se ha cuestionado la procedencia de la lesión y en la sentencia no se citan pautas para su cuantificación conforme lo estipula el art. 1741 del CCyC (El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”), al dirigirse la crítica del demandado exclusivamente a cuestionar el exceso del monto otorgado con fundamento en diferentes antecedentes judiciales, incluso de esta Sala, tal límite recursivo, habilita atender que en los autos “MOLINUEVO, Magdalena Eugenia c/ OBRAS DEL PLATA SRL y otros s/ daños y perjuicios” (Sent. 11.02.2015- Microjuris.com Cita: MJ-JU-M-92418-AR | MJJ92418 | MJJ92418), al decidir sobre un caso de daños provocados por una edificación lindera que se remonta a los años 2000 y 2002, en que concurre circunstancias equiparables y equivalentes a los presentes (grietas y humedad, imposibilidad de habitar el inmueble familiar, requiriendo tratamiento psicológico,y sin incapacidades físicas ni psíquicas de la damnificada), se admitió la indemnización por el rubro en la suma de $100.000, que fue confirmada en atención a que los recurrentes sólo habían “esgrimido meras discrepancias con el importe establecido en la instancia de grado, circunstancia que lleva a decretar la deserción de sendos recursos (art.265 del Código Procesal)”.

Que cotejando dicha indemnización con la admitida en los presentes, no resulta que ésta sea desproporcionada, máxime cuando se tratan de una reparación de hechos acaecidos hace 12 años, incluso donde se reconoció la indemnización por tratamientos psicológicos, con lo que se habrá de confirmar también la sentencia en este punto.

2.- Agravios de los actores: Pérdida del valor venal. Está fuera de cuestionamiento la posibilidad de que el bien pueda ser reparado de tal forma que el estado de su estructura, estabilidad y finalidad no importe consecuencia futura alguna en relación a su uso para los actores.

Sin embargo, resulta imposible desentenderse de un hecho que dicta la normalidad vinculado a si semejantes antecedentes no importan una afectación en menos su valor de venta, que es lo que indemniza el rubro “disminución del valor venal”, que existe aunque el damnificado nunca llegue a venderlo, por la elemental razón que un bien que integra su patrimonio vale menos que antes, y que se satisface acreditando la pérdida económica conectada al hecho que la provocó (art. 1068 del C.Civil).

La desvalorización venal es un perjuicio actual, es decir, no supeditado ni al previo arreglo del bien, ni a su eventual venta por el propietario, de modo que los intereses también deben correr desde la fecha del daño. (Del voto de la Dra. Zavala de González) Fallo: 90161700 - Fecha: 05/10/1990 - Tribunal: CAMARA APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL - Fuero: CIVIL Y COMERCIAL - Tipo de proceso: Sentencia - Carátula: GARCIA DE RAMOS MARIA DE S/DAÑOS Y PERJUICIOS TRIBUNAL_ORIGEN ERCIAL PUBLICACION 6 SEMANARIO JURIDICO).

Que la juez de grado ha fundado su argumentación siguiendo la evaluación sugerida por el perito ingeniero que hipotetiza sobre el resultado de los arreglos, estima que el valor del bien no tendrá merma, y lo hace en detrimento del análisis y conclusiones de la perito tasadora, quien expresó a fs. 463/465:

“A raíz de los daños sufridos por el inmueble que se encuentra a la vista, a pesar de que se realizaran las reparaciones de la manera aconsejada, es claro que disminuiría el valor del inmueble si el propietario en un momento dado decidiera su venta. Sobre todo teniendo encuentra el alto valor que debería desembolsar un supuesto comprador por la compra del inmueble, y que al momento de la venta debería informarse al comprador de los antecedentes de la vivienda y dejarlo asentado en el instrumento de venta para evitar responsabilidades posteriores. “; Para concluir que “estima como mínimo la disminución del valor venal del inmueble en un 25%”.- que:

Se ha sostenido que, aun cuando el dictamen pericial no tenga carácter vinculante para el juez, éste para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas a través de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado -arg. art. 477, CPCCN.- (conf., Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. IV, p. 720; sala E, R. 1159 del 20/9/1983; sala A, R. 3556 del 13/3/1984; esta sala en sent. libre 132.097 del 28/2/1994, sents. libres 156.750 y 164.398, ambas del 11/5/1995; sent. libre del 29/2/1996, entre otros).

Y aunque las reglas de la sana crítica permiten establecer cuándo el examen pericial debe ser estimado o dejado de lado por el tribunal, a los jueces les está vedado sustituir la opinión de los peritos por sus propios conocimientos técnicos, artísticos o científicos o rechazar la pericia correctamente fundada a la que no cabe oponer pruebas de igual o mejor fuerza de convicción.

Cualquiera que sean los conocimientos que pueda tener el juez, éste no puede actuar como perito (con f. Enrique Falcón, "Tratado de la prueba", t. II, Bs. As., 2003, p. 85, § 429; Palacio, "La prueba en el proceso penal", Bs. As., 2000, p. 152).

Considero que los factores relacionados por la experta constituyen sustancialmente la causa del menor valor venal que sufre la propiedad de los actores, es decir la disminución de su apreciación objetiva y sobre ella no debe prevalecer la opinión vertida por otro perito que no posee incumbencia en la materia, también insuficiente para enervar el dictamen anterior al no desarrollar argumentos técnicos que no supera la de una mera apreciación sobre el punto.

Luego, resulta insuperable su opinión respecto a la incidencia que habrá de tener en la valoración de cualquiera persona que pretenda adquirir el bien y el conocimiento acerca de los defectos estructurales que alguna vez sufrió el bien, tanto como la obligación de informar los daños que aquí se comprobaron que son reflejados en las fotografías agregadas a fs. 640/650 y 653/664, más allá de que puedan ser reparados, desde que su omisión podría llegar a generar responsabilidad.

Que por lo expuesto, y limitado a la depreciación al monto estimado por la construcción ($3.504.000), conforme el porcentual dictaminado del 25%, la demanda prospera en el rubro por la suma de $876.000.

Y en orden al momento en que se realizó la tasación, 30 de abril de 2015, propicio que los intereses se devenguen desde dicha fecha hasta el efectivo pago, a la tasa del 12% anual, por resultar relevante la naturaleza de la pretensión a la que se adicionan accesorios, un crédito que vinculada a la oferta y demanda de un bien no fungible ni consumible, que no es de fácil realización en el mercado por los mismos importes que fueron informados, que no se puede equiparar con la activa en que se integran con componentes compensatorios por el uso del dinero ajeno en el mercado crediticio y por la privación temporaria del capital.

V.- Por las consideraciones expuestas, propiciaré al acuerdo la confirmación de la sentencia de grado, y procedente la apelación de los actores hacer lugar a rubro perdida del valor venal del inmueble por la suma de $876.000, elevando el monto de condena a la suma de $ 1.282.000, con más los intereses especificados en aquel pronunciamiento y en el presente.

VI.- Las costas se impondrán íntegramente al demandado en su calidad de vencido (art. 68 CPCyC), fijándose los honorarios devengados en la Alzada en el 35% de los que se regulen para la instancia de grado para el letrado de la parte actora, y en el 30% para el de la demandada, debiéndose computar conjuntamente las tareas que se hayan en el mismo carácter (ar. 15 L.A. vigente).

TAL MI VOTO.

El Dr. Ghisini, dijo:

Que habré de disentir parcialmente con el vocal que me precedió en el voto, en relación a la procedencia del rubro “pérdida del valor venal” del inmueble y propiciar su rechazo en función de las consideraciones que expondré a continuación.

En efecto, para que proceda la indemnización por pérdida del valor venal del inmueble, es necesario demostrar de manera clara y concreta que el mismo a pesar de las reparaciones que se le efectúen, ha perdido el precio que tenía con anterioridad al suceso objeto en autos.

Precisamente, quien está en mejores condiciones de verificar a través de la aplicación de sus conocimientos técnicos y específicos, en qué condiciones quedará la propiedad una vez reparado, es el perito Ingeniero Civil, y no el tasador que no tiene conocimientos técnicos sobre cuestiones de estructura, densidad, estudio de suelos, etc., que son propias del primero.

Por lo tanto, al menos en esta etapa en donde el inmueble no ha sido reparado y se debe llevar a cabo toda la tarea de planificación a fin de llevar adelante las obras de ingeniería a los fines de reparar los defectos provocados en la propiedad, considero que tiene mayor peso el dictamen técnico emitido por el perito ingeniero civil que el del perito tasador (martillero).

Observo que el ingeniero civil Luis Augusto López, elabora un dictamen exhaustivo y fundado sobre los puntos sometidos a su estudio –a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad-, y en lo que aquí nos interesa, a fs. 426 manifestó: “Es posible reparar el inmueble, dejándolo con iguales o superiores condiciones de seguridad (previendo el cumplimiento de las normas CIRSOC vigentes para la zona) y de durabilidad en el tiempo...”

A fs. 433, en relación al valor venal del inmueble una vez realizada las obras de reparación, dijo: “Entiendo que ejecutadas completa y correctamente las obras de reparación y remediación de los daños la vivienda no sufriría una pérdida de su valor venal, más bien opino que la valorizaría porque le garantizaría una estructura sismorresistente y fundaciones nuevas, correctas y de acuerdo a normas, pero también digo que desconozco, por no ser de mi competencia, que reacción provocaría el conocimiento de esos daños (aunque estén correctamente reparados) en posibles interesados en comprar”.

Considero que, independientemente de que el perito Ingeniero haya sido cauto al manifestar que la valuación de la vivienda en el mercado no es de su competencia, su dictamen nos ha brindado pautas claras de que si el inmueble se repara quedaría aun en mejores condiciones, garantizándose una estructura sismorresistente, con fundaciones nuevas, por lo que a mi entender, al ser condenada la demandada a la reparación de los daños ocasionados, no se dan los recaudos que habilitarían la indemnización por pérdida del valor venal.

En tal sentido, la jurisprudencia ha dicho: “Este concepto –pérdida del valor venal- implica que el bien sufra un deterioro o falla permanente que incida en la disminución de su valor, y no un mero desajuste transitorio que pueda ser solucionado con una obra de reparación adecuada. Si las obras de restauración del bien inmueble lo vuelven a su estado anterior, estéticamente similar y sin fallas estructurales que impidan la obtención de su fin propio (habitabilidad, esparcimiento, etc.), no puede acordarse una indemnización habida cuenta que no se configura un perjuicio en tal caso. De allí que deba rendirse prueba concluyente acerca de lo peticionado, es decir, de la pérdida o perjuicio sufrido, ya que por su naturaleza no es susceptible de ser presumido. El informe pericial nada dictamina sobre el punto toda vez que en el cuestionario propuesto por la parte actora no se peticiona una aclaración sobre la cuestión de esa pérdida del valor. Asimismo se observa que la actora no ha producido prueba acerca del valor real y actual de su departamento, como tampoco de eventuales ofertas de venta del mismo, cotizaciones en inmobiliarias del medio, avisos clasificados, etc. y mucho menos de que efectivamente lo haya vendido, como para, en base a tales valores, tener una idea aproximada de si, en los hechos, se vio o no perjudicada en este punto. De acuerdo a un principio básico en la materia, no puede resarcirse un daño eventual o hipotético, sino cuando el mismo se patentiza o cristaliza en los hechos y en estos caso, cuando se trata de negociaciones inmobiliarias, el bien puede o no sufrir una disminución de su valor según las necesidades o expectativas de un eventual comprador, por lo que es en definitiva imprescindible demostrar en forma acabada y concluyente que el bien se ha vendido (u ofrecido vender) a un precio menor que el que hubiera tenido en plaza si no hubiese sufrido las fallas ocasionadas por las infiltraciones. Nada de ello ha sido acreditado en autos, correspondiendo en suma, desestimar este rubro conforme a lo considerado precedentemente.” (DRES.: ACOSTA - IBAÑEZ. YAÑEZ MARIA ELENA DEL ROSARIO c/ CONSORCIO DE PROPIETARIOS EDIFICIO MENDOZA Y MUÑECAS Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOSTIVA ENTE DE APELACIONION DE LA LIBERTAD AGRAVADA EN CONCURSO REAL ADO DE TENTATIVA, Fecha: 30/09/2014, Sentencia N°: 442, Cámara Civil y Comercial Común - Sala 3).

Por lo expuesto, como ya lo adelantara, disiento con el voto de mi distinguido colega, en cuanto hace lugar al rubro “pérdida del valor venal del inmueble”, adhiriendo al voto en todo lo demás.

En función del resultado obtenido, las costas correspondientes a la segunda instancia se impondrán en el orden causado.

TAL MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con la Dra. Cecilia Pamphile quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos expuestos por el Dr. Ghisini, adhiero a su voto pronunciándome en idéntico sentido.

Por lo expuesto POR MAYORIA,

SE RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fecha 19 de agosto de 2016 –fs. 707/725-, en lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

3.-Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"CONTRERAS DARIO C/ CABRERA AGUSTIN RAMON S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 504546/2014) – Sentencia: 120/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.

CONTRATO DE MEDIERIA. FORMA. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- La mediería existe cuando una de las partes se obliga a aportar un predio rural para que la otra lo destine a la explotación agrícola en cualquiera de sus especializaciones, contribuyendo ambas en forma equivalente con el capital necesario, y con los gastos de explotación, con igualdad de poderes de dirección y administración de la empresa agraria, y con el objeto de repartirse los frutos en partes iguales también. (BREBBIA, Fernando, MALANOS, Nancy, "Tratado Teórico Práctico de los contratos agrarios" Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1997, pág. 110).

2.- Como principio general el contrato de mediería se debe redactar por escrito, y en caso de que no se hubiese hecho de tal forma, el artículo -40 de la Ley de Arrendamientos Rurales y Aparcerías N° 13.246, modificado por la Ley 22.298- consagra la posibilidad de que su existencia se acredite con otros medios de prueba. Efectuada dicha aclaración y ante la inexistencia de un contrato por escrito que demuestre la mediería, corresponde verificar si en la causa se ha probado su existencia a través de otros medios de prueba.

3.- El hecho que en la chacra del demandado se hayan realizado ciertos trabajos, como el de nivelación y emparejamiento del terreno, no implica que estos trabajos hayan sido con motivo de la mediería, pues una cosa es acreditar la realización de tareas agrícolas y otra muy distinta es probar que las mismas han sido llevadas a cabo en virtud de la existencia de un contrato

como el que invoca el actor.

4.- Las testimoniales brindadas en la causas resultan insuficientes para acreditar la existencia del contrato invocado, pues se trata de la descripción de actividades que habitualmente se realizan en un predio rural y que no implican por parte de sus hacedores la existencia de un contrato asociativo con su dueño, pues para ello, ante la inexistencia de contrato escrito, se debe demostrar que el vínculo existente entre las partes es de tipo asociativo, en donde ambas contribuyen con los costos de producción a fin de beneficiarse con el producido de dicha explotación.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CONTRERAS DARIO C/ CABRERA AGUSTIN RAMON SOBRE COBRO ORDINARIO DE PESOS", (JNQCI5 Expte. Nº 504546/2014), venidos en apelación a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando M. GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de primera instancia que luce a fs. 170/174 y vta., rechazó la demanda instaurada por cobro de pesos y le impuso las costas a la parte actora en atención a su condición de vencida.

Para así hacerlo la a quo sostuvo: "En el caso, ante la negativa formulada por el demandado, ninguna prueba aportó el actor que permita siquiera presumir que entre ambos existía un contrato de mediería, como alega el actor. El demandado niega los hechos expuestos por el actor, especialmente adeudarle suma alguna; reconoce el contrato de comodato, pero dice que el mismo sólo alcanzaba a la vivienda ubicada dentro del predio de su chacra, no habiéndose suscripto ni acordado en forma verbal ningún contrato de mediería, como alega el actor".

Esa sentencia es apelada por el actor a fs. 178, cuyos agravios obran a fs. 184/188, siendo contestados por la contraria a fs. 191/192, solicitando su rechazo con costas.

II.- Se agravia el accionante porque considera que la sentencia se ha apartado de la normativa aplicable, jurisprudencia y doctrina vigente, al sostener que no ha logrado probar que el Sr. Cabrera le adeude la suma de dinero reclamada en autos, solo por el hecho de no existir la versión escrita del contrato de mediería rural.

Indica, que con la pericia practicada se ha demostrado que en el cuadro oeste del último sector de la chacra, se observan vestigios de una pastura de alfalfa, de una siembra reciente de 3 a 4 años de antigüedad, fecha a la que hace referencia su parte y que actualmente se encuentra por el paso del tiempo cubierta por pastos naturales.

Sostiene, que también ha quedado acreditado que si se hubiese continuado con la producción normal se habrían sacado alrededor de 630 fardos al año. Y que se probó que el área destinada a la explotación de pasturas es de 1,5 hectáreas, y que el terreno ha sido nivelado, limpiado y preparado para la siembra y riego.

Añade, que ésta última circunstancia quedó probada por testigos.

Menciona que se acreditó que la tarea de emparejamiento, limpieza y nivelación del terreno para siembra, tiene un costo que asciende a $53.394. Y calcula que para 1,5 hectáreas de producción se utilizaron fertilizantes y semillas por un costo que asciende a $9.405.

Expresa que las declaraciones testimoniales coinciden en afirmar que entre los Sres. Contreras y Cabrera había un arreglo, convenio o contrato.

Señala, que de la declaración de Antonio Ferragut surge que éste testigo conocía a ambas partes; que vio trabajando al Sr. Contreras en la chacra; que la actividad que realizaba eran cortes de alfalfa; que el tiempo que estuvo en el lugar fue de julio a diciembre de 2012; que el Sr. Cabrera no pagó ninguna contribución a Contreras por el trabajo que realizaba, y que éste vivía en la chacra de Cabrera.

Dice que del testimonio del Sr. Luis A. Machio (fs. 115/116), se desprende que lo conoce a Darío Contreras como vecino, y que en su momento le requirió que le corte la alfalfa en un cuadro de propiedad de la chacra de Cabrera. Que por el trabajo realizado de corte y enfardado de los cuadros de alfalfa, cobraba en efectivo y se lo pagaba Contreras. Que Contreras vivía en la casa de Cabrera y que estaba como cuidador, y que además de trabajar en la chacra de éste último, también cuidaba la misma. Que

Cabrera siempre permitió el ingreso del testigo para hacer los cortes de alfalfa y que una vez que no se encontraba más el Sr. Contreras, el testigo siguió haciendo cortes y recolección de alfalfa pero para el Sr. Cabrera, y el trabajo era abonado por el propietario de la chacra –Cabrera-.

Entiende, que ha quedado acreditado que el demandado siguió lucrando con los fardos de alfalfa, luego de haber resuelto intempestiva y unilateralmente el contrato de mediería con el Sr. Contreras.

Afirma, que con el testimonio de Ricardo Elías Gutiérrez se ha demostrado que el Sr. Contreras realizaba tareas de pastura en la chacra, que tenía animales de él, y que cuidaba los animales de Cabrera. Que Contreras vivía circunstancialmente en la vivienda de la chacra, puesto que tenía su propia casa. Que el Sr. Contreras no recibía ningún pago o retribución por los trabajos que realizaba ni por cuidar la chacra. Que estuvo en la chacra desde el año 2012 al 2013.

Señala, que con el testimonio del Sr. Agustín Mariano Sheridan, quedó probado que el Sr. Contreras le encomendó la tarea de preparación del suelo para una futura plantación de alfalfa. Que el testigo realizó bajo las órdenes de Contreras los trabajos de sacar las raíces de los frutales, emparejar, moler la tierra, hacer los bordes para el riego. Que preparó todo para poder realizar una buena plantación de alfalfa y que todo lo hizo el testigo. Aduce, que en autos fue la única audiencia filmada, y de la observación de la misma, queda evidente la veracidad de lo relatado.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, advierto que de los hechos expuestos en la demanda se desprende que al invocar un contrato de mediería, se reclaman al demandado importes correspondientes a: gastos por $37.500 (contratación de maquinarias, mano de obra, insumos, herramientas); lucro cesante por $101.000 y daño moral por $3.000 (apropiación de animales y por la forma en que se echó al actor de la chacra); por tanto, la suma total reclamada asciende a $141.500, con más sus respectivos intereses.

Corresponde analizar en primer lugar, sí, conforme a los hechos expuestos por el actor y en función de la prueba recolectada en la causa, éste ha logrado o no acreditar la existencia del contrato de mediería, para luego, en una segunda etapa verificar si se ha probado la existencia de los motivos invocados por el apelante como fundamento del reclamo de autos.

Ahora bien, la mediería existe cuando una de las partes se obliga a aportar un predio rural para que la otra lo destine a la explotación agrícola en cualquiera de sus especializaciones, contribuyendo ambas en forma equivalente con el capital necesario, y con los gastos de explotación, con igualdad de poderes de dirección y administración de la empresa agraria, y con el objeto de repartirse los frutos en partes iguales también. (BREBBIA, Fernando, MALANOS, Nancy, “Tratado Teórico Práctico de los contratos agrarios” Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1997, pág. 110).

Este contrato está regulado por la Ley de Arrendamientos Rurales y Aparcerías N° 13.246, (sancionada en 1948 y modificada por la Ley 22.298 en el año 1980), y en su art. 21, luego de definir al contrato de aparcería, en su segundo párrafo establece: “Los contratos de mediería se regirán por las normas relativas a las aparcerías, con excepción de los que se hallaren sometidos a leyes o estatutos especiales, en cuyo caso les serán, asimismo, aplicables las disposiciones de esta ley, siempre que no sean incompatibles con aquéllos”.

En cuanto a la prueba de los contratos de mediería, el art. 40 de la citada ley dispone: “Los contratos a que se refiere la presente ley deberán redactarse por escrito. Si se hubiese omitido tal formalidad, y se pudiere probar su existencia de acuerdo a las disposiciones generales, se lo considerará encuadrado en los preceptos de esta ley y amparado por todos los beneficios que ella acuerda...”.

De la norma transcripta se desprende que como principio general el contrato de mediería se debe redactar por escrito, y en caso de que no se hubiese hecho de tal forma, el artículo consagra la posibilidad de que su existencia se acredite con otros medios de prueba.

Efectuada dicha aclaración y ante la inexistencia de un contrato por escrito que demuestre la mediería, corresponde verificar si en la causa se ha probado su existencia a través de otros medios de prueba.

Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta la prueba producida, adelanto que el apelante no ha logrado acreditar la existencia del contrato de mediería a los fines del reclamo de las sumas peticionadas en autos.

Así, en el único contrato incorporado por el actor (v. fs. 3), se observa que celebró un contrato de comodato con el Sr. Cabrera. Esta circunstancia no demuestra de manera alguna la existencia del contrato invocado por el apelante.

En cuanto a la prueba pericial en ingeniería (fs. 103/107), a la que hace referencia el recurrente, debo decir que no comparto ninguna de las conclusiones sostenidas por él.

En efecto: más allá de algunas consideraciones efectuadas por el perito en relación a los vestigios de pasturas de alfalfa y en cuanto al rendimiento que pudiera haber generado su producción, ello no resulta suficiente, ni siquiera como indicio, para tener por acreditada la existencia del contrato de mediería.

El hecho que en la chacra del demandado se hayan realizado ciertos trabajos, como el de nivelación y emparejamiento del terreno, no implica que estos trabajos hayan sido con motivo de la mediería, pues una cosa es acreditar la realización de tareas agrícolas y otra muy distinta es probar que las mismas han sido llevadas a cabo en virtud de la existencia de un contrato como el que invoca el actor.

Por otra parte, el hecho que en la pericia se detallen costos de fertilizantes, de semillas y de utilización de maquinarias, ello no implica necesariamente que tales gastos hayan sido realizados y que respondan a la existencia de un contrato de mediería.

En cuanto a las declaraciones de los testigos que menciona el apelante, entiendo que son insuficientes para acreditar la existencia del contrato que motiva el reclamo objeto de autos.

Así, del testimonio del Sr. Antonio Ferragut, observo que el hecho de que conozca a las partes del pleito; que haya manifestado que vio trabajando al Sr. Contreras en la chacra, cortando alfalfa; que haya señalado que al tiempo en que estuvo en el lugar -julio a diciembre del año 2012- el Sr. Cabrera no pagó ninguna contribución por el trabajo realizado por Contreras, resulta a mi entender insuficiente para acreditar el contrato de mediería.

Ello, en función de que el hecho que el Sr. Ferragut haya visto a Contreras en la chacra realizando trabajos, no implica necesariamente que entre las partes haya existido un contrato como el que invoca el actor, pues la presencia del Sr. Contreras en la chacra del demandado puede obedecer a diversos motivos, entre los que se encuentra, el de comodato, tal como se acredita con el contrato de fs. 3.

Por lo tanto, dicho testimonio resulta insuficiente para acreditar la existencia de mediería, pues el testigo más allá de describir que vio al Sr. Contreras realizar algunos trabajos en la chacra, no mencionó nada acerca de la existencia de un acuerdo de tipo asociativo entre actor y demandado, ni hizo ninguna referencia concreta sobre algún acuerdo existente con respecto a los gastos de producción y participación en las ganancias, características propias que hacen a la existencia de este tipo de contratos.

A idéntica consideración, arribaré en relación a los dichos del Sr. Luis A. Machío, pues si bien manifestó que él era el encargado de hacer cortes y enfardados de alfalfa y que tal trabajo había sido requerido y abonado por el Sr. Contreras, ello resulta insuficiente, ya que el hecho que el trabajo haya sido encargado por quién en función de un contrato de comodato, vive en la chacra donde se van a realizar los mismos y hayan sido abonados por éste, no implica que entre actor y demandado exista un contrato de mediería.

Para que ello sea así, debe acreditarse la existencia de elementos constitutivos de la autonomía de la voluntad –no hechos aislados- que demuestren que aun ante la falta de un contrato escrito, las partes han convenido celebrar uno del tipo asociativo a fin de participar en los gastos de producción para la concreción de una explotación agraria común, con la finalidad de dividir su producción.

Advierto que esta última circunstancia no ha sido demostrada con ninguno de los restantes testigos rendidos en la causa, a los que me referiré seguidamente.

Amelia Cibrian, si bien expone que Contreras estuvo trabajando la tierra en la chacra de Cabrera, que realizó plantación de alfalfa...son hechos que dentro del contexto existente en autos, en donde entre las partes existía un contrato de comodato sobre el inmueble ubicado en la chacra, resulta insuficiente para acreditar la existencia de mediería. Ello en función de que no debe perderse de vista que este tipo de contrato se caracteriza por la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes, para emprender una explotación agrícola común y dividirse su producido.

A idénticas consideraciones arribo con respecto a los testimonios de los Sres. Ricardo E. Gutiérrez y Agustín Mariano Sheridan. El primero si bien expuso que Contreras realizaba tareas de pastura en la chacra, que tenía animales de él, que cuidaba los animales del Sr. Cabrera y que vivía circunstancialmente en la vivienda de la chacra. El segundo, que Contreras le encomendó la realización de tareas de preparación del suelo para la futura plantación de alfalfa, sacar raíces de frutales, emparejar, etc.

Tales testimonios resultan insuficientes para acreditar la existencia del contrato invocado, pues se trata de la descripción de actividades que habitualmente se realizan en un predio rural y que no implican por parte de sus hacedores la existencia de un contrato asociativo con su dueño, pues para ello, ante la inexistencia de contrato escrito, se debe demostrar que el vínculo existente entre las partes es de tipo asociativo, en donde ambas contribuyen con los costos de producción a fin de beneficiarse con el producido de dicha explotación.

En autos tampoco obra prueba documental (recibos) que acrediten los gastos realizados por el actor con motivo del contrato de mediería que dice haber celebrado con el demandado, circunstancias éstas que tornan huérfanas de pruebas a las circunstancias fácticas expuestas como fundamento del reclamo perpetrado en autos.

Consecuentemente, en función del análisis realizado, y al compartir los fundamentos de la sentencia de grado, propondré al acuerdo el rechazo del recurso.

IV.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se confirme la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido motivo de

recurso y agravios, con costas a cargo de la actora, atento a su carácter de vencida (art. 68 del CPCyC), correspondiendo regular los honorarios conforme art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

El Dr. Medori, dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 170/174 y vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese 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

"CARCAMO EDITH ELIZABETH C/ SIMAN MENEM LAILA HERMINIA DEL CARMEN S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 411969/2010) – Sentencia: 125/17 – Fecha: 27/07/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

ACOSO LABORAL. MOBBING. PRUEBA. HORAS EXTRAS. CARGAS FAMILIARES. DIFERENCIAS SALARIALES.

1.- No habrá acoso por ejercitar, de forma legítima, el poder directivo o disciplinario. No habrá acoso por adoptar decisiones razonables sobre la organización del trabajo en la empresa que afecten a los trabajadores, por incrementar los sistemas de control sobre la realización de la actividad laboral -lo que facilitan las nuevas tecnologías- o por indagar si el trabajador ha incurrido en un incumplimiento contractual.

2.- Quien alega la existencia de acoso laboral debe presentar los indicios de los que pueda desprenderse el mismo: es indispensable probar los hechos (aún indiciarios) en los que se fundan las afirmaciones y, en un estadio –si se quiere, anterior- es exigible que se describan concretamente las conductas desplegadas por quien, se dice, ofició de acosador y cómo, en el caso, se configuró tal situación. Y, la posición actoral que requería un mínimo esfuerzo argumentativo para demostrar a este Tribunal la dinámica de lo que considera ha sido una situación de mobbing, adolece de imprecisiones y vaguedad que impiden crear la convicción necesaria acerca de su existencia.

3.- Se debe ser muy cautelosos a la hora de analizar la existencia de patologías como las experimentadas por la actora y su relación de causalidad.

Los testimonios brindados y lo reseñado en el informe pericial psicológico, se contradicen con el objetivo principal del mobbing que la actora indica en su demanda, pues si en tal oportunidad se expresó que el objeto principal del mobbing es la exclusión de la actora del mercado laboral, la actitud de la demandada de ir a buscarla a su casa y pedirle que regrese a trabajar, dista mucho de aquella finalidad.

4.- Debe rechazarse el agravio relativo a las horas extras, si resulta su reclamo impreciso e improbado.

5.- En relación a la prueba de las cargas de familia, le asiste razón a la apelante, en función de que se trata de un hecho reconocido por la demandada, y al estar a cargo de la actora sus dos hijas, conforme detalla en su telegrama, corresponde, por aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo, y ante falta de pago de dichos haberes, acoger favorablemente el reclamo salarial efectuado.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CARCAMO EDITH ELIZABETH C/ SIMAN MENEM LAILA HERMINIA DEL CARMEN S/ COBRO DE HABERES” (JNQLA3 Expte. Nº 411969/2010) venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Patricia M. CLERICI -por recusación del 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 hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta y condenó a la demandada a abonar a la actora la suma de $4.764, con más los intereses determinados en el considerando respectivo; dicha condena consistió, además, en la entrega de los certificados del art. 80 LCT y de cesación de servicios (art. 12 Ley 24241), e impuso las costas a la accionante en un 80% y a la accionada en un 20%.

En esa sentencia que luce a fs. 237/245 vta., se consideró que no se han comprobado las conductas de hostigamiento o violencia moral invocadas en la demanda, ya que el estado psicológico/emocional de la demandante, según se desprende de la pericia realizada, no fue consecuencia de los hechos que motivaron la Litis, razón por la cual se rechazó el despido por injustificado, y con ello las indemnizaciones peticionadas.

Vale decir, que se rechazaron las indemnizaciones del art. 231 y siguientes y del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, por tal motivo devino abstracto expedirse respecto del daño moral; no se hizo lugar al incremento del art. 1 de la Ley 25.323, ni a la multa del art. 2 de la Ley 25.323, ni a las diferencias salariales, horas extras, etc. En definitiva solo prosperó la acción por la sanción prevista en el art. 45 de la Ley 25.345, por la suma de $4.764.

A fs. 250/258 vta. la parte actora interpone y funda recurso de apelación.

Con la finalidad de arribar a un acuerdo, conforme facultades conferidas por el art. 36 del Código Procesal, se convocó a las partes a una audiencia, la cual se llevó a cabo a fs. 270, y luego de un cuarto intermedio comparecen nuevamente a fs. 279, sin que se pudiera arribar a un acuerdo satisfactorio para ambas.

II.- En su recurso, sostiene la demandante que la sentencia se encuentra plagada de contradicciones, y que sus fundamentos son deficientes.

Afirma, que el apartamiento de las constancias de la causa, la errónea valoración y la omisión de valorar la prueba, le han impedido al juzgador la adecuada subsunción de los hechos en la norma que en derecho resulta aplicable.

Considera, que se ha acudido a la utilización de preceptos y presunciones que no se encuentran autorizadas para el supuesto de marras, todo lo cual implica un inaceptable apartamiento del derecho vigente, en desmedro de los derechos de defensa en juicio y debido proceso de su representada.

Entiende, que se ha efectuado una errónea aplicación e interpretación de la norma, en cuanto a que se debió evaluar y demostrar cómo se encontraba acreditado que tal relación era de dependencia, y por ende, como se configuraban las características y elementos que la denotan, esencialmente la subordinación de la actora con la demandada.

Interpreta, que mediante tal errónea aplicación, el a quo ha violado elementales reglas procesales que constituyen garantías del

debido proceso y de la defensa en juicio, por cuanto, al proceder de ese modo, ha efectuado una injustificada inversión de la carga de la prueba, vulnerando lo preceptuado por el art. 377 del Código Procesal.

Refiere, que habiéndose acreditado que el horario de trabajo jamás fue respetado por la demandada, ya que obliga a la actora a ingresar a desempeñar sus tareas a las 7,30 hs., cuando su horario de salida era incierto -17 hs., 18 hs., 19 hs.-, y jamás se le abonaron horas extras, aun cuando fuera intimada.

Aduce, que la testigo Arbert, ratifica que sucesos extraños se han repetido en las oficinas del Registro Notarial y del Registro del automotor a cargo de la empleadora, a lo largo de toda la relación laboral, como: robo de escrituras, irregulares depósitos de tasas abonadas por los clientes en el Banco Provincia del Neuquén, inspecciones llevadas a cabo por la Dirección Nacional de Propiedad Automotor por radicación de automotores mellizos, etc.

Expresa, que la actora jamás había sido sancionada ni apercibida, y fue continuo blanco de ataques constantes a su persona, creando un calvario dentro de su lugar habitual de tareas, mediante hostigamiento, persecución, maltrato y humillación, sin causa justificada ni aparente.

Señala, que fue víctima de represalias a su persona, por no prestarse a las manipulaciones y juegos perversos de la empleadora, quién la amenazaba con la pérdida de la fuente de trabajo ante cada ocasión. Y también, insultaba y amenazaba al personal ante su presencia y a escondidas, profiriendo gritos y amenazas del más bajo calibre, siendo ellas irreproducibles.

Expone, que aquí comienzan para la actora los problemas de salud: taquicardia, angustia, depresión, vómitos, etc.

Dice, que la empleadora no le permitía recuperarse o comenzar con sus tratamientos médicos, ya que debía trabajar hasta las 17 o 18 hs., y que además, el horario afectaba gravemente el contacto de la actora con su familia, especialmente con sus hijas de corta edad.

Cuestiona la sentencia, en cuanto afirma que no probó que la actora tuviera hijos, toda vez que de los recibos de haberes surge que se le abonaban los rubros obligatorios por hijo, conforme lo establece el CCT.

Indica, que otro elemento más para considerar dentro del plan de hostigamiento general, es que comienza a padecer hemorroides nerviosas sangrantes, por lo que debe guardar reposo en su hogar. Añade, que a la única trabajadora en la historia laboral de la demandada a la cual se le envía un médico a su domicilio para certificar su dolencia es a la actora, para verificar la veracidad de sus dichos.

Describe, que como consecuencia de la grave situación sufrida por la actora, la Dra. Olga Orellana le diagnostica: “crisis de ansiedad como consecuencia de la situación laboral”; El Dr. Armando Fernández Arévalo, el 17/06/08, prescribe f43.20 y z, 56.7 DSM IV, y le indica reposo por treinta días; la Dra. Olga Orellana, le señala nuevamente reposo laboral por el cuadro de distress laboral padecido 20-06-08, requiriendo atención psiquiátrica; el Dr. Fernández Arévalo le da treinta días de reposo por DSM IV de graves síntomas que la acompañan hasta hoy: problemas respiratorios, alergias y erupciones en todo el cuerpo, hipertensión, cuadros de ansiedad, depresión, etc.

Agrega, que los certificados médicos que avalan lo expuesto en el párrafo anterior son ratificados en autos por cada uno de los especialistas y no han sido desconocidos por la demandada.

Alega, que en el certificado de fs. 121/122, el Dr. Fernández Arévalo determina que la actora padece: “ansiedad oral que le genera aumento de peso corporal, distanciamiento afectivo de su esposo y dificultad para dormir”; el 12-6-08 retoma con la siguiente sintomatología: zumbido en los oídos, agorafobia, hipertensión arterial, pone de manifiesto un conflicto laboral en el que según refirió era excluida, desplazada y ridiculizada por su jefa...Este tema ocupo todo el año de tratamiento siendo muy difícil de superar el estado psíquico que padecía debido a que toda su vida giraba en torno al sufrimiento ocasionado por el conflicto laboral mencionado. La imposibilidad de volver al trabajo por temor a su jefa”; todo lo cual es ignorado por el juez de primera instancia en forma injustificada, no respetando los derechos esenciales de debida defensa en juicio y carga dinámica de la prueba.

Asimismo, trae a colación el dictamen psicológico obrante a fs. 180/182, emitido por la Lic. Silvia Salvarezza.

Menciona, que con los testimonios de Julia Salome Parsons; Irma Elizabeth Fernández, Mirma Eliana Arbert; Rubén Darío Fernández y Mirta Graciela San Martín, se ha logrado acreditar el acoso y maltrato que provocaron la enfermedad de la accionante.

En cuanto a las horas extras, dice que todos los testigos han visto, tratado y recibido documentación perteneciente al Registro Automotor donde trabajaba la actora, fuera del horario normal y habitual de trabajo.

Manifiesta, que la carga de la prueba de llevar registros o libros de horas extras se encuentra a cargo del empleador. Por tanto, al intimar a la demandada a adjuntar el registro de horas extras y no presentarlo, se debe aplicar la presunción del art. 55 y ss. de la LCT.

Cuestiona por altos, los honorarios regulados a la letrada de la parte accionada, por lo que solicita su reducción.

Sustanciado el recuso con la parte contraria, no fue contestado.

III.- Previo a introducirme en el análisis de los agravios, debo brindar algunas consideraciones en relación al mobbing laboral, y en tal sentido en un caso similar de la Sala I de esta Cámara, en el expediente “Cejas, Flavio O. c/ Saturno Hogar S.A. y otro s/ Cobro de Haberes” (366711/8), la Dra. Pamphile dijo: “Sostiene Navas que “...El mobbing o acoso laboral implica para el trabajador un sometimiento a diferentes agresiones dentro del ambiente laboral que se extienden desde descalificaciones hasta actos discriminatorios por razones de sexo, religión, raza, etc. que provocan en el mismo un desequilibrio emocional produciendo una merma en su capacidad productiva que concluye o así puede suceder con la pérdida del trabajo e incluso hasta con su propia vida, conforme a la personalidad de cada operario y el grado de resistencia a tales comportamientos nocivos que pueden provenir tanto del empleador en forma directa o por intermedio de sus representantes o empleados jerárquicos o bien, por compañeros de trabajo de la persona víctima del acoso: se trata de una conducta dolosa, ya que existe una intención directa de perjudicar emocionalmente al trabajador con repercusión de naturaleza patrimonial, materializándose en la afección a su integridad psicofísica o espiritual, es decir, afectando a su espíritu, a su estado de ánimo, configurando un daño moral”.

"El "mobbing" se caracteriza por la repetición de comportamientos hostiles, técnicas de desestabilización contra un trabajador que desarrolla como reacción graves problemas psicológicos duraderos, es decir que se trata de un proceso destructivo sutil que puede llevar a la discapacidad permanente (del voto del doctor Lutz)".

“Surge entonces la brecha que queremos marcar en el presente trabajo, es decir, el mobbing configura una injuria laboral que amerita la denuncia del contrato de trabajo y faculta al obrero a ubicarse en situación de despido indirecto pero, a la vez (o dicho de otra manera), de esa situación antijurídica puede producirse un daño a la integridad psicofísica del trabajador que va a representar una consecuencia nociva a su persona... si del acoso laboral el trabajador sufre un daño en su salud, sea temporario o permanente, parcial o total, la violencia laboral no solamente puede configurar una injuria grave, sino además una enfermedad profesional y da derecho al obrero a accionar por las reparaciones tarifadas emergentes de la extinción del vínculo laboral (art. 245 ss. y ccss. de la LCT) como a obtener una indemnización adicional por el daño moral que la conducta produjo en el obrero y si resultara una incapacidad, tendrá derecho a la reparación que cubra las consecuencias nocivas en la salud del mismo... (cfr. Navas, Sebastián “La violencia Laboral Psicológica ¿injuria grave o enfermedad profesional?”, publicado en La Ley Online)”.

“El elemento caracterizante del “mobbing” o acoso laboral es la intencionalidad en la comisión del mismo: “el acoso que el trabajador recibe dentro de su trabajo, en su escenario y ambiente laboral configura una injuria grave que amerita la denuncia del contrato laboral porque la existencia de estos comportamientos representa un incumplimiento del contrato de parte del empleador, pero no un mero incumplimiento sino, prima facie, un incumplimiento doloso, porque la intencionalidad de dañar es propia de esta figura dado que existe una conducta premeditada y direccionada hacia una persona determinada que puede ser provocada por el propio empleador (ej. Persona física dueña de la empresa que acosa a un empleado) o de parte del personal jerárquico o de los propios compañeros de trabajo en detrimento del obrero, ubicándolo en un escenario laboral hostil que le impide cumplir en forma eficaz su trabajo, corriendo el riesgo de perderlo, pero no por su ineficacia natural, sino porque la incompetencia en la que desemboca es generada por el accionar doloso de los sujetos mencionados” (ibídem).

“En igual línea, ha sostenido el TSJ que “...más allá de las distintas aprehensiones del concepto de “acoso laboral”, “acoso moral” o “mobbing”, en términos generales, esta figura se caracteriza por la repetición o reiteración de conductas hostiles, persistentes, producidas en el ámbito laboral y que tienen como objetivo, provocar un desgaste psicológico con la intención de que se abandone el puesto de trabajo, de disciplinar, de que se acepten determinadas condiciones o, simplemente, como forma de denigración.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, es importante concebir el acoso del modo más objetivo posible, puesto que no toda percepción subjetiva de acoso lo será también para el Derecho: el comportamiento ha de ser objetivamente humillante o vejatorio.

Y así definido, el acoso se diferencia claramente del estrés -derivado de las muchas tareas por realizar- o de la falta de amabilidad del empresario, sus representantes o los compañeros de trabajo, y, sobre todo, de la existencia de condiciones laborales insatisfactorias o de la conflictividad -incluso judicial- entre el trabajador y el empresario. En principio, no supone un acoso el hacer uso de derechos legítimos, reconocidos por el ordenamiento jurídico.

No habrá acoso por ejercitar, de forma legítima, el poder directivo o disciplinario. No habrá acoso por adoptar decisiones razonables sobre la organización del trabajo en la empresa que afecten a los trabajadores, por incrementar los sistemas de control sobre la realización de la actividad laboral -lo que facilitan las nuevas tecnologías- o por indagar si el trabajador ha incurrido en un incumplimiento contractual.

En definitiva, del hecho de que el trabajador se integre en el ámbito de organización y dirección de la empresa no es posible deducir que el trabajador se halle en permanente peligro de sufrir un acoso. Para hablar de acoso habrá de existir un ejercicio anormal, irregular o irrazonable de las prerrogativas y los poderes empresariales (cfr. Sagardoy Bengoechea, Juan A. - Gil y Gil, José L., Título: El acoso psicológico en el trabajo Fuente: JA 2007-III-1302 SJA 18/7/2007)...” (cfr. Ac. 06/11 “Romero”, del registro

de la S.D.O.)".

"Como podrá advertirse, es determinante la prueba y constituye carga de la actora acreditar los extremos, los que en el caso no se encuentran reunidos:

"...es necesario que quien afirma el acaecimiento de un determinado hecho o conducta generadora de responsabilidad, acredite su existencia.

No se desconoce, sin embargo, que una de las mayores dificultades para la efectividad de la protección contra el acoso psicológico, atañe a la prueba de los comportamientos.

Pero ello no quita que, mínimamente, quien alega su existencia debe presentar los indicios de los que pueda desprenderse el acoso: es indispensable probar los hechos (aún indiciarios) en los que se fundan las afirmaciones y, en un estadio –si se quiere, anterior- es exigible que se describan concretamente las conductas desplegadas por quien, se dice, ofició de acosador y cómo, en el caso, se configuró tal situación.

Y, como ya se ha indicado, la posición actoral que requería un mínimo esfuerzo argumentativo para demostrar a este Tribunal la dinámica de lo que considera ha sido una situación de mobbing, adolece de imprecisiones y vaguedad que impiden crear la convicción necesaria acerca de su existencia... (TSJ, ibídem)".

En función del marco conceptual desarrollado precedentemente, debo analizar la prueba producida a fin de determinar si en el caso concreto han existido los motivos invocados por la actora para colocarse en situación de despido.

Para ello, como primera medida debo estudiar las declaraciones testimoniales incorporadas a la causa, pues esta prueba resulta de suma importancia para verificar la existencia o no de hostigamiento, malos tratos y demás conductas que la trabajadora le atribuye a la empleadora como justificación del despido indirecto invocado como fundamento del reclamo de las indemnizaciones peticionadas.

Así entonces, a fs. 143 la Sra. Sonia Elsa Morla -testigo de la accionante- manifestó: "Conozco a la actora del Registro del automotor donde ella trabajaba...no se las razones por las cuales la actora dejó de trabajar..."

Como se observa, no describe el motivo concreto por el cual la señora Cárcamo dejó de trabajar.

A su vez, Sergio Adrián Gallia (fs. 144), nada dice en relación a los hechos invocados como fundamento del despido.

Julia Salome Parsons (fs. 145 y vta.) -testigo propuesto por la actora-, expresa: "Conozco a la actora porque tengo un grupo de personas que venden ropa por catálogo y Edith Cárcamo era una de las personas que vendía...A la demandada la vi una sola vez, que cometí el error de ir en horario de trabajo por la mañana que en realidad quiero aclarar que era el horario de atención al público. Una vez me atendió la Sra. Menem, le pregunté por la actora, y me dijo por razones personales tenía que verla en su casa, ya que estaba en horario de trabajo creo que era las 11 o 12, creo que estaba de mal humor o no estaban bien las cosas y no tuve oportunidad de pedirle disculpas. No es que me gritó sólo me habló de mal modo. Fue en el lugar de atención al público y hay una puertita del lado izquierdo que fue donde yo golpeé la puerta...No se las razones por las que la actora dejó de trabajar en el registro, una vez vino a dejarme un pedido de trabajo, me dijo que estaba muy depresiva porque se había quedado sin trabajo, incluso se puso a llorar, estaba muy sensible. La actora me comentó que luego del día que yo había ido a llevarle la bolsa de los productos, había tenido un problema laboral por esa situación, no sé qué fue lo que le pasó. La actora contaba y lloraba...No sé si la actora tuvo algún problema o circunstancia dentro del Registro. Por comentarios de la actora me dijo que no tenía buena relación pero no sé con quién..." (el destacado me pertenece).

El testimonio carece de fuerza de convicción, pues conoce el hecho sobre el que depone, por referencia de la actora, y por tanto resulta insuficiente para tener por acreditados los hechos invocados en la demanda. Además sólo describe una situación particular protagonizada por la testigo y la Sra. Siman Menem, pero no hace referencia a los malos tratos u hostigamiento que dice haber sufrido la demandante.

La declarante manifestó que la señora Cárcamo le dijo que luego de ese día había tenido un problema laboral, sin hacer referencia a una situación particular vivida entre la actora y la empleadora que justifique calificar la conducta de ésta última del modo que fuera expuesto en la demanda.

A fs. 146 y vta., la Sra. Irma Elizabeth Fernández -testigo propuesta por la accionante- dijo: "No sé si la actora tuvo algún problema en el Registro. Yo trabajo en el Hospital de Plottier en el área de administración. Un día la actora me llamó y me dijo que estaba a bajo en la sala de espera en los consultorios externos y me comentó que el día anterior había ido por guardia angustiada porque había tenido un conflicto en su trabajo pero no recuerdo más.

La atendió un médico por un cuadro de angustia, yo no he visto el certificado ni constancias, solamente una vez me preguntó quién era el médico que la atendió en la guardia, busque y le dije el nombre. La actora me dijo que el médico le informó que por su cuadro de angustia no podía estar trabajando. No la he visto atenderse en la guardia, luego la he visto que se atendía en un

consultorio privado. Por comentarios de la actora sé que dejó de trabajar porque tenía un certificado de largo tratamiento. Por comentarios también de la actora me entero que estaba yendo a un psicólogo o psiquiatra..."

Este testimonio es indirecto ya que lo relatado por la dicente tuvo por fuente los comentarios de Edith Cárcamo, por ello dichas aseveraciones carecen de fuerza de convicción en tanto a que su conocimiento de los datos fácticos que refiriera habría accedido mediante dichos de otro, con el agravante que ellos provenían de una de las partes –la actora- y no porque esos aconteceres hayan caído bajo la directa percepción de sus sentidos.

Asimismo, de la mentada declaración se puede inferir en el mejor de los casos, que si bien la actora concurrió al hospital angustiada por haber tenido un conflicto en el trabajo –según comentarios de la actora a la testigo-, ello de manera alguna justifica tener por acreditadas las conductas descriptas en la demanda, máxime cuando la testigo ni siquiera ha hecho referencia a alguna conducta puntual que haya desencadenado que la señora Cárcamo concurra al hospital, pues el hecho de que ésta le haya comentado que asistió al hospital por haber tenido un conflicto en el trabajo, no resulta suficiente para calificar de mobbing, la conducta de la empleadora.

A fs. 148 y vta., la Sra. Mirta Graciela San Martín, propuesta por la actora, sostuvo: "La actora me comentó que había tenido problemas en el registro. Más de una vez la vi llorando dentro del registro. Yo no presencie ninguna circunstancia. No me hacía comentarios de sus problemas, me decía que estaba muy mal en su trabajo, incluso llegó a pedirme trabajo, pero como salía muy tarde no la podía tomar...No se las razones por las cuales la actora dejó de trabajar..." (el resaltado me pertenece).

Esta testigo, si bien, describe una situación de angustia experimentada por la actora durante la relación laboral con la demandada, al igual que los demás testigos, no describe un hecho o una serie de hechos puntuales que sirvan de base para establecer clara y concretamente la existencia de una relación de causalidad directa entre los padecimientos de la trabajadora y la actitud de su empleadora, como para acreditar la existencia de mobbing laboral.

Por otra parte, no sabe las razones por las cuales la actora dejó de trabajar, lo que explica que más allá de que haya descripto un estado generalizado de angustia, no presenció ninguna circunstancia configurativa de mobbing.

A fs. 149 y vta., obra declaración del Sr. Rubén Darío Fernández, -testigo de la demandada-, quién dijo: "Que yo sepa la actora no tuvo problemas dentro del registro...En el registro, la gente de allí me comentó que la actora había tenido un problema laboral, pero no me dijeron las causas...."

A fs. 150 y vta., la Sra. Mirma Eliana Arbert, -testigo propuesto por la demandada- señaló: "Trabajé durante 10 años con la demandada, fui la encargada suplente del Registro del Automotor. Dejé de trabajar porque mi esposo tiene empresa y me pidió que renunciara para dedicarme a la actividad privada...Que yo sepa la actora no tuvo problemas de salud durante el tiempo en que estuvo trabajando en el Cuando yo estaba trabajando, hubo un problema concreto con la actora, hubo un problema con relación a un formulario 12, ya que se venden normalmente estos formularios en los registros. Está prohibido por normas técnico registrales hacer gestoría, ni vender formularios fuera del ámbito del registro. Hubo una situación que no recuerdo si se denunció de que alguien había vendido un formulario nuestro en la calle. Una persona había ido a verificar un vehículo, no tenía el formulario y luego a los 5 minutos apareció con uno y dijo que se lo habían vendido en tránsito de Neuquén y dijo que era el Sr. José Luis Fernández que es el esposo de la actora. Cuando se hizo la investigación, yo estaba muy superada de trabajo y yo -por disposición de la demandada- le delegue el tema de control de los formularios que vienen de ACARA, cuando fui a hacer el control nos damos cuenta que faltaron formularios, le pregunté a la actora y noté que faltaban anotar formularios en los libros porque no coincidían con la facturación. En esa oportunidad, cuando la actora tenía que hablar a la tarde con la Sra. Menen, Carcamo me pidió que dijera que yo la había autorizado a sacar ese formulario, yo le dije que no lo iba a hacer. Luego se fue a hablar con la escribana, no sé que hablar. De esa tanda de formularios faltaron dos más. Se hicieron los informes a la dirección nacional. Con relación a esta situación no se aplicó sanción a ninguna persona.

Se trabajaba muy tranquilo, era muy familiar el trabajo, se iban a los cumpleaños, incluso a los de la escribana...".

De este relato no se desprende que la actitud de la empleadora encuadre en mobbing, pues la testigo se limitó a describir una situación particular al faltar formularios, pero no indicó que a raíz de ello la actora recibiera algún tipo de sanción o haya tenido presiones por parte de la señora Siman Menem, para lograr que la trabajadora renuncie a su puesto.

Es más, del informe pericial que luce a fs. 180/182, se desprende: "...Un día estando en su trabajo falta un papel -de uno de los tantos trámites que se realizaban allí- y comienzan a discutir con Edith a causa de esto. Su malestar es tal, que le sube la presión y es hospitalizada. Allí le indican reposo. Ella por estos motivos presenta su renuncia, pero es rechazada varias veces por la directora del lugar. En ese momento retoma el tratamiento psicológico con variados y diferentes síntomas: sudoración, taquicardia, hemorroides y le recomiendan reposo nuevamente. Su jefa Laila Siman va a su casa para decirle que regrese al trabajo y ella insiste con su renuncia, y nuevamente es rechazada".

Lo precedentemente reseñado del informe pericial psicológico, se contradice con el objetivo principal del mobbing que la actora indica en su demanda, pues si en tal oportunidad se expresó que el objeto principal del mobbing es la exclusión de la actora del mercado laboral, la actitud de la demandada de ir a buscarla a su casa y pedirle que regrese a trabajar, dista mucho de aquella finalidad.

Por otra parte, comparto la valoración realizada por el a quo del informe emitido por el médico psiquiatra a fs. 121 y vta., y por la licenciada Silvia Salvarezza a fs. 180/182, en el sentido que la situación fáctica descripta por la reclamante en la entrevista y de donde los expertos extraen sus conclusiones, no ha sido acreditada en estos autos por ningún otro medio de prueba, principalmente con las testimoniales producidas en autos. De manera que, si bien los informes mencionados determinan la existencia de la patología que presenta la actora y su grado de incapacidad, ellos resultan insuficientes por sí solos para acreditar la causal de despido invocada, pues precisamente no se ha logrado demostrar con la prueba testimonial analizada, la existencia de mobbing en el caso concreto.

De allí, que hay que ser muy cautelosos a la hora de analizar la existencia de patologías como las experimentadas por la actora y su relación de causalidad, máxime cuando ésta no ha logrado probar que su empleadora haya tenido durante la relación laboral el comportamiento descripto en la demanda, configurativo del mobbing.

Por todo lo expuesto, considero que, sin perjuicio de la existencia de ciertas patologías de orden psicológico y físico que padece la accionante (conforme dan cuenta los informes del Dr. Fernández de fs. 121 y vta. y de la Lic. Silvia Salvarezza de fs. 180/182), no se encuentran acreditados los elementos configurativos del mobbing, al no visualizar que haya habido un ensañamiento por parte de la Sra. Siman Menem hacia la actora, a fin de lograr que ésta haga abandono de su trabajo, por lo que a mi entender corresponde rechazar el presente agravio.

En cuanto a las horas extras reclamadas, liminarmente debo decir que este agravio roza los límites del art. 265 del Código Procesal, sin perjuicio de lo cual y con el fin de garantizar el derecho de defensa en juicio, voy a ingresar a su tratamiento.

En cuanto a la carga de la prueba de las horas extras (número, lapso y frecuencia), contrariamente a lo sostenido por la actora en sus agravios, ella está a cargo del trabajador, en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho a quien lo invoca y no a quien lo niega (art. 377 CPCyC).

El cuestionamiento en este punto se circunscribe a la apreciación de la prueba testimonial, al considerar que se ha omitido realizar un análisis conjunto de los testimonios esenciales y dirimentes, por lo que a ello habré de limitarme.

Así entonces, aun considerando las declaraciones que la recurrente trae a colación, su pretensión indemnizatoria respecto de este rubro no puede tener acogida favorable.

En efecto, los testimonios rendidos no han sido contundentes sobre el dato fáctico que la actora pretende acreditar; si bien algunos favorecen parcialmente su postura, tal el caso de la Sra. Julia Salome Parsons (fs. 145), la Sra. Mirta Graciela San Martín (fs. 148 y vta.) y la Sra. Adriana Del Valle Romero (fs. 176 y vta.), ellas no hacen referencia alguna al período en que vieron a la señora Cárcamo en el Registro. Dicha imprecisión no puede ser suplida por los dichos de la accionante, pues ésta tampoco ha sido clara con respecto al período en el cual se cumplieron las horas extras reclamadas.

Observo que, en la demanda, de manera muy escueta y poco clara, se expuso (fs. 29): “El horario de trabajo jamás fue respetado por la demandada: obligaba a la actora a ingresar a desempeñar tareas a las 7:30 hs., pero su horario de salida era incierto: 17hs., 18 hs., 19 hs., cabe destacar que jamás se le abonaron horas extras, aun cuando fuera intimada...”. De lo transcripto se desprende que la demandante no indica en forma clara y concreta el período (día, mes, año) por el que reclama las horas extras que dice adeudarle la empleadora.

Si bien, en el telegrama que en copia obra a fs. 17, al reclamar el rubro en cuestión manifiesta: “...cuatro horas diarias extras ult. 2 años de trabajo...”; y en su presentación de fs. 59 (como consecuencia del previo requerido a fs. 53), indica que reclama diferencias salariales del año 2008 meses 1 a 12 concepto horas extras: $950, y diferencias salariales año 2009 meses 1 a 12 concepto horas extras: $750, ello no se condice con las demás constancias de autos.

En efecto: la actora intentar aclarar cuál es el período correspondiente a las horas extras que reclama (presentación de fs. 59), oscurece más el panorama, pues pide horas extras por un período de 12 meses correspondientes al año 2009, cuando la relación laboral culminó el mes de marzo del 2009.

Por otra parte, peticiona horas extras durante todo el período correspondiente al año 2009, cuando, conforme telegrama de fs. 14, del 26 de febrero de 2009, expuso: “Demostrando una vez más su persecución, hostigamiento, y falta de respeto contra mi persona, personal por Ud. designado se ha negado injustificadamente a recibir certificado médico de fecha 23/02/09 emitido por Dr. Armando Fernández Arévalo, que a continuación transcribo: Dejo constancia de continuar atendiendo a la Sra. Carcamo Edith (DNI ...) quien sufre de F.43.20 (DSM IV) por lo que no se encuentra en condiciones de trabajar durante 30 días a partir de la

fecha...Intimo y exhorto al estricto cumplimiento de buena fe del contrato laboral que nos une, todo ello de acuerdo a lo previsto por los artículos 62 y ss de la LCT, inhibiéndose de accionar injustificadamente, siendo su conducta evidentemente rupturista del contrato laboral que nos une, bajo apercibimiento de considerarme despedida por su exclusiva y única responsabilidad...".

Todo lo cual denota, que difícilmente la señor Cárcamo actora, en función del certificado médico, podía concurrir a trabajar, con lo cual menos pudo haber realizado horas extras durante el año 2009, conforme lo indicado en su presentación de fs. 59.

Estas imprecisiones tornan improcedente el reclamo de horas extras, más allá de que algunos testigos hayan manifestado ver a la actora esporádicamente en distintos horarios, pues de tal prueba tampoco surge a que período hacen referencia dichos testimonios.

En este confuso panorama, cobra relevancia la jurisprudencia de esta Cámara que postula que el trabajador tiene a su cargo probar las horas extras que invoca en forma fehaciente, a través de una prueba exhaustiva y convincente. A lo que agrego que no solo debe probar, sino que, de manera previa debe indicar clara y concretamente el período de tiempo (días, horas, mes, año) en que se realizaron las horas extras que reclama.

En ese sentido se ha dicho que "...No basta con la mera invocación de haber trabajado horas extras, sino que quien lo alega debe demostrar con razonable precisión su existencia y extensión, siendo tales extremos de mayor rigor cuando el reclamo se introduce con posterioridad al distracto, para tener por cierta la realización del trabajo ordinario, la prueba debe ser fehaciente, categórica y cabal, tanto en lo que se refiere a los servicios cumplidos como al tiempo en que se desarrollaron, careciendo de idoneidad a tales fines una simple referencia testimonial, generalizada e imprecisa..."(P.S. 1996 I 138/139, Sala II, causa: "RAMIREZ MARTINEZ ROBERTO C/ MEQUEN S.A. S/ DESPIDO", citado en P.S. SII, Nº106 TºIII Fº545/548, Año 2012. Ver también P.S. SIII Nº 90 Tº II Fº 355/359 Año 2007; Nº 109 TºIV Fº 716/718 Año 2009, entre otros).

También la jurisprudencia ha resuelto: "No es procedente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del a-quo que no hace lugar al reclamo de horas extras. Ello así, ya que los testigos que refieren la existencia posible de horario extraordinario, de ninguna manera son precisos en cuanto al número de horas extras, y ni siquiera si eran diarias. No se descarta que pudieron haber existido, pero los términos usados de "a veces se quedaba hasta tarde" y "solía trabajar hasta las veinte", impide al juzgador establecer aunque sea parcialmente la existencia de las dos horas diarias que pretende la actora. "Además se compadece con la falta de pruebas, el hecho de que en dos años no haya reclamado por ningún conducto." (CATSL1 RS, l000 269 RSD-76-00 S 19-9-00, Duré María Isabel c/ Telecom Stet France Telecom Argentina S.A. y/o quien resulte responsable s/ Despido, etc., LDT).

Finalmente, ninguna influencia tiene, frente a lo expuesto, la falta de exhibición de la documentación laboral por parte de la demandada. En materia de acreditación de las horas extras, la mayoría de los tribunales del fuero sostienen que no resulta aplicable la presunción del art. 55 de la LCT, porque el horario de trabajo no es uno de los requisitos que debe constar en el libro que manda llevar el art. 52 de la LCT (cfr. SCJBA, "Aguilar c/ Matadero y Frigorífico Regional Azul", 20/8/1991, TySS 1992, pág. 322; CNAT, Sala I, "Gallegos c/ United State Lines", 3/12/1993; ídem., Sala II, "Villaboa de Merolla c/ Argos Cía. Argentina de Seguros", 18/9/1994; ídem., Sala III, "Pereira c/ Pozzi", 21/3/1997; ídem., Sala IV, "Ortiz c/ Hogares Stella Maris", 3/4/1997, todos citados por Rodríguez Fernández, Liliana en "Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada" dirig. por Antonio Vázquez Vialard, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. I, pág. 424; ídem., Sala VI, "La Porta c/ Simeone", 25/8/2000, DT 2001-A, pág. 118).

En función de lo expuesto, es que propongo rechazar el agravio relativo a las horas extras, por resultar su reclamo impreciso e improbado.

En relación a la prueba de las cargas de familia, le asiste razón a la apelante, en función de que se trata de un hecho reconocido por la demandada (ver escrito de contestación de demanda, fs. 75), y al estar a cargo de la actora sus dos hijas, conforme detalla en su telegrama de fs. 5, corresponde, por aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo, y ante falta de pago de dichos haberes, acoger favorablemente el reclamo salarial efectuado, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo del año 2009, que en función de la liquidación practicada a fs. 41, asciende a la suma de $4764, con más los intereses a tasa activa del BPN SA, desde que la suma es debida hasta su efectivo pago.

En cuanto a la apelación de los honorarios de los letrados de la parte demandada por altos, examinada la causa, a la luz de lo prescripto por los artículos 6, 7, 10, 11 y 39 de la Ley nº 1594, y realizados los cálculos pertinentes, observo que los emolumentos son ajustados a derecho, por lo que se impone su confirmación.

IV.- Por todo lo expuesto, se hará lugar parcialmente al recurso de la actora en lo que respecta a las cargas de familia por la suma de $4.764; a dicho importe se le deberá adicionar la suma de $4.764 que fuera determinado en primera instancia y que llega firme a esta Alzada, lo que totaliza un monto de condena que asciende a la suma de: $9.528. A dicho monto se le deberán adicionar los intereses conforme fueran fijados en la anterior instancia.

En función de cómo se resuelve, las costas de primera instancia se impondrán en un 50% para cada una de las partes. Y las correspondientes a esta Alzada se distribuirán en idéntico porcentaje, debiéndose proceder a regular honorarios conforme art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

La Dra. Clerici dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de la actora en lo que respecta a las cargas de familia, por la suma de $4.764; a dicho importe se le deberá adicionar la suma de $4.764, que fuera determinado en primera instancia y que llega firme a esta Alzada, lo que totaliza un monto de condena que asciende a la suma de: $9.528. A dicho monto se le deberán adicionar los intereses conforme fueran fijados en la anterior instancia.

2.- Confirmar los honorarios fijados en la sentencia de grado.

3.- Las costas de primera instancia se impondrán en un 50% para cada una de las partes. Y las correspondientes a esta Alzada se distribuirán en idéntico porcentaje, debiéndose proceder a regular honorarios conforme art. 15 LA.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

5.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Patricia Clerici

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"BUCAREY HUGO ANDRES C/ BAHIA TUNING EMPRESA DE SERVICIOS S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 62324/2013) – Acuerdo: S/N – Fecha: 15/06/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

RECURSO DE APELACION. EXPRESION DE AGRAVIOS. FUNDAMENTACION INSUFICIENTE. DESERCION PARCIAL DEL RECURSO. DESPIDO. INCREMENTO INDEMNIZATORIO. FALTA DE PAGO DE LA INDEMNIZACION. PAGO INSUFICIENTE DEL MONTO INDEMNIZATORIO. CALCULO SOBRE LAS DIFERENCIAS.

1.- De la queja bajo estudio –a excepción de la dirigida a cuestionar la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323- no surge una crítica concreta y razonada a lo decidido por la judicante. Es más lo expresado por la recurrente importa una manifestación genérica que en modo alguno puede confundirse con un ataque preciso, serio y crítico de los fundamentos esgrimidos por la juzgadora.

2.- En autos no se encuentra controvertido –conforme se desprende del escrito de demanda y de la decisión apelada- que el pago efectuado por la parte demandada en concepto de indemnización por despido o antigüedad, preaviso omitido e integración mes de despido,

resultó insuficiente y parcial respecto a los montos reconocidos en la decisión atacada, circunstancia por la cual resulta justo y equitativo –cfr. criterio sustentado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en autos "Pacheco Carlos Argentino c/ Petrobrás Energía S.A. s/ despido por otras causales" (Ac. 14/2015 de fecha 3 de marzo de 2015)- que la indemnización bajo examen (art. 2 de la ley 25323) se calcule sobre las diferencias aludidas, cuyo pago sin duda alguna se encontraban a cargo de la empleadora.

Texto completo:

ACUERDO: En la ciudad de Cutral Có, Departamento Confluencia de la Provincia del Neuquén, a los quince (15) días del mes de junio del año dos mil diecisiete (2017), la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, integrada con los señores Vocales, Dres. María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la presencia de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria Paula L. Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: "BUCAREY HUGO ANDRES C/ BAHIA TUNING EMPRESA DE SERVICIOS S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" (Expte. Nº 62.324, Año 2.013), venidos del Juzgado de Primera Instancia con competencia en materia Laboral y de Procesos Ejecutivos N° 2 de la II Circunscripción y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de Cutral Có, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- A fs. 156/162 se dicta sentencia de primera instancia, que hace lugar a la demanda laboral entablada por el señor Hugo Andrés Bucarey contra la empresa Bahía Tuning S.A., por la suma allí consignada en concepto de los rubros detallados en la misma, e impone las costas a cargo de esta última.

Contra el referido decisorio, interpone recurso de apelación la parte demandada a fs. 164/165 y vta.

Argumenta que luego de considerar incausado el despido del trabajador en un confuso y poco detallado análisis, la sentenciante se expidió sobre los rubros reclamados.

Mediante la transcripción de pasajes de la sentencia, refiere que los fundamentos utilizados por la judicante son equivocados, toda vez que su mandante entendió que con los montos depositados en la cuenta respectiva y la suma abonada en efectivo al actor, había cancelado la totalidad liquidación final.

Por la circunstancia apuntada se agravia tanto de los rubros por los que prospera la demandada como por la aplicación de la multa del artículo 2 de la Ley 25.323, a cuyo fin explica que la señora Juez a quo hizo lugar al ítem mencionado en último término por la suma $ 13.536,85 cuando el actor en su demanda reclamó el monto de $ 6.088,13.

Así también, estima que el rubro aludido es improcedente en virtud de la falta de intimación previa por parte del accionante.

Expresa en términos un tanto confusos que el artículo 2 de la ley 25.323 no vincula el plus indemnizatorio a apercibimiento previo alguno, sino que simplemente lo condiciona a la intimación y acción posterior, y que además su mandante abonó la indemnización de conformidad con lo que convencionalmente creía corresponder e incluso después del primer pago realizado efectuó un ajuste, el cual fue efectivamente percibido por el actor. Añade que en todo caso la indemnización debería prosperar en forma proporcional a la parte de la liquidación impaga y no por el total. Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

II.- Corrido el pertinente traslado el mismo es contestado por la parte actora a fs. 168 y vta..

El accionante entiende que el recurso de apelación incoado por la parte actora resulta ser simplemente una expresión de disconformidad con el fallo en cuestión, careciendo en su desarrollo de la fundamentación requerida por nuestro Código de forma para que pueda entrarse a su tratamiento.

Concluye, que la demandada no brinda los fundamentos fácticos y jurídicos de porqué la resolución de la a quo le causa agravio. Por todo lo expuesto solicita su deserción.

III.- A) Ingresando al análisis de la queja relacionada con la procedencia de los rubros por los cuales se hace lugar a la acción, –a excepción de la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323- es dable recordar que quien integramos esta Sala en reiterados pronunciamientos hemos sostenido que "[…] la mera discrepancia o disconformidad con la solución no constituye expresión de agravios, como así tampoco la falta de crítica de puntos fundamentales de la sentencia; la argumentación no es idónea y la expresión de agravios es insuficiente, si no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo". [Cfr. Acuerdos N° 30/2014 e/a "Aila" y 29/2015 e/a "Avaca", entre otros, del Registro de Sentencias Definitivas de la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes].

Y esto es lo que, a mi entender, ocurre con la queja bajo estudio toda vez que de la misma no surge una crítica concreta y razonada a lo decidido por la judicante. Es más lo expresado por la recurrente importa una manifestación genérica que en modo alguno puede confundirse con un ataque preciso, serio y crítico de los fundamentos esgrimidos por la juzgadora.

En tal orden de ideas se ha expresado: "[…] el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que ha incurrido o las causas por la cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Comentado y Concordado", t. I, p. 835/837). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido y, para que cumpla su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Debe precisarse así, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo. Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación. No constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que solo contiene simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso, máxime si se tiene en cuenta que criticar es muy distinto a disentir, pues la crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pudiere contener, en cambio, disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia". [Del voto del Dr. Troncoso en autos "Figar Lido Mario c/ Fernández Susana Ramona s/ Desalojo sin existencia de contrato de locación (comodato, ocupación, etc.)" Acuerdo N° 20/2014 del Registro de la OAPyG San Martín de los Andes, con cita de la ex CTF CCO, RSI Ac. N° 12/06, in re: "Cabrera Dora Vanesa c/ Rocha Miguel Ángel s/ Cobro de haberes" del Registro de la Secretaría Civil de ese Tribunal, fallo de fecha 03/08/06)].

Por las consideraciones precedentes considero que cabe declarar desierto el presente agravio (cfr. art. 265 y 266 del C.P.C. y C., aplicable supletoriamente en autos en virtud a lo normado por el art. 54 de la Ley 921) y, consecuentemente, confirmar la sentencia recurrida en lo que al punto se refiere.

B) Ingresando al análisis del cuestionamiento formulado respecto a la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 [P-2430 DJA], cabe recordar –tal cual expuse en el precedente "Camperi" (CPACiv. Sala II, Ac. 43/3015, 3-07-2015, del Registro de la OAPyG de San Martín de los Andes), entre otros- que la normativa aludida en su primer párrafo establece un incremento del 50% de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT [P-1018 DJA] en los supuestos en que la/el principal fehacientemente intimado no las abone y obligue al trabajador/ra a iniciar un proceso judicial o cualquier instancia previa de carácter obligatorio, siendo su objeto compeler al empleador/a a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios (cfr. CNATrab., Sala VIII, -González, Gustavo Raúl c/ Compañía Metropolitana de Seguridad S.A. s/ despido- 30-9-2014, DT 2015 (abril), 773).

La procedencia de la indemnización requiere: 1) que el trabajador/ra intime fehacientemente por el plazo de dos días el pago de las indemnizaciones laborales y 2) que el empleador/ra no abone la misma en el plazo aludido, requisitos éstos que –como bien lo pone de resalto la judicante- se encuentran cumplidos en el supuesto de autos toda vez que de las piezas postales remitidas por el actor surge expresamente que el Sr. Bucarey intimó el pago de las indemnizaciones (diferencias) derivadas del distracto y que a la fecha las mismas no fueron canceladas por la parte accionada.

La disposición bajo análisis en su segundo párrafo faculta al juzgador a reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago y establece que para su operatividad deben darse dos requisitos: 1) que hayan existido causas que justifiquen la conducta del empleador: Ello puede ocurrir cuando éste consideró que se daban la condiciones que habilitan el despido causado y el tribunal concluye que existía mérito para una sanción, pero no la máxima. O también cuando el ex patrón acreditó que no pudo satisfacer la intimación por una cuestión de fuerza mayor no imputable, y 2) que los jueces decidan la reducción y/o eximición de la condena en una resolución fundada (cfr. Sappia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323", DT 2001-A, 223/227).

En autos no se encuentra controvertido –conforme se desprende del escrito de demanda y de la decisión apelada- que el pago efectuado por la parte demandada en concepto de indemnización por despido o antigüedad, preaviso omitido e integración mes de despido, resultó insuficiente y parcial respecto a los montos reconocidos en la decisión atacada, circunstancia por la cual resulta justo y equitativo –cfr. criterio sustentado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en autos "Pacheco Carlos Argentino c/ Petrobrás Energía S.A. s/ despido por otras causales" (Ac. 14/2015 de fecha 3 de marzo de 2015)- que la indemnización bajo examen (art. 2 de la ley 25323) se calcule sobre las diferencias aludidas, cuyo pago sin duda alguna se encontraban a cargo de la empleadora.

Ahora bien de los cálculos efectuados por el suscripto (cfr. art. 40 de la Ley 921) se desprende que la suma en concepto de

indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323 por la cual prospera la acción, ha sido liquidada teniendo presente el 50% del monto correspondiente a indemnización por despido menos la suma percibida por el actor en dicho concepto (cfr. fs. 33) con más el 50% de los montos establecidos por preaviso omitido e integración mes despido.

En virtud a los argumentos esgrimidos y toda vez que la indemnización cuestionada resulta procedente atento encontrarse cumplidos los requisitos para ello, como así también que el monto de la misma se ajusta a la normativa mencionada en el párrafo que antecede, cabe desestimar el presente agravio y, en consecuencia confirmar la decisión de primera instancia en lo que al punto se refiere.

IV.- Atento la forma en la que estimo deben ser resueltas las quejas traídas a consideración de este Tribunal, corresponde rechazar la apelación intentada por la parte demandada y, consecuentemente, confirmar la decisión puesta en crisis en todo aquello que ha sido materia de recurso para la accionada impugnante.

V.- Las costas de esta etapa procesal deben ser impuestas a la accionada perdidosa, por aplicación del principio objetivo de la derrota (cfr. arts. 17 de la Ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).

VI.- Respecto a los honorarios de Alzada, cabe diferir su regulación hasta tanto –previa liquidación que deberá efectuarse en el origen- se encuentre establecida la base regulatoria y determinados los estipendios profesionales en la instancia de grado (cfr. arts. 20 y 47 de la Ley 1594 modificada por Ley 2933).

Así voto.

Y la Dra. María Julia Barrese, dijo:

Comparto la línea argumental y solución propiciada por el Dr. Furlotti en el voto que antecede, por lo que adhiero a las mismas.

Mi 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, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales;

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y en consecuencia, confirmar en cuanto ha sido materia de agravios para dicha parte, la sentencia dictada a fs. 156/162.

2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la accionada perdidosa, (arts. 17 de la Ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).

3.- Diferir la regulación de honorarios de segunda instancia para la oportunidad en que se encuentren establecidos los de la instancia anterior.

4.- PROTOCOLICESE digitalmente (Ac. 5416 pto. 18 del TSJ). NOTIFÍQUESE electrónicamente y oportunamente, vuelvan los obrados al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Dra. Victoria Paula L. Boglio - Secretaria de Cámara

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

"ARROYO KARINA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA EL CHOCON S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3526/2011) – Acuerdo: 46/17 – Fecha: 26/04/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Acción procesal administrativa.

MUNICIPALIDAD. COMPRAVENTA DE INMUEBLE. ACTO ADMINISTRATIVO. NULIDAD DEL ACTO. INDEMNIZACION POR DAÑO.

Cabe hacer lugar a la demanda en punto a la nulidad de la Resolución impugnada, por la que

se declaró la nulidad de la venta celebrada a su favor, y se declare válido y cumplido por su parte el contrato celebrado con la demandada, ordenándose la escrituración del bien, pues si el vicio que se le imputó al acto era de "origen" (incumplimiento de los requisitos exigidos por la Ordenanza 367/01; es decir, la discordancia con la cuestión reglada por la norma -art. 67 inc. b) de la Ley 1284-), ello hubiera determinado la sanción de nulidad de tal acto (no de inexistencia) y en tanto ya se habían generado derechos subjetivos para la actora (acto estable, art. 55 de la Ley 1284), su invalidez debió haber sido declarada judicialmente y no en sede administrativa. Ordenar indemnizar a la actora por daño emergente y daño moral por la suma de $ 100.000 y $ 10.000 respectivamente.

Texto completo:

ACUERDO N° 46. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiséis días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ARROYO KARINA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA EL CHOCON S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3526/2011, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 2/8 se presenta KARINA ARROYO, por apoderado, e insta acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Villa El Chocón. Solicita que se declare nula e ilegítima la Resolución N° 02/2009, de fecha 26/03/09, que dispuso declarar la nulidad de la venta celebrada, y se ordene la escrituración del bien cuya venta se comprometiera; arbitre las medidas para otorgar posesión, pague la multa contractual por la suma de $21.380, y daños y perjuicios por la suma de $102.300 hasta la efectiva escrituración y entrega de la posesión, los intereses y gastos y costas judiciales.

Relata que suscribió con la demandada un contrato de compraventa de un inmueble identificado como Casa 233 B del Barrio II de la Villa El Chocón el 30 de octubre de 2007; que la forma de pago sería de un adelanto de $7.372,62 y el saldo en 48 cuotas iguales y consecutivas todas las cuales han sido saldadas, conforme constancias que acompaña.

Agrega que la posesión no se entregó argumentando la demandada que había unos muebles que eran de propiedad de Gendarmería Nacional, que había ocupado la vivienda para su personal, acordándose que se entregaría una vez que sean retiradas tales pertenencias.

Relata que el inmueble estaba ocupado por Heredia (dependiente de Gendarmería) que devolvió la tenencia de la vivienda a la Municipalidad.

Dice que su letrada había pactado la devolución del inmueble con el Sr. Heredia, y que el día previsto cruzó un camión de gendarmería con muebles; pero cuando se dirigió a la vivienda advirtió que había un vehículo que estacionó marcha atrás y comenzó a bajar cajas y bultos. Refiere que formuló denuncia policial, siendo quien ocupaba el inmueble María Verónica Jaramillo, tramitando la causa penal, en la que se resolviera el sobreseimiento.

Refiere que promovió demanda civil por desalojo y daños y perjuicios y fue rechazada.

Cuenta que cuando concurrió a hablar con Di Fonzo (que ejercía el Dpto. Ejecutivo en ese momento) le hizo entrega de las llaves no obstante conocer el estado de ocupación del inmueble, aclarándole que la vivienda estaba en litigio.

Dice que comenzó a sospechar de una connivencia entre la Sra. Jaramillo y el Sr. Di Fonzo, que se acrecentó cuando recibió una nota donde le notificaron que no recibirían más pagos, por lo que decidió depositar la totalidad del saldo del precio de venta en la cuenta correspondiente a la demandada, depósito que realizó el 23 de abril de 2009 por $ 14.335,60. Agrega que pagó también el impuesto retributivo municipal hasta el año 2009, negando la demandada a partir de ese momento la emisión de las constancias y la percepción.

Destaca que, ocho días después de haber cancelado la totalidad del precio, la Municipalidad le notifica la Resolución N° 2/2009, de fecha 26 de marzo de 2009, por la que declara nulo el acto administrativo de compraventa del inmueble pretendiendo dar por tierra con el boleto de compraventa celebrado.

Dice que cuando adquirió el inmueble invocó razones humanitarias, especialmente por el nacimiento de su hijo con síndrome de down, hecho que impuso que buscara –junto con su esposo- la forma de adquirir una vivienda para brindarle un hogar permanente.

Agrega que habita la localidad desde hace más de 12 años.

Relata que hay un trasfondo político en la situación, desconociendo que lo actuado es un acto administrativo municipal, firme, consentido y que generó un derecho público subjetivo.

Dice que la Resolución cuestionada fue atacada de nulidad mediante recurso administrativo, con entrada 1226 de fecha 19/5/2009, sin que se resolviera, contestando la Municipalidad –ante el pedido de pronto despacho- que no consta registro del reclamo.

Relata que la usurpación de la vivienda por la Sra. Jaramillo está consentida y hay connivencia política ya que en la última elección municipal fue utilizada con propaganda política, pintada y pegada como centro político del MPN en beneficio del intendente ahora reelecto.

En relación con el contrato de compraventa, refiere que se estableció que la escritura se suscribiría dentro de los 365 días de celebrado el acto ante el escribano que notifique la vendedora con 90 días de antelación, con cargo de gastos a la compradora, habiendo expirado el plazo en el mes de octubre de 2008.

Al referirse a los vicios del acto impugnado señala que tiene vicio en el sujeto ya que fue dictada sin consentimiento y participación del Concejo Deliberante, obrando el Intendente fuera de su competencia. En el objeto, porque está en discordancia con la situación reglada por la norma; y en la motivación, ya que se trata de obrar antojadizo, caprichoso y arbitrario.

Agrega que el acto que se pretende anular funda su decisión en el incumplimiento de los requisitos legales establecidos en la Ordenanza N° 367/01, en particular el requisito establecido en el art. 2 inc. c).

Dice que la Ordenanza establece los requisitos para la adjudicación de la vivienda, los que son: en primer lugar la certificación de domicilio (hecho comprobable tanto por ella como por su esposo Gastón Leonardo García), y en segundo lugar, ser poseedor de buena fe, acreditando la ocupación.

Refiere que siempre obró con buena fe y ajustada a la normativa vigente a fin de obtener la vivienda adjudicada en legal forma; no como la Sra. Jaramillo que ha obrado de mala fe al peticionar respecto del inmueble cuando carecía de legitimación.

Destaca que la Resolución N° 02/2009 persigue en forma directa o encubierta una finalidad ajena al bien común, es decir, hay una clara desviación de poder, provocando un vicio en la finalidad del acto.

Solicita se revoque el Decreto N° 2/2009, declarando su inexistencia, atento que adolece de un vicio muy grave insanable, por no reunir los requisitos que se exigen para la validez de un acto regular, lesionar un derecho público subjetivo adquirido, afectar la legalidad, atentar contra la Constitución Nacional y contener una clara desviación de poder. Pide que otorgue validez y vigencia al acto administrativo anterior y se ordene la inmediata vigencia y validez a la compraventa del inmueble individualizado como casa N° 233 B Barrio II de El Chocón.

Peticiona la aplicación de la multa contractual. Dice que el contrato establece que, ante el incumplimiento, nace el derecho de cobro de $20 por día de demora.

Señala que teniendo en cuenta el plazo anual determinado para la firma de la escritura traslativa de dominio y la fecha de la firma del instrumento de compra, hasta el 30 de octubre de 2011 (interposición de la demanda) la multa ascendería a $29.200, más intereses y aplicable por día de retardo hasta la efectiva escrituración.

Reclama daños y perjuicios.

En relación con el daño emergente refiere que no ha podido usufructuar la vivienda, indicando los inmuebles que debió alquilar. Estima que la suma que ha abonado en concepto de alquileres asciende a $45.250, a lo que deberá agregarse lo que seguirán abonando.

En concepto de lucro cesante reclama la diferencia de lo gastado con el valor locativo de la vivienda comprada. Estima la suma de $22.050 con más la diferencia ampliable hasta la conclusión del contrato vigente, más intereses, gastos y costas.

Reclama la suma de $35.000 más intereses, en concepto de daño moral. Al fundar este rubro señala que el daño sufrido es mayúsculo si se tiene en cuenta que se la ha privado a ella y a su grupo familiar, máxime atendiendo a la situación de su hijo, de la posibilidad de disfrute de la vivienda, lo que hubiera resultado en beneficio de su estabilidad emocional.

Agrega que se la ha discriminado por haber adquirido el bien en la gestión anterior.

Funda en derecho.

II.- A fs. 20 mediante R.I. 259 se declara la admisión del proceso.

III.- Efectuada la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, a fs. 344 toma intervención el Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

A fs. 392/397 contesta demanda la Municipalidad de Villa El Chocón, opone excepción de defecto legal y contesta demanda en subsidio.

Enumera los trámites iniciados por la actora en esta Secretaría y los juzgados civiles (consignación y daños y perjuicios).

Dice que la actora se queja de que la Resolución N° 02/09 fue dictada unipersonalmente por el Presidente de la Comisión Municipal sin conocimiento y participación del Concejo Deliberante.

Relata que la Ordenanza N° 424/03 en su art. 2 faculta al Presidente de la Comisión Municipal a suscribir los boletos de compraventa que se hallen previstos en las Ordenanzas N° 367/01 y 386/02, tal como actuó el Presidente de la Comisión José Luis Mazzone que realizó en forma directa el boleto de compraventa con la Sra. Karina Alejandra Arroyo sin que fuera necesaria una ordenanza del resto de la Comisión Municipal. Agrega que en igual sentido actuó el actual Presidente de la Comisión Municipal al comprobar la falsedad ideológica de la Ordenanza donde se realizó el boleto de compraventa con la actora, actuando conforme lo establece el art. 79 y 80 de la Ley 53.

Dice que la nulidad del acto administrativo –boleto de compraventa- fue en ejercicio de una atribución legal debido a que no se dio cumplimiento a los requisitos legales establecidos en la Ordenanza 367/01 para adquirir viviendas en la localidad: la actora no presentó la certificación de domicilio dentro del ejido municipal, no acreditó documentalmente residencia transitoria en la vivienda, no acreditó la ocupación de la vivienda mediante contrato de comodato, alquiler, tenencia precaria o autorización municipal; en cuanto a los libre deuda por servicios retributivos, de energía eléctrica, gas y teléfono, no cumplió con ningún requisito.

Concluye que existió una falsedad instrumental en el contrato de compraventa que impide su perfeccionamiento por cuanto la actora nunca acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ordenanza N° 367/01.

Ofrece prueba.

IV.- A fs. 408 mediante R.I. 639/13 se rechaza la excepción de defecto legal opuesta por la demandada.

V.- A fs. 415 se abre la causa a prueba y a fs. 612 se clausura el período y se colocan los autos para alegar. A fs. 635/636 obra agregado alegato de la actora y a fs. 638/640 alegato de la demandada.

VI.- A fs. 645/654 se expide el Sr. Fiscal General quien dictamina que si la demandada entendía que el contrato de compra venta adolecía de vicios, debió acudir a la acción de lesividad. Propicia declarar la nulidad de la resolución impugnada. Haciendo mérito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -jerarquía constitucional otorgada mediante Ley 27044-, dictamina que ningún reproche cabe formular al acto de compraventa de la casa N° 233 B del Barrio II de Villa El Chocón, debiendo la demandada articular los medios para otorgar la posesión y escrituración.

Propicia que se reconozca una indemnización por un monto prudente que se estime sobre el valor de los alquileres que se abonaría desde marzo de 2010 hasta el 2015; y se rechace lo reclamado en concepto de daño moral porque no ha sido acreditado.

VII.- A fs. 662 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Para comenzar cabe señalar que la actora pretende la declaración de ilegitimidad de la Resolución 02/09 por la que se declaró la nulidad de la venta celebrada a su favor, y se declare válido y cumplido por su parte el contrato celebrado con la demandada, ordenándose la escrituración del bien.

Reclama, además, daños y perjuicios.

El instrumento en que basa su reclamo –que no fue desconocido- obra agregado en original a fs. 4/6 de los autos: “ARROYO KARINA ALEJANDRA C/ JARAMILLO MARIA VERONICA S/ DESALOJO Y DAÑOS Y PERJUICIOS” (EXPTE. 46634/2008 del Juzgado Civil 1 de Cutral Co, agregado por cuerda). Allí, el 30 de octubre de 2007, el Sr. José Luis Mazzone, en calidad de Presidente de la Comisión Municipal de Villa El Chocón y la actora convienen en celebrar un boleto de compraventa en el que la demandada vende y la actora compra una vivienda de propiedad de la primera ubicada en CASA N° 233 “B” Barrio II de Villa El Chocón. En la cláusula segunda se establece que la venta se realiza en base a títulos perfectos y se deja constancia que la escritura traslativa de dominio a favor del comprador se realizaría en un plazo no menor a 12 meses desde la firma del instrumento.

El precio total se convino en la suma de $24.575,41, el que sería abonado de la siguiente forma: la suma de $7.372,62 en efectivo y el saldo en 48 cuotas iguales, mensuales y consecutivas de $358,39.

En la cláusula quinta se estableció que la operación era irrevocable y ninguna de las partes podía dejarla sin efecto si no mediaba incumplimiento de la otra; en la cláusula séptima se pactó que para perfeccionar la venta, la compradora debía acreditar, previo a la firma del instrumento, los requisitos esenciales a fin de obtener el carácter de comprador, según Ordenanza N° 367/01.

En fecha 26 de marzo de 2009, la demandada dicta la Resolución N° 2/09 que resuelve el reclamo administrativo presentado por la Sra. María Verónica Jaramillo, quien funda su solicitud en que no surge acreditado del expediente que la Sra. Karina Arroyo haya sido poseedora del inmueble individualizado como casa N° 233 B del Barrio II de la localidad de Villa El Chocón, incumpliendo el requisito del inc. C del art. 2 de la Ordenanza N° 367/01, lo que la administración encuentra acreditado, declarando nulo el acto administrativo de compraventa del inmueble, revocándolo. En consecuencia, ordena la restitución a la Sra. Arroyo del importe abonado en concepto de compraventa del inmueble ($3.454,10, importe que es rectificado en la Resolución N° 3/09, y se

determina en la suma de $10.826,71).

Repasando, la Resolución N° 02/2009 declara nulo el acto administrativo de compra venta del inmueble individualizado como casa N° 233, Barrio II revocándose con efecto retroactivo. Tal decisión se funda en la falta de cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la Ordenanza N° 367/01 para adquirir viviendas en la localidad. Concretamente, encuentra acreditado el incumplimiento del requisito de ocupación de la vivienda por el comprador, adoleciendo el acto administrativo de venta de un vicio grave previsto en el art. 67 inc. B de la Ley 1284 (conf. Resolución 2/2009 -26 marzo de 2009- que en copia certificada obra a fs. 208/209 del Expte. Nro. 46634/2008).

Interpuesto reclamo administrativo por la actora, se dicta la Resolución 09/2009 –3 de julio de 2009- (que en copia certificada obra a fs. 211/213 del expediente citado supra). En tal oportunidad, el Presidente de la Comisión Municipal afirma que era su obligación comprobar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la validez de los contratos de compraventa, por lo que, promovida la impugnación por una administrada, es de su competencia revisar tal cumplimiento. Ratifica las Resoluciones N° 02/2009 y 03/2009 declarando nulo el acto administrativo de compraventa del inmueble.

Cabe destacar que la demandada no ha acompañado el expediente administrativo correspondiente afirmando -a fs. 476- que “lamentablemente inexplicablemente no hemos podido encontrarlo en nuestros archivos” (tex.)

IX.- Así las cosas, se advierte entonces que el acto administrativo de compraventa, de fecha 30 de octubre de 2007, fue declarado nulo por el Presidente de la Comisión Municipal por incumplir el requisito del inc. c del artículo 2 de la Ordenanza N° 367/01.

La Ordenanza N° 367/2001 da cuenta de que el Gobierno de la Provincia mediante Decreto N° 3326/99 traspasó las viviendas institucionales al Municipio de Villa El Chocón; y en su artículo 1° adjudica en venta estas viviendas, facultándose al Presidente de la Comisión Municipal para la firma de los boletos de compra venta con los potenciales compradores.

En el art. 2 se establecen las condiciones a exigir a los compradores. Y en el punto que aquí interesa, conforme los términos de la Resolución N° 2/2009 (punto c), la Ordenanza exigía: “Ser poseedor de buena fe, acreditando la ocupación de las viviendas mediante contrato de comodato, alquiler, tenencia precaria o autorización municipal”.

Esta es la condición que la Resolución N° 2/2009 halló incumplida por la actora, motivo por el cual, el 26 de marzo de 2009 declaró la nulidad del acto administrativo de compraventa celebrado el 30 de octubre de 2007.

Ahora bien, el cumplimiento de los requisitos fijados en la Ordenanza N° 367/2001 debían ser acreditados con anterioridad a la suscripción del boleto de compraventa (clausula 7°). El art. 3° de la misma Ordenanza, dentro de las obligaciones del Municipio, determinó: “Establecer un listado definitivo de ocupantes legitimados por este Municipio, haciendo valer el derecho de preferencia reconocido a los ocupantes, determinando el cumplimiento de requisitos y condiciones establecidos para ser propietario, previsto por la cláusula anterior”.

En autos, las partes firmaron el contrato en fecha 30 de octubre de 2007, la actora abonó el anticipo fijado en la cláusula tercera (30% del valor de la vivienda) y varias cuotas.

Conforme constancias de fs. 473, el inmueble en cuestión fue entregado por Luis Alejandro Heredia (dependiente de Gendarmería Nacional) al Presidente de la Comisión Municipal en fecha 23 de enero de 2008; y el 24 de enero de 2008 el mismo representante de la demandada hace entrega de un juego de llaves correspondientes a la vivienda identificada como casa N° 233 “B” ubicada en el Barrio II a la actora, dejándose constancia que se encuentra en litigio en virtud de encontrarse ocupada por una familia sin constancias que acrediten tal situación. Se deja constancia, además, que las llaves se entregan a quien, según los registros de la Comisión Municipal, figura como compradora de la vivienda (conf. fs. 105).

Hasta aquí se advierte entonces que, si luego de la realización de todos estos actos, la demandada advirtió que existía un vicio en el acto de fecha 30 de octubre de 2007, debió acudir –en su caso y si lo consideraba pertinente- al procedimiento establecido para la acción de lesividad y no declarar la nulidad tal como lo hizo en la Resolución N° 2/2009.

Es que, si el vicio que se le imputó al acto era de “origen” (incumplimiento de los requisitos exigidos por la Ordenanza 367/01; es decir, la discordancia con la cuestión reglada por la norma -art. 67 inc. b) de la Ley 1284-), ello hubiera determinado la sanción de nulidad de tal acto (no de inexistencia) y en tanto ya se habían generado derechos subjetivos para la actora (acto estable, art. 55 de la Ley 1284), su invalidez debió haber sido declarada judicialmente y no en sede administrativa.

Incluso la misma sanción de nulidad está prevista para el supuesto del art. 67 inc. j) de la Ley 1284, si es que quisiera entenderse que tal tacha es la que erige la Resolución 02/09 cuando se refiere a que la “Sra. Arroyo tenía pleno conocimiento de los requisitos…”, con lo cual, tampoco en ese caso hubiera sido procedente la revocación en sede administrativa.

Recuérdese que los actos, simples actos, reglamentos y hechos administrativos, emitidos o ejecutados en el procedimiento para la formación y ejecución de los contratos administrativos, están sujetos a las disposiciones de la Ley 1284.

Lo referido resulta suficiente, entonces, para admitir la pretensión en punto a la declaración de nulidad de la Resolución N° 2/2009

y su confirmatoria (art. 67 inc. f de la Ley 1284).

Luego, dado que la declaración de nulidad posee efectos retroactivos, la situación se retrotrae al momento anterior a la emisión de la Resolución N° 2/2009, es decir, ubica la cuestión en el contexto del contrato de compraventa vigente.

De modo que, siendo esa la situación, es decir, gozando el contrato de compraventa de presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad, no hay modo de desconocer los efectos que el mismo ha acarreado para la parte actora.

De cara a ello, corresponderá que la demandada actúe en consecuencia, arbitrando las medidas que entienda pertinentes para recomponer el derecho que ha sido desconocido a la accionante.

En este punto, no se soslaya que el inmueble habría estado ocupado por una tercera –la Sra. Jaramillo- quien, si bien instó el trámite para que finalmente se dictara la Resolución N° 02/09, lo cierto es que tal acto no le reconoce derecho alguno a su favor (ni ese ni ningún otro ha sido arrimado a la causa) por lo que no corresponde realizar ningún otro recorrido de análisis al respecto.

X.- Zanjado lo anterior, cabe analizar los daños reclamados.

Luego de examinar el confuso planteo formulado por la actora al respecto, vale adelantar que, tal como aparecen acreditados los hechos y las diferentes circunstancias que han rodeado la cuestión, se admitirá la pretensión formulada respecto al daño emergente y daño moral.

En este sentido, tomando en consideración el informe pericial elaborado por el tasador a fs. 566/571 y el contrato de locación de fs. 87/88 que da cuenta de los períodos en que la actora debió alquilar una propiedad para vivir en la localidad de Villa El Chocón, y lo relatado por la testigo que declara a fs. 498, se fija prudencialmente el monto indemnizatorio en la suma de $100.000.

Esta suma es comprensiva del daño emergente entendido como los gastos que debió afrontar ante la indisponibilidad de la vivienda comprometida en venta por la demandada.

En punto al daño moral, para el análisis de su correspondencia debemos partir de que nos encontramos dentro del ámbito de la responsabilidad contractual en el cual la procedencia de este tipo de daño es restrictiva. Su procedencia depende de la acreditación de la relación de causalidad entre el evento que se reputa dañoso y el daño que se aduce.

Para que el Estado responda por el daño causado, éste debe ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado y se debe haber producido como consecuencia de su accionar.

En este caso, la actora lo funda en que se la ha privado junto con su familia del disfrute que la vivienda le hubiera proporcionado, privando a su hijo de la estabilidad emocional que su patología le exige. Afirma que la situación le ha provocado innumerables trastornos, molestias y problemas familiares.

Ahora bien, no cualquier inquietud, molestia, perturbación o desagrado hace procedente la indemnización, máxime cuando esta tiene su origen en la afectación de bienes puramente materiales.

Lo expuesto se traduce, entonces, en una apreciación estricta, tanto en lo que concierne al comportamiento de la parte incumpliente, como en la apreciación de las repercusiones que pudo generar (cfr. Acuerdo N° 1065/04 en autos: “Álvarez”, entre otros).

Es decir que, para que nos encontremos frente a un daño moral resarcible, es necesario que el padecimiento tenga una entidad tal, que trascienda las meras dificultades o turbaciones que puedan producirse a raíz de un incumplimiento contractual (total o cumplimiento tardío).

En consecuencia, negada por la demandada la procedencia del daño moral, deben acreditarse las circunstancias que determinan que el daño moral se encuentra configurado, incumbiendo al actor demostrar la realidad de las lesiones que invoca a sus afecciones legítimas (cfr. CSJN, “Torres, Guillermo y otra. C.

Provincia de Buenos Aires”, La Ley 1986- D-3).

El análisis del caso determina que el desmedro moral habrá de ser reconocido aunque no con la entidad que pretende la actora, toda vez que la única prueba tendiente a acreditar el daño han sido las declaraciones testimoniales, y de los dichos de estos últimos no puede desentrañarse con la certeza que el rubro exige, si el padecimiento se atribuye a la enfermedad del hijo de la actora o a la situación presentada respecto del inmueble objeto de autos.

En consecuencia, las especiales circunstancias del caso, en el que los testigos dan cuenta que han sufrido problemas emocionales (fs. 496), que la actora se deprime por la enfermedad del nene, pero que lo de la casa lo agravó todo (conf. 498 vta.), llevan a estimar este rubro prudencialmente en la suma de $10.000.

En consecuencia, por los motivos expuestos, propicio al Acuerdo el acogimiento parcial de la demanda, declarar la nulidad de la Resolución N° 2/2009 y condenar a la demandada a abonar la suma de $110.000, con más los intereses que se calcularán conforme la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén desde la fecha del dictado de la Resolución cuestionada –26/03/2009- hasta el efectivo pago (cfr. Ac. 23/10, 25/10 y 27/10, entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de

Justicia).

XI.- Con relación a las costas, no encuentro motivo para apartarme de la regla, que es su imposición a la demandada vencida (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Massei, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General y por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Karina Arroyo contra la Municipalidad de Villa El Chocon y en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución N° 02/2009 y su confirmatoria. 2°) Condenar a la Municipalidad de Villa El Chocon a abonar a la actora la suma de $110.000 con más los intereses fijados en los considerandos. 3º) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del CPCyC de aplicación supletoria). 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

"CHESÑEVAR MAGDALENA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4373/2013) – Acuerdo: 47/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Seguridad Social.

JUBILACION. EMPLEADO DE LA PROVINCIA. DIFERENCIA DE HABERES JUBILATORIOS. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN. DETERMINACICN DEL HABER JUBILATORIO INICIAL. CATEGORIA DETENTADA AL MOMENTO DEL CESE. CONSTITUCION PROVINCIAL. PROPORCIONALIDAD. MOVILIDAD.

1.- Correponde rechazar la demanda incoada por la actora, quien al momento de jubilarse se desempeñaba como “Subtesorera” de la Provincia, categoría FS2, y pretende que su haber jubilatorio se actualice considerándose la categoría AP5 (atento que partir de la sanción de la Ley 2798 el cargo de “Subtesorero” fue recategorizado), pues la garantía constitucional impuesta por el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial, no se extiende a las recategorizaciones del cargo que sucedan con posterioridad al cese del servicio, y la movilidad, se aplica sobre la categoría al cese (en el caso FS. 2) y queda ligada a las variaciones que experimentan quienes se encuentran en actividad –en la categoría al cese-. Tampoco se encuentra acreditada la existencia de diferencias de haberes con referencia a la categoría– FS2-, en el marco del artículo citado. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría).

2.- Se debe hacer lugar la pretensión de la actora que se actualice su haber jubilatorio atento a que el cargo de Subtesorero que desempeñaba al momento de jubilarse fue recategorizado, y ordenar al organismo previsional a efectuar el reajuste solicitado respecto de la movilidad del haber jubilatorio, pues se encuentra probada la violación a la manda constitucional del art. 38°

inc. c) de la Constitución Provincial. (del voto del Dr. Massei, en disidencia).

Texto completo:

ACUERDO N° 47. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de mayo del año dos mil diecisiete se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, con la presencia de sus integrantes Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI y, por existir disidencia, con el Señor Presidente Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CHESÑEVAR MAGDALENA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 4373/13, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 3/8 vta. se presenta la Sra. Magdalena Chesñevar, por apoderado y con patrocinio letrado, e inicia demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Solicita se declare la nulidad de la Disposición del ISSN N° 392/13.

Asimismo, pretende que se condene a la demandada a readecuar su haber previsional a los parámetros constitucionales impuestos por el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial, tanto hacia el futuro como retroactivamente, más intereses y costas.

Relata que se desempeñó durante más de veinte años y hasta su jubilación como Subtesorera General de la Provincia del Neuquén.

Expresa que su función en la Tesorería se remonta al año 1973 (en que fue adscripta a la Tesorería General de la Provincia por Resolución 01/73) y hasta el momento de su jubilación en el año 1994 en que el cargo de "Subtesorera" seguía siendo ocupado formalmente por ella.

Indica que con fecha 12 de febrero de 1986 es designada "Subtesorera General" mediante Resolución N° 47 del Ministerio de Economía y Obras Públicas de la Provincia del Neuquén.

Aclara que la cobertura del cargo se efectuó bajo la categoría FUA (o 24) y a partir del año 1991 con la categoría FS2, según surge del Decreto del Poder Ejecutivo N° 1903/91.

Resalta que al acceder al beneficio previsional desempeñaba el cargo de "Subtesorera General de la Provincia de Neuquén", categoría FS2.

Afirma que detectó la desconexión de sus haberes jubilatorios de la percepción activa del cargo y la función desempeñada, situación que contraría la garantía emergente del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial.

Menciona que puede suceder que al determinarse el haber y aplicar la movilidad se hayan promediado distintas categorías, o bien, por decisión legislativa se haya cambiado la categorización del cargo mientras al "trabajador en actividad" que se refiere el art. 38° se le asigne una categoría con diferente remuneración.

Indica que conforme la Disposición del ISSN N° 392/13 padece ambas afectaciones (su haber se determinó considerándose las categorías FUA y FS2. Mientras que -a partir de enero de 2011- al cargo de Subtesorero le corresponde la categoría AP5.

Asimismo, agrega que el haber previsional no refleja el pago que perciben los activos de rubros calificados como "no remunerativos".

Menciona decretos del poder Ejecutivo local que hicieron lugar al reclamo de adecuación de haberes solicitado en diversos precedentes.

Reitera que la controversia constitucional puede producirse en cualquiera de los dos momentos: con la determinación del haber o al activar la movilidad.

Resume que, pretende el ajuste del haber en los términos constitucionales, con relación al trabajador activo, en el cargo y función que tenía al momento de jubilarse.

Aclara que la petición es a futuro y retroactivamente con más sus intereses, independientemente de las denominaciones de los adicionales que se pagan al sector activo y de la calificación de "remunerativo" o "no remunerativo" de cada aumento otorgado.

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

II.- A fs.18/18 vta. se decreta la admisión de la acción por medio de la R.I. 740/13.

III.- A fs. 21/22 la parte actora opta por el proceso ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fs. 26 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 30/35 el ISSN contesta la demanda.

Reconoce el carácter de jubilada de la actora.

Luego, efectúa las negativas de rigor.

Sostiene que la Sra. Chesñevar goza de una jubilación ordinaria en el marco de la Ley 611.

Afirma que para determinar el haber consideró las remuneraciones de los años 1991, 1992 y 1993 (tres mejores años de los últimos cinco años calendarios anteriores al cese).

Detalla que reajustó el haber previsional en el marco de la Resolución N° 172/07 considerando la categoría FS2 por 32 meses y FUA por 4 meses, ello en función de los Decretos y copias de los recibos de sueldos adjuntos al expediente jubilatorio.

Explica que ha seguido estrictamente el art. 56° de la Ley 611, que establece que para la determinación del haber se deben considerar las “remuneraciones actualizadas percibidas”.

Indica que la accionante no detentó en ningún momento la categoría que reclama (AP5), con lo cual considera imposible proceder a la adecuación de un haber que jamás formó parte de su remuneración, ni efectuó aportes sobre dichas remuneraciones.

Concluye que los haberes liquidados a la actora se ajustan a lo prescripto en la Ley 611 (arts. 56° y 60°) y art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial de conformidad a lo previsto por la Resolución N° 172/07 del Consejo de Administración del ISSN. Es decir, afirma que la accionante percibió y percibe en la actualidad el 80% del último cargo detentado en actividad. Encontrándose, garantizado mediante la Resolución 127/07, el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

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

VI.- A fs. 37 la actora, en ejercicio del art. 50° de la Ley 1305, amplía la prueba informativa.

A fs. 38/38 vta. se abrió la causa a prueba. A fs. 169 se clausuró dicho período.

VII.- A fs. 178/183 vta. se agregó el alegato de la parte actora y a fs. 184/186 el alegato de la demandada.

VIII.- A fs. 189/192 dictaminó el Sr. Fiscal General quien propone se rechace la demanda.

IX.- A fs. 193 se dictó la providencia de autos para sentencia la que, encontrándose firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones para el dictado del fallo definitivo.

X.- Ahora bien, la actora obtuvo el beneficio de jubilación ordinaria previsto en la Ley 611 (cfr. Disposición N° 1714/94 obrante a fs. 68 del Expte. 2408-133904/4), a partir del 07/10/1994.

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

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

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

XI.- Las cuestiones bajo análisis, han sido abordadas en varios de sus aspectos, por una nutrida jurisprudencia de este Tribunal.

En cuanto a las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria podemos remontar su estudio al caso “Messineo”.

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

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

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

De la misma forma, cuando posteriormente el titular se encuentra en goce de dicho beneficio, la relación entre el monto del beneficio y la remuneración que percibía en actividad no sólo debe mantenerse, sino que debe ser objeto de movilidad.

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

XII.- En segundo término, habré de referirme a la interpretación constitucional, la cual parte de la premisa del carácter supremo de

los textos constitucionales y, desde allí, de la necesaria adecuación de las leyes a sus previsiones.

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

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

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

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

En las presentes actuaciones la actora cuestiona la determinación del haber previsional inicial, como así también la forma en que se aplicó la movilidad –alega que el organismo demandado utilizó un mix proporcional entre las categorías FUA y FS2-.

Por otro lado, la accionante pretende se considere –para la aplicación de la movilidad- la categoría AP5 asignada al cargo de “Subtesorero General de la Provincia” a partir de la sanción de la Ley Provincial 2798 –desde el mes de enero de 2011- y peticiona la inclusión de adicionales más allá de la calificación de “remunerativo” o “no remunerativo”.

En primer lugar, surge de la carrera administrativa de la actora:

1- La Resolución N° 01/73 (véase fs. 127) emitida por el Ministro de Economía, Obras y Servicios Públicos, adscribe a la Sra. Chesñevar a la Tesorería General de la Provincia, a partir del 1 de enero de 1973.

2- Resolución N° 47/86 – Designa a la actora en el cargo de “Sub-Tesorera General de la Provincia” con categoría 24 (fs. 130).

3- El Decreto N° 1903/91 de fecha 13/05/1991 crea en el marco de la Ley 1878/91 y en el ámbito de la Subsecretaría de Hacienda, dependiente del Ministerio de Economía, el cargo de Subtesorera de la Tesorería General de la Provincia -categoría FS2-.

De los considerandos de la norma surge la conveniencia de adoptar normas para adecuar las estructuras de los órganos subordinados a la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía. Asimismo se resalta la implementación de nuevas metodologías de pagos de la Tesorería General y destaca que el cúmulo de tareas amplía de sobremanera el cuadro de responsabilidades que recae sobre los funcionarios que ejercen su conducción.

4- En función del Decreto N° 1903/91 el Ministro de Economía dicta la Resolución N° 156/91, que asigna -a partir del 1 de mayo de 1991- la función de Subtesorera de la Tesorería General de la Provincia a la Sra. Chesñevar, categoría FUA.

5- Luego, el Decreto N° 58/92 de fecha 13/01/1992 asigna cargos y funciones conforme el organigrama del Ministerio de Hacienda y Finanzas aprobado por Decreto N° 329/91. Se otorga la categoría FS2 para el cargo de “Subtesorera” que desempeña la actora, a partir del 1/01/1992.

6- Finalmente por Resolución N° 572/94 el Ministerio de Hacienda, Obras y Servicios Públicos, dispuso la baja a la agente Chesñevar, categoría FUA, para acogerse a los beneficios de la jubilación ordinaria a partir del 7/10/1994.

En función de la normativa trascripta se desprende que la accionante al concluir su carrera administrativa y acceder al beneficio jubilatorio –en octubre de 1994- se encontraba designada en el cargo de “Subtesorera de la Tesorería General de la Provincia”, categoría FS2 (desde el mes de enero de 1992), con categoría de planta funcional dentro de la administración pública FUA o 24.

XIV.- Ahora bien, al cesar de la actividad y acceder al beneficio previsional, el jubilado o pensionado adquiere un “status” que queda protegido por el derecho constitucional de propiedad.

De modo que, la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el activo como contraprestación de la actividad laboral, una vez cesada la misma y como débito de la comunidad por dicho servicio.

En dicho contexto, cuando se otorga un beneficio previsional, su monto originario responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que deriva del status del beneficiario, siendo ese ingreso una proyección que sustituye a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad; debe por tanto, el monto originario guardar una cierta proporción con esa remuneración.

En este marco, la Constitución Provincial (art. 38 inc. c) determina la proporción infranqueable del 80% con relación al sueldo que

percibe el trabajador al momento de cesar su actividad para acogerse al beneficio jubilatorio, proporción que en orden a la movilidad debe mantenerse a lo largo de su vida en pasividad y –como ya se señaló- constituye una precisa instrucción al legislador a los fines de instrumentar un sistema normativo acorde a dichas directivas.

Por consiguiente, el análisis de la garantía constitucional debe efectuarse sobre la categoría FS2 que ostentaba la actora al cese, al tratarse de la categoría jerárquica alcanzada en actividad sobre la cual aportó y debió determinarse el haber correspondiente al beneficio jubilatorio y luego, aplicarse las variaciones (movilidad).

La administración pública, es dinámica, en forma constante se producen transformaciones orgánico-funcionales dentro de los distintos organismos y/o ministerios, situación que es reflejada en las misiones y funciones de los cargos y provoca recategorizaciones.

El cargo se modifica junto con la administración y la categoría es asignada conforme la estructura (pudiendo ser superior o inferior –según las mayores o menores responsabilidades a cargo- a medida que pasa el tiempo).

Sin dudas, cuando nos encontramos frente a un cargo político, las categorías sobre el cargo testigo pueden aumentar o disminuir con mayor frecuencia, desvirtuándose así el principio de la “necesaria relación” o “proporcionalidad” con el haber de actividad.

En consecuencia, en materia previsional dentro de nuestra legislación provincial y a los efectos de respetar la garantía constitucional –art. 38 inc. c)- la equiparación debe efectuarse sobre la categoría ostentada al cese –FS 2-, conforme la asignación que realizara el Decreto N° 58/92 (que a su vez remite al organigrama del Ministerio de Hacienda y Finanzas aprobado por Decreto N° 329/91).

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

XV.- Finalmente, la cuestión encierra en este punto un tema probatorio.

No obstante, el esfuerzo probatorio de la actora se reduce: a la comparación de la evolución de haberes de la Sra. Lidia Esther Rodríguez, la evolución de las categorías FS2 y AP5 de la actora, sin contar con pericia contable específica sobre la categoría FS2.

Entonces, resultan determinantes las planillas de simulación de sueldo –categoría FS2- suscriptas por la Directora de Sueldos del Ministerio de Economía y Obras Públicas (a fs. 123/124) y los recibos de haberes jubilatorios que demuestran lo efectivamente percibido por la actora (ver fs. 86/117).

Al confrontar los montos que surgen de las planillas y de los recibos, se observa que los haberes abonados a la actora han alcanzado el piso del 80% garantizado constitucionalmente –sobre la categoría que ostentaba al cese-.

Consecuentemente, no ha acreditado el menoscabo en los haberes jubilatorios que alega, respecto de la proporcionalidad establecida por la Constitución Provincial, con relación a la remuneración de la categoría con que accedió al beneficio previsional –FS2- (cfr. criterio sentado en autos: “De la Colina", Ac. 920/3).

XVI.- En mérito a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo se rechace la demanda, con costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: I.- Que tal como ha quedado planteada la presente causa, he de expresar que sin perjuicio del respeto institucional que me merece el voto del colega que me precede en el orden de votación, discrepo con la solución y fundamentación propuesta en cuanto se pronuncia sosteniendo que la jubilación percibida por la actora respeta el principio constitucional de la movilidad del haber jubilatorio.

El desacuerdo del suscripto radica justamente en entender que se encuentra probado que el organismo demandado no ha cumplido con el pago del haber jubilatorio de la accionante respetando el mínimo del 80% de lo que perciben los trabajadores en actividad.

II.- Con el objeto de fundar mi disenso, resulta esclarecedor traer a colación que la controversia de esta causa radica en que la actora niega que las liquidaciones de la demandada hayan respetado el piso del 80% establecido constitucionalmente en el periodo reclamado, mientras que el organismo previsional sostiene que ello no es así, y que además tal situación no se encuentra probada por la demandante tal como se desarrolla en el voto precedente, a cuyas consideraciones me remito en mérito a la brevedad.

Y en este orden de ideas, en mi concepto, la situación aquí planteada es similar a la que fuera analizada en numerosos precedentes de esta Sala, entre los que puede citarse la causa “Vespoli” (Ac. 42/15) en la que me tocó pronunciarme en primer término y cuyo marco conceptual traeré a colación a fin de dilucidar la presente causa.

Tal como se resaltó en el Acuerdo n° 42/15 de este TSJ el concepto de movilidad implica que “la remuneración que percibía en actividad no sólo debe mantenerse, sino que debe ser objeto de movilidad, lo que presupone que ese monto debe aumentar con

respecto a la antigua remuneración (movilidad posterior)".

Así, la movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibiría el jubilado si siguiera en servicio activo.

Y como se ha dicho: "La proporcionalidad está cuantificada en el ámbito local por el dispositivo constitucional del art. 38, inciso c), presentándose como un imperativo que la Provincia mediante la sanción de leyes especiales asegurará a todo trabajador, en forma permanente y definitiva, jubilaciones y pensiones móviles, que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad"(cfr. Acuerdo n° 42/15).

III.- Establecido el marco jurídico, resta analizar la cuestión fáctica y probatoria.

A fin de despejar la misma, partiremos de las coincidencias de las partes, las que radican en que la actora se jubila como Subtesorera de la Provincia en la categoría FS2 y que el organismo demandado utilizó un mix proporcional entre la categoría FUA y FS2 a los fines del cálculo del haber inicial.

Luego, y en cuanto a la discrepancia que motiva el objeto del presente juicio radica en que la demandante pretende se aplique el 80% establecido por el art. 38 inc. c) tomando como referencia la categoría AP5 que fuera asignada al cargo de Subtesorero General de la Provincia por Ley 2798.

El voto ponente en coincidencia con la defensa ensayada por el organismo demandado, indica que este extremo no se encuentra probado dado que a su entender el medio de prueba idóneo era la pericial contable.

Ahora bien, si bien es cierto que su utilización hubiera agilizado la decisión de esta causa, no es menos cierto que el simple cotejo de las pruebas rendidas dan cuenta que las mismas resultan más que suficientes para tener por probado el extremo alegado.

Es que como bien lo viene señalando esta Sala a través de numerosos precedentes "El beneficio jubilatorio sustituye la retribución que percibía el agente en actividad" (Ac. TSJ 61/13).

Y en el caso de autos esto decididamente no sucede surgiendo de las constancias que se analizarán seguidamente.

Las pruebas rendidas a fs. 119 (Oficio n° 273/14) a fs. 121 (Informe Cr. Paramidani) y fs. 52 (declaración testimonial), analizadas contextualmente en el marco de la sana crítica racional, son concluyentes en darle razón a la pretensión actoral.

Es que de las mismas se desprende que la Sra. Chesñevar se desempeñó desde el año 1986 hasta el año 1994 (en que se jubila) en el cargo de Subtesorera General de la Provincia con la categoría FS2. Surge a su vez, que en año 2011 por imperio de la Ley Orgánica de Ministerios de la Provincia del Neuquén n° 2798 (7-12-2011), cambió la denominación presupuestaria pasando a llamarse AP5, sin que las funciones de revista correspondientes a la función de subtesorera se modificaran.

Justamente la prueba producida en la causa, y sobre todo la testimonial de la Sra. Rodríguez (-fs. 52-) es elocuente en cuanto a que Chesñevar además de las funciones de subtesorera ejercía las de tesorera, ante la ausencia de ésta última; y lo que es más relevante aún para la dilucidación de esta causa es que la Sra. Rodríguez (que ingresa a trabajar en el año 1960 como colaboradora-subalterna de la actora), percibió siempre una remuneración menor, dado que por su jerarquía la demandante tenía un cargo superior.

Pero también ha sido motivo de prueba –y ha quedado demostrado- que encontrándose la actora Chesñevar y la testigo Rodríguez ambas jubiladas en sus categorías originarias, a partir del año 2012 la jubilación de la testigo comienza a ser superior, aún cuando su cargo de referencia es inferior.

Esta prueba viene a ratificar la tesitura expuesta por la actora en su escrito de demanda en cuanto a que, al entrar en vigencia la Ley 2798 el cargo de la actora pasar a denominarse presupuestariamente AP5 (Subtesorero de la Provincia), mientras que esto no fue advertido por el poder administrador quien siguió liquidándole el haber jubilatorio conforme la categoría prevista en el escalafón anterior –FS2- lo que trajo aparejado, en los hechos, que por ejemplo la testigo Sra. Rodríguez en el año 2013 llegara a superar los emolumentos jubilatorios de quien, en actividad, fuera su jefa.

Esta inequidad en la liquidación de la movilidad, surge evidente, a poco que se coteje el haber jubilatorio de la actora (fs. 97) –para el periodo agosto 2011-diciembre 2013- con lo que percibía en actividad la categoría AP5 para idéntico periodo (-fs. 123/125- Planilla de Simulación de sueldos emanada de la Directora de Sueldos-) y deduciéndole a esto último el 80% previsto por la Constitución Provincial. Las diferencias a favor de la actora son contundentes.

En este orden de ideas, un simple cálculo matemático da cuenta que para el período reseñado, la actora tuvo una pérdida promedio que fluctuó entre el 55% y 60% entre lo percibido y lo que debió percibir.

Nótese a modo de ejemplo, que se repite a lo largo de todo este periodo analizado que para los meses de Marzo/Diciembre de 2012 que su haber jubilatorio bruto debió significar la suma de $18.847,67, mientras que percibió la suma de $8.460,88 (-fs. 101/106-) importando una pérdida del 55 % en su haber aproximadamente.

De igual modo puede observarse en el periodo Enero/Junio de 2013, su haber jubilatorio debió significar la suma de $20.174,51,

mientras que percibió un monto menor, que ascendió a $8.460,57 (-fs. 107/111-) con una pérdida del 58% en su haber.

Finalmente para el periodo Julio/Diciembre 2013, su pérdida en el haber jubilatorio llegó a ser del orden 60% (-fs. 111/114-).

IV.- Lo expuesto, amerita se haga lugar a la pretensión de la actora de ordenar al organismo previsional a efectuar el reajuste solicitado respecto de la movilidad del haber jubilatorio, atento a encontrarse probada la violación a la manda constitucional, conforme el desarrollo efectuado supra.

Las sumas resultantes se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia y devengarán intereses desde que cada suma es debida.

V.- Las costas, serán soportadas por la demandada, atento el principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCyC de aplicación supletoria en la materia). TAL MI VOTO.

El señor Presidente Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE, dijo: Dejando a salvo que por no integrar la Sala Procesal Administrativa no he tenido oportunidad de pronunciarme en relación con la cuestión de fondo aquí debatida, a fin de dirimir la cuestión y luego de analizar las posiciones de los Señores Vocales votantes, adhiero a las conclusiones y solución propuesta por el Doctor Kohon.

ASI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal General, por mayoría, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda incoada por la Señora MAGDALENA CHESÑEVAR contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN; 2°) Imponer las costas a cargo de la actora vencida (art. 68 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. ALFREDO ELOSU LARUMBE - Presidente. Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"NAHUELÁN CARLOS C/ MUNICIPALIDAD DE LAS LAJAS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3907/2012) – Acuerdo: 60/17 – Fecha: 12/05/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEO PÚBLICO. MUNICIPALIDAD. PERSONAL CONTRATADO. INGRESO A LA ADMINISTRACION PÚBLICA MUNICIPAL. PERSONAL EXCLUIDO DEL ESTATUTO. RECAUDOS PARA EL INGRESO. REINCORPORACION. RECHAZO. CONTRATOS SUCESIVOS. FALTA DE RENOVACION. PRINCIPIO PROTECTORIO DEL TRABAJO. INDEMNIZACION. CALCULO.

1.- No resulta viable ordenar la reincorporación del actor a la planta de personal del Municipio demandado y con quien se vinculó por sucesivos contratos por más de ocho años, por cuanto no se encuentran reunidos los requisitos para acceder a lo peticionado. En efecto, de la lectura de los contratos suscriptos entre el actor y el Municipio surge que, en forma expresa, se consignó el carácter de “contrato especial” y, por ello, excluido del Estatuto (cfr. cláusula 4° de los contratos agregados …). Esta circunstancia determina la imposibilidad para el actor de merecer la protección estatutaria puesto que, como se ha visto, la preceptiva es clara y no exime del requisito del acto de designación para ingresar a la planta permanente del Municipio

(con lo cual, el mero transcurso del tiempo es inocuo a estos efectos).

2.- El actor deberá ser indemnizado por el municipio con quien mantuvo un vínculo en base a sucesivos contratos especiales de trabajo (hecho expresamente reconocido en la demanda), ya que el mantenimiento de una relación precaria frente a la decisión de dar por finalizada la vinculación al término del último de los contratos que venía siendo renovado en forma sucesiva, sin prodigarle ningún tipo de protección, ciertamente se aparta del principio "protectorio" del trabajo. Consiguientemente, frente al modo de finalización del vínculo laboral que unió a las partes, y por aplicación del principio constitucional de la protección al trabajo en todas sus formas, resulta razonable otorgar al accionante una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Texto completo:

ACUERDO N° 60. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares Doctores RICARDO TOMAS KOHON y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMÚDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "NAHUELÁN CARLOS C/ MUNICIPALIDAD DE LAS LAJAS S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. 3907/2012, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 111/126 el Sr. Carlos Nahuelan, por apoderado, promovió acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Las Lajas.

Solicita que se ordene la reincorporación a su cargo como empleado de la demandada en las mismas funciones que se desempeñaba al momento del despido y que se le abone una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a causa del despido arbitrario.

Expresa que ingresó al municipio el 3/6/2003 cumpliendo funciones como sereno en el corralón municipal. Añade que la relación se mantuvo en forma ininterrumpida hasta el despido dispuesto el 12/1/2012.

Señala que, a raíz de un accidente laboral que sufrió en febrero de 2008 y que le dejó secuelas incapacitantes, a partir de 2009 y hasta el despido, pasó a desempeñarse como polivalente en el Museo Histórico Regional.

Apunta que su ingreso se produjo a través de un contrato de trabajo temporario, al que le siguieron otros, a lo largo del periodo que va de junio de 2003 a diciembre de 2011.

Afirma que las tareas que realizaba eran las normales y habituales de cualquier empleado municipal.

Manifiesta que el 3 de enero de 2012 se presentó a trabajar, como era habitual, pero que la persona encargada del museo le negó el ingreso y le informó que había cesado como empleado municipal.

Refiere que se produjo un intercambio mediante telegramas y cartas documento en las que reclamó pretensiones similares al objeto de esta causa.

Argumenta y cita jurisprudencia para afirmar que la relación de empleo público que tenía con la Municipalidad de Las Lajas estaba alcanzada por la garantía de estabilidad.

Entiende que el despido fue arbitrario y refiere al art. 14 de la Constitución Nacional y al art. 156 de la Constitución Provincial.

Expresa que el despido obedeció a un cambio de gestión de gobierno.

Solicita se haga lugar a la reincorporación y se le otorgue una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

II.- A fs. 170, mediante R.I. 293/13 se declaró la admisión del proceso. Luego, el actor optó por el procedimiento ordinario.

III.- Sustanciada la demanda, a fs. 179 tomó intervención el Sr. Fiscal de Estado y a fs. 194/203 la Municipalidad de Las Lajas contestó la demanda.

Solicita el rechazo de la acción, con costas.

Efectúa la negativa ritual de los hechos alegados en la demanda. Alega la inadmisibilidad formal de la acción.

Reconoce los contratos suscriptos con el actor. No obstante, señala que carecen de sello y que son por tiempo fijo y determinado.

Alega que no se configuró una relación de empleo público. Sostiene –con referencia a antecedentes de este Tribunal- que el actor no estaba alcanzado por la garantía de estabilidad en el empleo, desde que, la misma, no se adquiere por el mero paso del tiempo.

IV.- A fs. 207 se abrió la causa a prueba, periodo que fue clausurado a fs. 284. A fs. 287/290 y fs. 311/314 obran agregados los alegatos de la actora y de la demandada, respectivamente.

V.- A fs. 301/308 dictaminó el Sr. Fiscal General del Tribunal. Entiende que el actor no se encuentra alcanzado por la garantía de estabilidad. Propicia el acogimiento parcial de la demanda a través del otorgamiento al actor de una indemnización en base a los parámetros del art. 245 de la LCT.

VI.- A fs. 310 se dictó el llamado de autos para sentencia, el que se encuentra firme y coloca a las presentes actuaciones en condiciones para el dictado de la sentencia.

VII.- Ahora bien, al acceder a esta instancia judicial, el accionante solicita que se declare su derecho a ser reincorporado a la planta de personal del Municipio de Las Lajas.

Funda su pretensión en la circunstancia de haberse vinculado contractualmente en forma ininterrumpida durante más de ocho años realizando tareas normales, habituales y propias del Municipio.

Dado los términos de la pretensión, corresponde abordar el estudio del caso, desde el punto de vista estatutario.

En esta línea, el artículo 1º del Estatuto y Escalafón Municipal, dispone que “quedan sujetos al presente Estatuto y Escalafón, todos los agentes municipales de carácter permanente de la Municipalidad de Las Lajas y que revisten en el Departamento Ejecutivo, Honorable Concejo Deliberante, como así mismo el personal jornalizado que se haya desempeñado ininterrumpidamente durante seis (6) meses de relación en dependencia con la Municipalidad.”.

En el Capítulo II, “Condiciones para el ingreso”, se diferencian dos supuestos: Personal transitorio: para ingresar como agente de la Municipalidad de Las Lajas en carácter de personal transitorio, jornalizado …, deberá reunir las condiciones y/o aptitudes que la vacante requiera: a) El personal transitorio jornalizado, podrá ser nombrado como permanente, sin concurso, siempre que acredite haber prestado servicios ininterrumpidos en la Municipalidad, durante seis (6) meses. b) Es condición imprescindible para acogerse a los beneficiosdel inciso anterior, gozar de buen concepto de sus superiores inmediatos y el dictamen favorable de la junta de Admisión, Calificación, Ascensos y Disciplina (art. 4) y; personal permanente: Para ingresar como agente de la Municipalidad de Las Lajas con carácter permanente se requiere: a) ser ciudadano argentino nativo o naturalizado; b) Probar idoneidad suficiente y/o tener título habilitante para la función específica a cumplir; … (art. 5).

A su vez, el artículo 6° inc. c) dispone que “el personal que se desempeñe o se hubiere desempeñado con carácter de contratado, no podrá ser nombrado en ninguno de los cuadros correspondientes para el personal de la planta permanente, salvo que se ajuste a lo establecido en el inciso “c” del art. 18°, Capítulo V, es decir, que su nombramiento quedará supeditado al resultado del concurso de oposición y antecedentes qu a tal efecto se realice.”

Luego, en el capítulo IV, se establece que la designación del ingresante como personal permanente, tendrá carácter provisorio por el término de seis meses y quedará sujeta a confirmación, previo informe del Secretario y el Dictamen favorable de la Junta de Admisión, Calificación, Ascenso y Disciplina que deberá expedirse en un plazo de 15 días. Su calificación se efectuará al quinto mes y para su confirmación en el cargo deberá tener –como mínimo- concepto “bueno” (art. 14).

El período de prueba se exceptúa para el personal transitorio, requiriéndose, en reemplazo, tener en su legajo informe actualizado de idoneidad y capacidad emanado de sus superiores y de la Junta antes citada (art. 16).

En el capítulo VIII, se enumeran los derechos del personal, estableciéndose en el art. 28 inc. a) el de Estabilidad. Específicamente, el artículo 29 consigna:

“Producida la incorporación definitiva del agente, adquiere la estabilidad y sólo perderá el cargo por las causas o procedimientos que este estatuto y Escalafón determina, no pudiendo ser privado de su empleo mientras dure su buena conducta y competencia….”

Hasta aquí el régimen estatutario del que emerge que, cualquiera sea la modalidad de vinculación, para el ingreso a planta permanente se necesita un “acto” de designación o “nombramiento” en los términos estatutarios.

Desde esta perspectiva, corresponde reafirmar la línea argumental plasmada, entre otros, en los autos “Alcaraz”, en el sentido de que la existencia de uno o varios contratos a plazo, renovados o no y la presunción de una tácita reconducción, son insuficientes frente a la inexistencia de un acto de designación en planta permanente: el nombramiento debe acreditarse.

En esta línea, adhiero a los argumentos relativos a que el tiempo transcurrido o el carácter de las tareas desarrolladas son insuficientes para justificar que se acuerde un derecho cuyo nacimiento está supeditado a determinadas condiciones, si éstas no se cumplieron (Fallos 310:195; 310-1390; 310:2927).

Ello así, no sólo por cuanto en materia de funciones y competencias, el marco normativo, la gestión y la estructura de la

organización, en la generalidad de los casos, no permiten obtener una definición uniforme de lo que debe entenderse por "tarea propia del personal permanente" (cfr. Miriam Ivanega, op. cit. pág. 256), sino porque, además, esta práctica termina por desnaturalizar el sistema (particularmente en lo referido al "ingreso"), lo que en nada contribuye a las finalidades en orden a la cuales se han dictado las normas regulatorias del empleo público.

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

Desde éste vértice, mal podría el Poder Judicial disponer el "ingreso" del accionante a la planta de empleados permanente del Municipio, cuando ello no ha sido considerado, por la propia administración, como necesario ni justificado.

Debe insistirse en que, si lo que debe controlarse jurisdiccionalmente es que la actuación de la Administración se ajuste al principio de legalidad, mal podría –aún cuando ello respondiera al propósito de limitar la discrecionalidad administrativa en el uso o abuso de la modalidad contractual- concederse el reconocimiento directo de un derecho -en el caso, a la estabilidad en el empleo-cuya adquisición se encuentra debidamente reglamentada y lucen ausentes los presupuestos para su obtención (para el caso, acto de designación).

Por lo tanto, salvo los supuestos en que los propios ordenamientos legales expresamente determinan que la situación de los empleados temporarios se transforma en un vínculo permanente por el solo transcurso del tiempo, en los restantes casos, esa sola circunstancia es insuficiente para generar un derecho a la incorporación a la planta permanente. Esta circunstancia, además, es de interpretación restrictiva, en la medida en que se trata de la modificación de un status jurídico vigente, aceptado por ambas partes del contrato y que constituye una excepción al sistema que las leyes prevén para la incorporación de agentes a la administración (cfr. Sup. Corte de Justicia de Mendoza, "Infante, Gabriela M. c. Provincia de Mendoza" Lexis, 70044384).

En ese razonamiento la Corte Nacional sostiene que, aún frente al dilatado tiempo de prestación en calidad de contratados, el mero transcurso del tiempo y el hecho de prestar servicios en un plazo superior a los doce meses no puede trastocar por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración (causas "Rieffolo Basilotta", "Jasso", "Marignac", "Gil", "Galiano", "Castelluccio"). Así también, en la causa "Wolf", afirma que aunque no se fije expresamente en el respectivo instrumento la fecha de vencimiento del contrato, tal ausencia no confiere, por sí misma, el carácter permanente a la relación en tanto y en cuanto de los términos del contrato no surja esa condición.

De la reseña de la doctrina del Máximo Tribunal Nacional podemos afirmar que sólo cabe remitirse al acto de la incorporación y a la voluntad allí manifestada (contrato); el problema debe ceñirse a la formalidad del título y a la inexistencia de algún acto expreso que modifique su carácter y no a la legitimidad del reclamo según sus circunstancias (duración total de la relación bajo la figura de la contratación; tipo de tareas asignadas).

Y estas conclusiones no se modifican a partir del pronunciamiento que dictara en autos "Madorrán" y en "Ramos José Luis" puesto que, aún cuando –en este último caso- reconoció que, ante la sucesivas vinculaciones contractuales, el comportamiento del Estado tuvo aptitud para generar una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección del artículo 14 bis contra el despido arbitrario, aclaró que "…la solución propuesta no significa que el mero transcurso del tiempo haya modificado la situación irregular del actor, que tiene derecho a reparación de los perjuicios derivados del ilícito obrar de la demandada, pero no podría solicitar su reincorporación al empleo ni a la aplicación de un régimen laboral específico. En particular, no puede sostenerse que el actor tenga derecho a la reincorporación en el cargo…" Y, distinguió:

"De esta manera, la cuestión aquí debatida se diferencia de la decidida por esta Corte en la causa "Madorrán" (Fallos 330:1989) porque en aquél supuesto el actor había sido designado como empleado de planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en su cargo" (cfr. en extenso, considerandos 7 y 8).

VIII.- Aplicados estos conceptos al caso bajo análisis, puede reconocerse desde ya que no se encuentran reunidos los requisitos para acceder a lo peticionado por la parte actora.

En efecto, de la lectura de los contratos suscriptos entre el actor y el Municipio surge que, en forma expresa, se consignó el carácter de "contrato especial" y, por ello, excluido del Estatuto (cfr. cláusula 4° de los contratos agregados a fs. 14/29).

Esta circunstancia determina la imposibilidad para el actor de merecer la protección estatutaria puesto que, como se ha visto, la preceptiva es clara y no exime del requisito del acto de designación para ingresar a la planta permanente del Municipio (con lo cual, el mero transcurso del tiempo es inocuo a estos efectos).

No obstante, como se dijo anteriormente, cabe analizar si el comportamiento del Estado tuvo aptitud para generar una legítima expectativa de permanencia laboral, aquella que, en mi posición, conllevaría a dispensar una reparación con anclaje en las normas protectorias del trabajo en "todas sus formas".

En efecto, sin necesidad de reiterar aquí todas las consideraciones que fundaron ese criterio, expuestas in extenso en el fallo "Tamborindegui" Ac. 12/11 a cuya lectura me remito en honor a la brevedad, en lo que aquí importa vale recordar que se ha sostenido que: "como no podría ser de otra manera, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, nuestra Carta Magna Provincial ha consagrado en forma expresa al "normal ejercicio del trabajo" como un derecho personal con carácter inviolable y al "derecho al trabajo" como un derecho social, el que además, por ser un derecho humano, es protegido vigorosamente por el ordenamiento jurídico internacional ya enunciado, reforzando el llamado "principio protectorio".

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

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

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

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

Se puede concluir, entonces, en que el reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores dependientes, tanto públicos como privados, ha sido dispuesto en el derecho positivo internacional, nacional y provincial, acordándose estándares mínimos de protección. Y, en este esquema protectorio, ha de insertarse, el tratamiento de la situación del personal contratado.

De modo que, de desnaturalizarse el uso de la figura contractual, es imperativo buscar una interpretación que, por aplicación del "principio protectorio del trabajo en sus diversas formas", en conjunción con las disposiciones relativas al régimen de la función pública, permita hacer efectivos los postulados constitucionales acordando una indemnización compensatoria pues, de lo contrario, se diluirían las garantías constitucionales citadas.

IX.- Sentado lo anterior, corresponde analizar, entonces,si se encuentran dadas las circunstancias que habilitarían la reparación señalada.

De las constancias obrantes en la causa surge que no se encuentra controvertido que el vínculo del actor con la accionada fuera mediante la suscripción de diversos contratos especiales de trabajo (hecho expresamente reconocido en la demanda).

Tampoco se encuentra, en rigor, discutido el tipo de tareas desarrolladas y el lapso temporal durante el cual se extendieron las mismas.

Por otra parte, no existe, en autos, prueba que acredite que los trabajos o funciones que desempeñó el actor no pudieran ser cumplidas por los agentes estables o que obedecieran a una necesidad extraordinaria y por un tiempo determinado.

En este aspecto debe notarse que las funciones asignadas al actor como sereno en el Corralón Municipal y luego polivalente en el Museo –aspecto en el que coinciden los testimonios aportados a fs. 236 y 258-, no pueden excluirse de las habituales de la comuna demandada ni se presentan como eventuales o estacionales, pues resultan inherentes al quehacer municipal.

Asimismo, surge de su recibo de haberes que se le pagaban diversos ítems propios del personal de planta permanente (S.A.C., antigüedad, seguro de vida).

Estas circunstancias, unidas al período durante el cual se prolongaron los contratos, ponen de resalto que el recurso a la contratación temporaria se ha desvirtuado.

Y desde éste vértice, el mantenimiento de una relación precaria frente a la decisión de dar por finalizada la vinculación al término del último de los contratos que venía siendo renovado en forma sucesiva, sin prodigarle ningún tipo de protección, ciertamente se aparta del principio "protectorio" del trabajo.

Por ello, si bien he de insistir en que el mero transcurso del tiempo no genera el derecho a la incorporación a la planta permanente o a hacerse acreedor de la garantía de estabilidad en sentido propio, en el caso, estimo que se encuentran acreditados los extremos que llevan a acordar una indemnización compensatoria.

Para ello, tal como lo ha apuntado la Corte Nacional en el caso “Ramos”, dadoque se trata de reparar la conducta ilegítima de un organismo estatal, la solución debe buscarse primero en el ámbito del derecho público y administrativo (cfr. consid. 9).

No obstante, toda vez que no existe en el derecho público local (vgr. normas estatutarias) una disposición que en forma razonable logre compensar la protección omitida, y considerando que ésta debe traducir una “reparación integral y equitativa”, contexto en el que se inscriben las normas constitucionales provinciales que se ocupan del “derecho al trabajo” (art. 40, aplicación de la legislación laboral más beneficiosa para el trabajador), a efectos de poder establecer una “indemnización adecuada” habrá de recurrirse, en forma analógica, a la escala prevista en el art. 245 de la LCT.

Es que en ausencia de previsiones legislativas que, en el contexto del derecho público, permitan acordar una medida equitativa para la reparación, se podrá acudir analógicamente a las previsiones de la Ley de Contrato de Trabajo (cfr. Bottasi, Carlos, “Ensayos de Derecho Administrativo”, Ed. Platense, Capítulo II: “Empleo Público y Derecho Social”, pág. 92/93).

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

En función de lo expuesto, entonces, frente al modo de finalización del vínculo laboral que unió a las partes, y por aplicación del principio constitucional de la protección al trabajo en todas sus formas, resulta razonable otorgar al accionante una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicho importe devengará los correspondientes intereses, a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén computables desde la fecha en que se produjo la desvinculación definitiva (12/1/12) y hasta el efectivo pago, todo lo que deberá ser determinado en la etapa de ejecución de sentencia.

Por último, con relación a las costas, teniendo en cuenta el modo en que se resuelve la causa, que la demanda prospera parcialmente, y siguiendo el precedente jurisprudencial citado –Ac. 12/11- corresponde imponerlas en el orden causado (art. 71 del C.P.C. y C., última parte). ASI VOTO.

La señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI, dijo: Por compartir los desarrollos y argumentaciones efectuadas, adhiero a la solución brindada por el

Sr. Vocal que abre el Acuerdo. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda incoada por el Sr. Carlos Nahuelán contra la Municipalidad de Las Lajas; 2º) En consecuencia, condenar a la demandada a abonar al accionante una indemnización cuyo monto se fijará con el alcance previsto en el considerando IX del presente pronunciamiento. Dicho importe, devengará los correspondientes intereses, a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, computables desde la fecha en que se produjo la desvinculación definitiva del accionante y hasta el efectivo pago, todo lo que deberá ser determinado en la etapa de ejecución de sentencia; 3º) Imponer las costas en el orden causado (art. 71 del C.P.C. y C., de aplicación supletoria en la materia); 4°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"ORELLANA ELTRAN ORIANA ANDREA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA PEHUENIA S/ ACCION

PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3469/2011) – Acuerdo: 79/17 – Fecha: 26/06/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

MUNICIPALIDAD. OBRA PÚBLICA. FACTURAS IMPAGAS. DAÑOS Y PERJUICIOS. FALTA DE PRUEBA. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

1.- Corresponde rechazar la demanda interpueta por la actora quien procura el cobro de diversas acreencias a un municipio, entre ellas, facturas impagas, intereses por el pago en mora de las obligaciones derivadas de los contratos, trabajos no certificados, daños y perjuicios por la rescisión contractual y gastos improductivos, por dos obras que se llevaran a cabo, pues es insuficiente el plexo probatorio y ello sella la suerte adversa de los diversos rubros que integran la demanda de autos. Dicha carencia, también proyecta sus efectos sobre los recaudos formales necesarios para la procedencia de cualquier reconocimiento con fundamento en el enriquecimiento indebido, lo que también determina la improcedencia de un reconocimiento en esos términos.

2.- Siendo dos contrataciones administrativas y diversos los rubros que se pretenden respecto de cada una de ellas, rige la Ley Nº 687 de Obras Públicas, que establece un procedimiento de pago al contratista que se lleva adelante a través de certificados de obra. Es decir que, previo al pago, deben efectuarse las operaciones de medición y certificación correspondientes. En base a las constancias de la medición, o sea, una vez verificada la obra y si ella se ajusta al contrato, la Administración se encuentra en condiciones de expedir el certificado. Así, la emisión del certificado de obra pública es un acto administrativo no ejecutorio en el que consta la realización de un monto de obra verificado por la Administración. De las constancias de autos se desprende que las actuaciones administravias no han sido acompañadas a la causa. La significativa importancia que dicha prueba revestía para la accionante a los fines de acreditar los extremos de su demanda, carga que pese a que debía asumir, fue resignada acusando incluso la negligencia en su producción a la demandada.

Texto completo:

ACUERDO N° 79. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiséis días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal - Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “ORELLANA BELTRAN ORIANA ANDREA C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA PEHUENIA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. Nº 3469/2011, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 26/31, se presenta la Sra. Oriana Andrea Orellana Beltran, esgrimiendo su calidad de cesionaria de los derechos y acciones de ARTEC Obras Civiles SRL, por apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Villa Pehuenia. Solicita se condene a ésta última al pago de la suma de $932.174,88 con mas intereses y costas por incumplimiento contractual.

Indica que en Noviembre de 2004 y Abril de 2005 la firma Artec Obras Civiles SRL suscribió con el municipio demandado los contratos de locación de obra pública denominadas: “Terminación Biblioteca Popular Maestro Galeano” y “Obra Salón Comunitario e Iglesia de Villa Pehuenia –1º etapa–“, respectivamente. Explica que ambos contratos fueron adjudicados por Concursos de

Precios Nº 02/04 y Nº 01/05 (cfr. Decreto 963/02) y bajo el sistema “ajuste alzado”, pactándose un plazo de ejecución para dos obras de 150 días corridos.

Dice que la firma Artec Obras Civiles SRL dio cumplimiento a las obligaciones asumidas en los contratos citados, no así el Municipio, circunstancia que la obligó a formular diversos reclamos, principalmente por intereses por pago fuera de término de los certificados de obras que se iban generando.

Refiere que el 04 de mayo de 2009 se notificó al Municipio la cesión efectuada por la firma Artec Obras Civiles SRL, a favor de la actora, de todos los derechos y acciones que le correspondían respecto a las dos obras en cuestión, adjuntando copia de protocolo notarial respectivo.

Con relación a la obra: “Terminación Biblioteca Popular Maestro Galeano”, refiere que, pese a los incumplimientos de la Municipalidad, la misma se encuentra totalmente concluida; no obstante ello, se le adeuda el pago de facturas, como así también intereses devengados por pago fuera de término de otras. Reclama también el pago de facturas devengadas a raíz de trabajos adicionales.

En cuanto a la obra: “Salón Comunitario e Iglesia –1º etapa–“ indica que los incumplimientos del comitente dieron lugar a la rescisión del contrato de locación de obra respectiva que se había ejecutado en un 78%, no habiéndose producido recepción definitiva de la misma conforme art. 69 de la Ley Nº 687.

Afirma que dicha rescisión resulta imputable a la administración en tanto dejó de pagar o no pagó en término los certificados de obra emitidos, ni continuó con las labores de certificación de la obra realmente ejecutada.

Denuncia falta de pago de las facturas presentadas, estimando una deuda de capital de $153.869,23 con más la suma de $167.778,05 en concepto de intereses.

Agrega que el Municipio no certificó el avance real de la obra que alcanzó un 78% y que sólo se emitieron certificados hasta un 64%, por lo que reclama la suma de $153.222,72 comprensivo del capital y los intereses.

Exige la reparación de daños y perjuicios sufridos a raíz de la rescisión del vínculo contractual por exclusiva culpa de la administración y la no cancelación de certificados de obra, estimando el daño en la suma de $80.000,00. Reclama que la reparación sea comprensiva del daño emergente y la ganancia esperada y pactada.

Pide también el reintegro de gastos improductivos con fundamento en el art. 48 de la Ley Nº 687, erogaciones que debió afrontar a causa de las paralizaciones de obra por un plazo superior a 300 días e incumplimiento contractual, imputables exclusivamente a la administración.

Describe los ítems que integran el rubro, los que detalla y cuantifica en: 1º Personal y Cargas Sociales $170.460; 2º Gastos de seguro $8.310 y 3º equipos afectados a la obra $11.011.

Subsidiariamente, plantea enriquecimiento sin causa del Estado a expensas del patrimonio del contratista y sin compensación alguna.

Funda en derecho, ofrece prueba y formula petitorio.

II.- A fs. 63, mediante la R.I. 124/12 se declaró la admisión de la acción.

Luego, a fs. 308/309 la accionante formuló opción procesal por el trámite ordinario y ofreció prueba.

III.- A fs. 316/320 toma intervención Fiscalía de Estado, contesta demanda y ofrece prueba.

Niega todos los hechos invocados en el escrito inicial que no fueran objeto de expreso reconocimiento y desconoce toda la documental que no obre en los expedientes administrativos.

En especial niega que las facturas detalladas en el punto a) 10 del escrito de ofrecimiento de prueba tengan relación directa con los gastos que insumieron las obras en cuestión y que la actora estuviera alcanzada por el Decreto Provincial Nº 1201/02 de redeterminación de precios, señalando subsidiariamente, la incompatibilidad de ese último régimen con la aplicación de intereses también requerida (art. 57 de la Ley 687) conforme RI 320/11 del TSJ.

Plantea la improcedencia de todos y cada uno de los rubros reclamados así como sus montos y las fórmulas empleadas para su cálculo.

También niega que la suspensión de las obras fuera imputable a la Administración y no a la contratista quien, dice, llegó a presentar nota manifestando imposibilidad de llevar a cabo la obra en distintos periodos por factores climáticos.

Descarta la existencia de mora y responsabilidad del Municipio en la demora de pago de certificados, por lo que el reclamo de intereses deviene infundado.

Alega la inaplicabilidad de la tasa de interés prevista en el art. 57 de la Ley Nº 687 planteando su inconstitucionalidad, lo mismo que la del art. 57 del Decreto Reglamentario Nº 108/72 y cualquier acto determinativo de tal interés (incluso de la Contaduría General de la Provincia de Neuquén) conforme RI Nº 320/11 TSJ.

Remarca que de hacerse lugar a la demanda la parte actora estaría percibiendo un importe muchas veces superior al contratado originalmente, lo que entiende no se ajusta a derecho.

Cita jurisprudencia, ofrece prueba, reserva el caso federal y formula el petitorio.

IV.- A fs. 329/332 vta. contesta la demanda el Municipio de Villa Pehuenia, formulando las negativas de rigor y solicitando también el rechazo total de la demanda.

Reconoce haber celebrado con la empresa Artec Obras Civiles SRL contratos de locación de obra pública para culminar la Biblioteca Popular de la localidad y realizar el Salón Comunitario Iglesia de Villa Pehuenia en los años 2004 (Ord. Municipal Nº 07/04) y 2005 (Ord. Municipal Nº 07/05), respectivamente, de conformidad a lo establecido en la Ley Nº 687.

Rechaza, por no constarle, el contenido del instrumento notarial Nº 1392 por el cual dicha empresa cedió sus derechos y acciones vinculadas a los contratos de referencia en favor de la parte actora.

Impugna la planilla de liquidación de deuda realizada por la accionante, en especial el cálculo de interés en base a la tasa activa del BPN desde el vencimiento de las facturas reclamadas y hasta la interposición de la demanda, señalando que ello constituye un caso de ejercicio abusivo de derecho y contrario a los principios de equidad y buena fe que debe primar en toda relación jurídica.

Deja constancia que los expedientes y documental referidos a los contratos de locación de obra pública en cuestión no se encuentran en su poder toda vez que fueron remitidos a la causa: “Del Castillo Vázquez Silvio Mauro – Badilla Sandro s/incumplimiento de los deberes de funcionario público (6 hechos) en concurso real” que tramita en el Juzgado Correccional de la Ciudad de Zapala – III Circunscripción Judicial.

En relación con la obra de la Biblioteca Popular “Matero Galeano” admite su conclusión y recepción definitiva y alega que no adeuda suma alguna por tal contrato. Dice que toda la facturación fue abonada a medida que se presentaba, aclarando que cuando existió alguna demora (30, 60 o 90 días) se cancelaron los intereses pertinentes.

Respecto a la obra: “Salón Comunitario e Iglesia 1º etapa” indica que las certificaciones se ajustaron a los niveles de avance de la obra efectivamente alcanzados por el contratista, quien registraba reiterados incumplimientos que llevaron a que la misma quedara inconclusa y finalmente a la resolución del contrato respectivo.

Ofrece prueba y formula el petitorio.

V.- A fs. 337 se abre la causa a prueba la que producida se pone a disposición de las partes para alegar a fs. 422. A fs. 424/426 se agrega el alegato de la actora.

VI.- A fs. 427 se corrió vista al Sr. Fiscal General quien a fs. 428/435 propició el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 696 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones de resolver.

VIII.1.- Sentadas las posiciones de las partes, se advierte que en el caso la actora invoca como fundamento de su acción, la cesión de derechos que acompaña en copia simple (fs. 6), instrumentada por Acta Notarial Nº 1392, y por la cual en fecha 06.12.05 el Sr. José Martín Villian en su carácter de socio gerente de la firma ARTEC OBRAS Sociedad de Responsabilidad Limitada le cede y transfiere todos los derechos y acciones que tiene y le corresponde respecto de las Obras: “Salón Comunitario e Iglesia de Villa Pehuenia” y “Terminación Biblioteca Popular Materos Galeano”.

Refiere en tal sentido que en fecha 04.05.05 notificó dicha cesión mediante nota cursada a la Municipalidad de Villa Pehuenia de fecha 30.04.09, ingresada a la Comuna bajo Nº 7056 y que adjunta en original (fs. 5).

A su turno, al contestar la demanda, la accionada rechazó en forma categórica, por no constarle, el instrumento Notarial 1392, adjuntado en copia por la actora.

Sentado ello, y frente al desconocimiento expreso por parte de la accionada del instrumento notarial acompañado en copia, pesaba sobre la actora la carga probatoria de la existencia y autenticidad de la cesión de derechos sobre la que posa su acción, circunstancia que se encuentra ausente en el caso y que marcaría, prima facie, la suerte adversa a la pretensión actoral.

No obstante ello, dado que la cuestión no fue introducida en debida forma -mediante la correspondiente defensa de falta de acción-, mas allá de la incidencia de esta cuestión en el resultado de la demanda, entiendo pertinente zanjar la cuestión de fondo en procura de una respuesta jurisdiccional definitiva.

VIII.2.- El planteo gira en torno a dos contrataciones administrativas, donde las partes son contestes tanto respecto de las obras contratadas como de la modalidad de la contratación. Se trata de las Obras denominadas: “Terminación Biblioteca Popular Maestro Galeano” y “Salón Comunitario e Iglesia – 1º etapa.

La controversia se circunscribe en torno al cobro de diversas acreencias que la actora reclama a la Municipalidad de Pehuenia. Entre ellas, facturas impagas, intereses por el pago en mora de las obligaciones derivadas de los contratos, trabajos no certificados, daños y perjuicios por la rescisión contractual y gastos improductivos.

Por tanto, siendo dos las contrataciones y diversos los rubros que se pretenden respecto de cada una de ellas, abordaremos los planteos en forma separada.

VIII.2.I.- OBRA “Terminación Biblioteca Popular Maestro Galeano”.

La accionante postula que la obra fue completada en su totalidad, dando lugar incluso a su recepción definitiva por parte de la Comuna.

Sin embargo, refiere que existen facturas que no han sido abonadas en su totalidad y otras que habiendo sido canceladas con un importante atraso, dan lugar a los intereses que reclama.

Concretamente reclama el pago total de las facturas Nº 448, 518 y los intereses derivados del pago fuera de término de las facturas Nº 402, 415, 425, 430, 447 y 471.

En este contexto, cabe señalar que la Ley Nº 687 de Obras Públicas, que rige la obra en cuestión, establece un procedimiento de pago al contratista que se lleva adelante a través de certificados de obra. Es decir que, previo al pago, deben efectuarse las operaciones de medición y certificación correspondientes.

En base a las constancias de la medición, o sea, una vez verificada la obra y si ella se ajusta al contrato, la Administración se encuentra en condiciones de expedir el certificado.

Así, la emisión del certificado de obra pública es un acto administrativo no ejecutorio en el que consta la realización de un monto de obra verificado por la Administración. Es "una declaración unilateral de voluntad que, en ejercicio de la función administrativa, genera para el tercero contratante un derecho subjetivo como titular del crédito emergente, en la medida que con su emisión y recepción se producen efectos jurídicos de suyo, en forma individual e inmediata. … Se caracterizan por ser actos administrativos "no ejecutorios" que importan una declaración de existencia o veracidad de una determinada situación jurídica, en el caso que el contratista de obra pública es acreedor del Estado, o lo que es lo mismo, que éste es deudor de aquél. … Es un cálculo que fija una obligación de dar sumas de dinero por parte de la Administración, siendo la suma que en base a tal cálculo se hace "cierta y exigible", es decir, incondicional, de importe determinado y que debe hacerse efectivo en el término señalado por la ley, pliego de condiciones o contrato" (cfr. Dromi José Roberto, “Contratos Administrativos” Pág. 70/8).

De las constancias de autos se desprende que si bien en un principio las actuaciones administrativas relacionadas a las contrataciones se encontraban en poder del Juzgado en lo correccional de Zapala a requerimiento del juez que entendía en la causa: “Del Castillo Vazquez Silvio Mauro-Badilla Sandro s/Incumplimiento de los deberes de funcionario público (6 hechos) en concurso real", a fs. 402 la Oficina Judicial Penal de dicha jurisdicción informó que los mismos habían sido devueltos en fecha 11 de diciembre de 2013.

Sin embargo, pese a ser prueba común de las partes, las actuaciones administrativas mencionadas no han sido acompañadas a la causa. Ambas, se han mostrado desinteresadas en su producción.

Advierto en este punto, la significativa importancia que dicha prueba revestía para la accionante a los fines de acreditar los extremos de su demanda, carga que pese a que debía asumir, fue resignada acusando incluso la negligencia en su producción a la demandada.

Aclarado ello, se analizará la pretensión actoral a la luz de las probanzas obrantes en el expediente.

Así a fs. 449/451 de autos se agregó el contrato de locación de obra pública suscripto entre la Municipalidad de Villa Pehuenia y Artec Obras Civiles SRL, para la construcción de la Obra denominada “Terminación Biblioteca Popular Maestro Galeano”.

Allí se estableció que formaba parte del contrato: el Pliego de bases y condiciones, el Anexo I conteniendo las especificaciones técnicas generales, los planos conteniendo los detalles de la obra, la oferta realizada por la Empresa y el Acta de Adjudicación (claúsula primera).

También se dispuso en la cláusula sexta que las partes sometía el contrato a la normativa provincial vigente en materia de Obras Públicas, Ley 687 y su Decreto reglamentario Nº 1201/02, el que será de aplicación plena.

Se fijó su plazo de ejecución en ciento cincuenta días corridos a partir del inicio, acto que debía certificarse en el Libro de Certificación que se habilite al efecto (cláusula tercera), siendo el precio convenido el de $353.150,63 (cláusula segunda).

Por su parte la cláusula séptima establece que la Municipalidad efectuará dentro de los primeros quince (15) días corridos de cada mes subsiguiente al de noviembre del año 2004, la medición de los trabajos ejecutados en el anterior, debiendo ser citado el representante técnico de LA EMPRESA por orden de servicio; solo será válido para el cobro, bajo las condiciones que establece el presente contrato y la Ley de Obras Públicas, el ejemplar de certificado que se extienda en formulario oficial a ese efecto (cláusula octava).

Trasladadas estas cuestiones a la contratación que aquí se analiza, adelanto que razones de orden fáctico, legal y probatorio impiden que la pretensión de la actora pueda prosperar.

La accionante reclama el pago de la factura Nº 448 de fecha 28/04/05 por un monto de $53.749,53, acompañando a su demanda fotocopia del documento, el cual, agregado a fs. 445, carece de todo valor probatorio atento su falta de autenticación (cfr. al respecto DJBA 119-483 C.S.J. Buenos Aires, citado por Palacio Alvarado Velloso, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1994, T. Octavo, pág. 168).

Dicha factura, correspondería al certificado final de la obra, el cual no fue acompañado a las actuaciones ni siquiera en copia, circunstancia que impide verificar el periodo de medición, como así también los demás extremos contenidos en los certificados de obra que habilita la emisión de la factura por parte del contratista. Tampoco surge de la copia simple de la factura acompañada, la fecha de recepción del documento por parte de la comuna, circunstancia que impide verificar si la misma fue presentada en término.

Asimismo se reclama el pago de la factura Nº 518 de fecha 20.02.06, por la suma de $86.134,53 en concepto de trabajos adicionales. Tal documento no fue acompañado a la causa, circunstancia que se corrobora con el escrito de ofrecimiento de prueba obrante a fs. 308.

Relativo a los trabajos adicionales de la obra cuyo pago se pretende, la actora acompaña constancia obrante a fs. 465 de fecha 22.06.2005, la cual no se encuentra suscripta por el Socio Gerente de la contratista, José Villian, y de la que se desprende una firma al pie, cuya aclaración consigna "Calegari Javier" y una fecha "23/06/05", sin que exista elemento probatorio alguno que permita acreditar que la nota fue ingresada al Municipio.

Cabe aclarar al respecto que de la testimonial de reconocimiento obrante a fs. 365/367 no surge que el Sr. Villian hubiere reconocido la nota de mención. Su reconocimiento recayó sobre la nota de fecha 21/06/2005 la cual luce agregada fs. 542.

En su escrito de ofrecimiento de prueba, la actora acompaña documental que describe en el punto 14) como carpeta de redeterminación de precios en 161 fs.

La misma, fue incorporada a la causa a partir de fs. 535.

A fs. 541 obra una copia simple sin fecha y sin firma de un documento titulado "memoria descriptiva" de la Obra de la Biblioteca en la que se describen una serie de trabajos adicionales que demandaría la terminación de la obra.

El art. 6 inc. d) del Decreto 108/72– reglamentario de la Ley 687– dispone que la memoria descriptiva de todo proyecto debe contener una descripción de la obra con mención de los estudios realizados, su emplazamiento y todo otro detalle y antecedentes que sirva para aclarar las funciones que va a cumplir, estableciéndose expresamente que debe estar aprobada por la comitente.

En el caso, aun cuando hipotéticamente el documento de mención cumpliera con el recaudo explicitado en la normativa invocada, no se encuentra acreditado en autos que el mismo hubiera sido aprobado por el Municipio, como así tampoco que dichos trabajos se hubieran realizado.

La actora dice en su demanda que, en fecha 11/08/06, se entregó a la Comuna planilla de redeterminación de precios calculados sobre la base de lo establecido por el Decreto 1201/02, dando lugar a una diferencia a favor de la contratista de $82.627,91.

Si bien entre la documentación acompañada por la actora en el punto 14) del escrito de ofrecimiento de prueba (fs. 308/309), se adjunta una carpeta de redeterminación de precio en 161 fs. (documental agregada a fs. 535/695), la misma no cuenta con ningún tipo de intervención por parte del Municipio.

Sobre el particular cabe mencionar que el contrato de obra, en la cláusula sexta establece que el mismo se regirá por la normativa provincial relativa a Obras Públicas, entre la que se encuentra el Decreto 1201/02, invocado por la accionante como fundamento de su demanda.

La citada norma establece una metodología de redeterminación de precios para contratos de obra pública, a aplicarse "a los precios de las cantidades de obra faltantes de ejecutar al momento de la redeterminación" (cfr. artículo 2 del anexo I y artículo 1°, ambos del Decreto 1201/02).

Se trata de un procedimiento reglado que se pone en marcha durante la ejecución del contrato, a instancia del contratista, y que eventualmente da como resultado un monto de readecuación, que está sujeto a la aprobación de la máxima autoridad del comitente (artículo 7° del Decreto 1201/02).

En el caso, no se encuentran avalados tales extremos, es decir, no existe constancia que acredite que la contratista, pendiente de ejecución y certificación de alguna parte de la obra, hubiera pedido en sede administrativa una readecuación, y mucho menos que la misma se haya certificado por parte de la Comuna.

Sólo obra agregado a la causa una nota fechada el 21 de junio de 2005 y suscripta por el socio gerente de la Empresa, Sr. José Villian, la cual no se presenta como recepcionada por el Municipio (fs. 542).

Además, conforme lo expuesto por la actora en su escrito de demanda, la recepción definitiva de la obra de la Biblioteca se habría producido en fecha 14 de abril del año 2005, circunstancia que podría ser corroborada con el Acta agregada a fs. 464 suscripta por

la Directora a cargo de Obras Públicas del Municipio demandado.

Por tanto, en la hipótesis de que dicha redeterminación hubiera sido recepcionada por la Comuna, la misma se habría presentado pasados dos meses de la recepción definitiva de la obra y no consta como aprobada por la comitente.

En consecuencia, el análisis expuesto determina la improcedencia del pago de las facturas Nº 448 y 518.

Respecto de intereses reclamados por pago fuera de término de las facturas 402, 415, 425, 430, 447 y 471, la actora fundamenta su procedencia señalando que dichas facturas fueron "efectivamente abonadas con un total de 257 días de mora…" (cfr. 27 vta.).

En el caso, se advierte que no fueron acompañados los certificados de obra que respaldarían las facturas cuyas diferencias reclama, los que resultan imprescindibles a los fines de verificar la procedencia de los importes que dice se le adeudan.

A ello se le agrega la circunstancia de que las facturas Nº 425, 430, 447 y 471 solo fueron acompañadas en copia simple, lo que sumado a la ausencia de otro elemento probatorio corroborante de su autenticidad, tales como libros contables, talonarios de facturación, pericia contable, impide asignar a dichas constancias eficacia probatoria.

Además, la mora denunciada por la actora en su escrito de demanda, no se compadece con los días de atraso consignados por la contratista en la liquidación que habría presentado al Municipio mediante nota de fecha 07/12/05 y que acompaña como prueba (fs. 462). Lo mismo ocurre con las facturas Nº 402 y 415 que, si bien fueron acompañadas en duplicados, no se presentan como recepcionadas por la Comuna.

VIII.2.II.- Obra Salón Comunitario e Iglesia de Villa Pehuenia.

A fs. 452/454 se agregó el contrato de locación de obra acompañado por la actora.

Se trata del contrato, suscripto entre la Municipalidad de Villa Pehuenia y Artec Obras Civiles SRL, para la construcción de la Obra denominada: "Salón Comunitario e Iglesia de Villa Pehuenia". Allí se fijó el plazo de ejecución en ciento cincuenta días corridos a partir del inicio de la obra, acto que debía certificarse en el Libro de Certificación que se habilite al afecto (cláusula tercera), siendo el precio convenido el de $480.000,00 (cláusula segunda).

Al igual que se pactó para la obra de la Biblioteca Popular, en la cláusula primera se estableció que formaba parte del contrato: el Pliego de bases y condiciones, el Anexo I conteniendo las especificaciones técnicas generales, los planos conteniendo los detalles de la obra, la oferta realizada por la Empresa y el acta de Adjudicación. Ninguna de esta documentación fue acompañada al expediente.

También se dispuso en la cláusula sexta que las partes sometían el contrato a la normativa provincial vigente en materia de Obras Públicas, Ley 687 y su Decreto reglamentario Nº 1201/02 el que será de aplicación plena.

Respecto de esta obra la actora reclama, entre otros rubros, el pago total de las facturas Nº 449, Nº 551 y Nº 550 por un importe que asciende a la suma de $153.869,23 con más los intereses desde cada vencimiento, los que calcula en la suma de $167.778,05.

Asimismo reclama el pago de la factura Nº 446, la cual dice fue abonada parcialmente restando un saldo impago de $60.000.

Indica que la factura Nº 550 por un total de $ 0.415,37, habría sido presentada al cobro el 12 de junio de 2006; mientras que la factura Nº 551 se trataría de una factura de $31.629,41 recepcionada para el cobro en fecha 22 de junio de 2006.

Sin embargo, tal como se corrobora con el escrito de ofrecimiento de prueba de fs. 308, las facturas mencionadas no han sido acompañadas ni en original ni en copia, a lo que se le agrega que se ha omitido señalar a qué rubro corresponden los importes indicados y cuyo pago reclama.

En el caso de las facturas Nº 446 y 449, ambos documentos fueron acompañados en copia, sin que surja de las mismas la fecha de recepción por parte de la Comuna y sin que dicho crédito pueda ser corroborado con ninguno de los elementos probatorios obrantes en la causa, por lo que carecen de todo valor probatorio.

Dice la actora que se le adeuda la totalidad de la factura Nº 449. Sin embargo, de la liquidación efectuada por la contratista y que dice haber presentado en fecha 07.12.05 ante el Municipio (cfr. fs. 462, acompañada como documental por la accionante) surgiría que dicha factura fue abonada totalmente en fecha 07.11.05.

VIII.2. III.- Avances de Obra sin Certificar. Daños y Perjuicios. Gastos improductivos.

En el punto b.2 del apartado VII de su demanda (fs. 28 vta.) la accionante denuncia que la demandada le adeuda parte de la obra denominada "Salón Comunitario", la cual no fue certificada, indicando que "…estos avances sin certificar… ascienden a un 14% del total de la obra". Agrega que el "avance efectivamente certificado fue del 64%, mientras que lo ejecutado fehacientemente asciende a 78%".

Alega que en fecha 21 de febrero de 2006, mediante CD 717532841, intimó a la comuna a regularizar la situación, solicitando la cancelación de las facturas pendientes con más sus intereses, como así también que se certifiquen los trabajos realizados.

Destaca en su escrito postulatorio que el incumplimiento por parte de la Municipalidad dio lugar a la rescisión del contrato, razón

por la cual, pese a encontrarse prácticamente finalizada la obra (dice estaba ejecutada en un 78%), no operó la recepción definitiva de la misma.

Agrega que si bien el inmueble se encontraba casi listo al momento de la extinción del vínculo, la comuna no expidió la certificación respectiva que le permitiera facturar el avance de obra y mucho menos abonó las facturas ya emitidas, remarcando el actuar negligente por parte de la Administración comitente, como causal de la ruptura del contrato.

En consecuencia, reclama el pago de daños y perjuicios derivados de la extinción del vínculo contractual por culpa de la Administración, derivada de la falta de certificación de la obra ejecutada, como así también, del incumplimiento de los pagos de los certificados.

Refiere que a raíz del incumplimiento del Municipio, la contratista padeció una descomunal situación de desequilibrio económico financiero que la llevó a rescindir por la imposibilidad de cumplimiento de tres contratos de locación de obra que menciona en el punto b.3 de su demanda. Refiere que por las tres obras debió afrontar gastos para el inicio de las tareas comprometidas.

Atento ello, pretende la aplicación del art. 42 de la Ley 687, a consecuencia de las mayores erogaciones que habría demandado la paralización total de la obra imputable a la Administración.

Alega que como consecuencia del obrar de la Administración la comitente suspendió la ejecución de las tareas por un plazo superior a los 300 días irrogando gastos improductivos consistentes en gastos de mantenimiento de equipos y planteles, los gastos de Administración, la conservación del obrador, vivienda de la inspección, limpieza de la obra y traslado de los equipos.

Entrando en el análisis de las constancias del expediente adelanto que pese a la labor probatoria llevada a cabo por la actora, no se encuentran acreditados los extremos postulados en su demanda.

Los testimonios ofrecidos por la actora de los ex socios de la Empresa - Villian y Ulloa (fs. 365 y 370), un ex empleado de la misma contratista (Gutierrez) y un ex inspector de la Municipalidad demandada (Silva), resultan insuficientes a los fines de tener por acreditados los extremos señalados en el escrito de demanda.

Así, a fs. 368/369 obra la testimonial del Sr. Gutiérrez Mauro Alberto quien dijo ser el Jefe de Compras de la Empresa de ese momento y señaló que “por dichos en ese momento, de gente de la empresa, entiendo que no se certificaron la totalidad de los trabajos que se hicieron, no sabría decir bien que porcentaje…” (décima), mientras que a fs. 379/379 vta. se agrega el acta de declaración testimonial del ex inspector de obras de la Municipalidad, Sr. Ivan Silva señaló que a la época de la construcción del Salón Comunitario “Yo ya no trabajaba en la administración municipal asi que no le puedo asegurar. La conozco. A simple vista se que es un salón comunitario perteneciente a la Iglesia qué está en Villa Pehuenia” (octava).

A fs. 381 obra la pericial técnica ofrecida por la actora.

En la misma el perito consigna que la obra del Salón Comunitario e Iglesia no se encuentra culminada y que según sus cálculos “aproximadamente resta un 20% de ejecución”. Al punto cantidad de metros cuadrados y dimensiones, el experto indica que es “un rectángulo de 230 metros aproximadamente. Tiene 12 metros x 18 metros aproximadamente, con más una saliente estilo recepción”.

A la última consulta “determine el valor en pesos aproximado de construcción de la obra”, señaló que “En la actualidad, el valor de esta obra asciende a un millón ciento cuatro mil pesos ($1.104.000), estimando en $6.000 metros cuadrados de construcción que incluye materiales y mano de obra. Esto teniendo presente que la obra está construida en un 80%”.

Cabe hacer notar que dicho informe técnico, el cual se presenta como estimativo y aproximado ante la imposibilidad de poder acceder a la documentación técnica de la obra –planos, memorias descriptivas, mediciones, etc.-, resulta insuficiente a los fines de acreditar los avances de obra sin certificar cuyo pago se reclama.

Dicha circunstancia, sumada a la ausencia de una pericia contable que permita corroborar con certeza los montos pretendidos en función de las mediciones de las obras y al resto de las probanzas obrantes en la causa, también determina la suerte adversa del reclamo en lo que respecta a este rubro.

En lo relativo al rubro daños y perjuicios derivados de la conclusión anticipada del contrato de locación a consecuencia de los alegados incumplimientos del Municipio, atento el desconocimiento expreso por parte de la accionada y el análisis de las probanzas de autos, entiendo que la pretensión correrá la misma suerte que el resto de los rubros.

En primer término, cabe señalar que la intimación que dice la actora haber cursado a la Municipalidad en fecha 21.02.06, mediante CD 717532841, no fue acompañada a la causa, circunstancia que se corrobora con el escrito de ofrecimiento de prueba obrante a fs. 308.

Más aún cuando diéramos por válida la existencia de la intimación que se omitió acompañar, los incumplimientos que se alega fueron denunciados en esa fecha –21.02.06- no obran acreditados en la causa.

Respecto de la obra Salón Comunitario solo se acompañó copia sin firma de los Certificados Nº 3 y 4 agregados a fs. 457 y 458,

que corresponderían a las mediciones realizadas en los periodos 05.05.06 al 06.06.06 y 06.06.06 al 24.06.06, respectivamente. No se indica en el escrito de demanda cuales habrían sido las facturas emitidas en base a los certificados de mención.

Se acompañó, asimismo, como prueba el duplicado de la factura Nº 469 de fecha 01.08.05 obrante fs. 447 que correspondería al Certificado Nº 2, el cual si bien no fue adjuntado, se habría cancelado en fecha 07/11/05 de conformidad con la planilla que dice haber presentado la accionante al municipio (fs. 462).

De lo expuesto se colige que al 21.02.06, fecha que la actora denuncia haber intimado a la demandada a regularizar la situación, y cuyo incumplimiento la obligó a paralizar las obras, la Comuna no adeudaría suma alguna respecto de la obra en cuestión.

Sentado ello, cabe señalar que para que proceda la excepción de incumplimiento contractual invocada por la actora, ésta debe demostrar que el hecho de la demandada le provocó una "razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones a su cargo" (cfr. CSJN, in re "Cinplast", Fallos: 316:212, considerando 12), extremo que, en base a las constancias de autos, no se encuentra presente.

Por otra parte, la actora acompañó una nota fechada el 22.06.06 de la firma ARTEC (agregada a fs. 463), la cual, si bien no se encuentra debidamente rubricada por su socio gerente Cristian Ulloa como se describe, y no se presenta como recibida por la comuna, comunicó que "….por veda climática se suspenderán los trabajos de construcción de la obra…".

En el caso, más allá de una enumeración de incumplimientos que realiza la actora, dichas aseveraciones no han podido ser acreditadas, circunstancia que, sumada al desconocimiento categórico por parte de la accionada, impide conocer los reales motivos que llevaron a la paralización de la obra.

Dicha situación produce de antemano un quiebre en la relación de causalidad que debe estar presente para el análisis de los daños y perjuicios que se reclaman derivados de los incumplimientos de la Comuna, como así también de los gastos improductivos que se dicen devengados a consecuencia de la paralización de la obra.

A la ausencia de la relación causal necesaria para la procedencia de la reparación de la especie, se le suma la falta de elemento probatorio que permita vislumbrar un daño cierto, presupuesto necesario del resarcimiento.

Nótese que, si bien se alega que los incumplimientos denunciados obligaron a rescindir tres contratos de locación de obra, no existe constancia alguna que acredite tales aseveraciones fuera de las testimoniales de los dos ex socios gerentes y un ex empleado de la contratista.

Tampoco fueron acompañados a la causa los contratos mencionados, ni ofrecido pericia contable ni acompañados los balances de la empresa a los fines de acreditar la "descomunal situación de desequilibrio económico financiero" de la contratista.

IX.- En suma, la insuficiencia del plexo probatorio reseñado en detalle, sella la suerte adversa de los diversos rubros que integran la demanda de autos, circunstancia que impone su total rechazo en orden a los fundamentos expuestos en el presente Acuerdo.

Dicha carencia, también proyecta sus efectos sobre los recaudos formales necesarios para la procedencia de cualquier reconocimiento con fundamento en el enriquecimiento indebido, lo que también determina la improcedencia de un reconocimiento en esos términos.

Por estos motivos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda impetrada. En cuanto a las costas, entiendo que deberán ser soportadas por la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C. de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: Comparto los argumentos desarrollados por el Dr. Oscar Massei, por lo que voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR en todas sus partes la acción interpuesta por la Sra. Oriana Andrea Orellana Beltran; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C. de aplicación supletoria en la materia); 3°) Diferir la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas para ello; 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"VIDELA GABRIELA BEATRIZ C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4230/2013) – Acuerdo: 84/17 – Fecha: 28/06/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

POLICIA. FUERZAS POLICIALES. RETIRO OBLIGATORIO. IMPROCEDENCIA. VALORACION DE LA PRUEBA. REINCORPORACION.

Cabe hacer lugar a la demanda y en consecuencia declarar la nulidad del acto administrativo que dispuso el pase a retiro obligatorio de la actora como agente de la Policía de la Provincia y ordenar su incorporación a las fuerzas policiales al cargo que ostentaba al momento de disponerse su baja, condenando a la Provincia al pago de una indemnización por daño material (20% de lo quedebería haber percibido desde la fecha de baja) y moral ($15.000), pues los fundamentos y motivaciones expuestas en el acto cuestionado se contraponen con los antecedentes reunidos en la causa, tal el caso de las evaluaciones médicas efectuadas con anterioridad a la Junta Médica del 04/12/09 que dio motivo a su retiro. Ello así, por cuanto, a diferencia de los anteriores dictámenes, en esa instancia se calificó la patología de la actora como de carácter definitivo y se determinó que la agente no se encuentra en condiciones de desarrollar tareas de seguridad dentro de la Institución Policial; pero se colige que la conclusión a la que se arribara en aquélla Junta Médica, en base a la cual se dispuso la cesación de los servicios de la actora y su retiro obligatorio, se presenta como irrazonable y arbitraria, en tanto no existe elemento alguno que permita tener por acreditado que al momento de disponer el pase a retiro de la actora la misma estuviera impedida, de forma definitiva, de prestar servicios habituales para la fuerza policial y, mucho menos, que la misma fuera “inepta para las funciones policiales”.

Texto completo:

ACUERDO N° 84. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiocho días del mes de junio 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 Subsecretaria de Demandas Originarias, Doctora María Guadalupe Losada, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “VIDELA GABRIELA BEATRIZ C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. Nº 4230/2013, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 63/69 Gabriela Beatriz Videla interpone demanda contra la Provincia de Neuquén, con el objeto de impugnar por ilegítimos los Decretos Nº 2085/10 y Nº 559/13, que dispusieron su pase a retiro obligatorio como agente de la Policía de la Provincia y el rechazo de la solicitud de reincorporación, respectivamente.

Pretende la reinstalación en su puesto, con más el pago de indemnizaciones de los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de los mencionados Decretos, intereses, gastos y costas.

Relata que el 10 de diciembre de 2005, mediante Decreto Nº 2239, ingresó a la Policía de la Provincia como agente, en perfectas condiciones de salud. Dice que desarrollaba tareas de seguridad en la Comisaría 5 de Centenario, cuando en julio de 2008 comenzó a sufrir síntomas de arritmia cardíaca y luego de ser internada, le diagnosticaron taquicardia paroxística supraventicular, por lo que su médico tratante le recomendó el cambio a tareas administrativas.

Refiere que, desde entonces, desempeñó esas funciones administrativas sin inconvenientes y eficientemente en la comisaría antes

mencionada. Mientras tanto, continuó realizando las visitas y estudios médicos periódicos a cargo de su cardiólogo quien, además de controlar el comportamiento de la afección e indicarle la medicación correspondiente, evaluaba la conveniencia y oportunidad de realizar el procedimiento ablacionario que podría dar solución definitiva a los episodios arrítmicos.

Agrega que se sometió a todas las juntas médicas policiales a las que fue citada, las que reconocían su afección como inculpable y de carácter temporaria, en coincidencia con la opinión de su médico personal.

Dice que el 4 de diciembre de 2009 fue sometida a una nueva junta médica la que mediante una consulta verbal breve calificó su sintomatología como “afección inculpable cardiológica, con incapacidad laboral definitiva”, con lo cual cambió el criterio anteriormente adoptado.

Destaca que para entonces el médico tratante había resuelto realizar el procedimiento ablacionario por catéter, que se postergaría unos meses para no interrumpir el amamantamiento de su hija. Señala que esa situación había sido informada a dicha junta médica, tal como se menciona expresamente en el dictamen correspondiente.

Reseña que el 17 de marzo de 2010 se reunió la Junta Extraordinaria de Calificaciones la que, basándose en el dictamen de la junta médica del 4 de diciembre de 2009, dictaminó que se encontraba “inepta para desarrollar tareas de seguridad” dentro de la institución policial, encuadrando su situación en el artículo 14 inciso k) de la Ley 1131 y recomendó su retiro obligatorio.

Agrega que el 1 de junio de 2010 se le realizó en la Unidad Coronaria del Policlínico Neuquén la “ablación por radiofrecuencia in catéter”, procedimiento que resultó exitoso y gracias al cual se encuentra en perfecto estado de salud, libre de sintomatología cardiológica y sin necesidad de medicación específica.

Apunta que el alta médica fue consecuentemente informada a la Oficina de Personal de la Policía.

Expresa que el 2 de diciembre de 2010 fue notificada del Decreto Nº 2085, de fecha 1 de noviembre del mismo año, por el cual el Poder Ejecutivo dispuso su pase a retiro obligatorio.

Describe que la ejecución del mencionado Decreto, que trajo aparejada la imposibilidad de su reinserción laboral, le ocasionó no sólo graves problemas económicos sino también perturbaciones psicoanímicas y relacionales a nivel familiar, las que describe y detalla.

Refiere que desde la entrada en vigor del Decreto Nº 2085 dejó de percibir sus salarios como agente de policía y agrega que tampoco percibe suma dineraria alguna a título de retiro, dado que pese a sus gestiones, el Instituto deSeguridad Social del Neuquén rechazó su petición porque no reunía la antigüedad exigida legalmente para gozar de ese beneficio. Añade que también se quedó sin obra social.

Expone que se encuentra separada de hecho de su esposo y convive con sus tres hijos en la casa familiar de Centenario, subsistiendo gracias al aporte económico de su esposo.

Resalta que, como surge del relato de los hechos y de la prueba documental, al momento de dictarse el Decreto Nº 2085/10 se encontraba en perfecto estado de salud. Agrega que, tal como refleja su legajo personal, su desempeño en la Policía fue responsable y eficiente, carente de observaciones y/o sanciones y merecedor de muy buenas calificaciones.

Por ello, considera que el acto administrativo violó, entre otros, el artículo 3 inciso d) de la Ley 1284, que consagra el principio de primacía de la verdad material, porque en este caso no existía ineptitud por razones de salud ni causales de mal desempeño, razón por la cual atribuye al Decreto Nº 2085 el carácter de arbitrario e ilegítimo, por fundarse en una situación fáctica inexistente, y considera que debe ser declarado nulo.

Encuadra la situación como una vulneración del artículo 44 de la Ley 1284. Así también, considera que ese acto se motiva en una circunstancia de hecho inexistente y viola la estabilidad propia del empleado público al disponer un retiro sin causa justificada.

Denuncia, además, una vulneración del principio de igualdad ante la ley, en tanto cita casos de otros agentes de policía que padecieron afecciones similares y continuaron con sus tareas habituales.

Afirma que el Decreto Nº 2085 es nulo por adolecer de vicios agraves, en los términos del artículo 67, inciso a), b), n) y s) de la Ley 1284, y cuestiona la motivación del Decreto Nº 559/13 que rechazara la reclamación administrativa.

En otro apartado solicita indemnización y describe los daños que dice haber sufrido, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

Respecto al primer rubro alega que, desde la notificación del Decreto Nº 2085/10, no percibió los salarios correspondientes ni ningún otro emolumento o cifra dineraria en su reemplazo (por ejemplo, haberes previsionales por retiro).

Describe los padecimientos que le provocó la cesación de servicios dispuesta por el acto cuestionado, cuantificando el daño patrimonial en la suma de $50.000, suma aproximada al 20% de los haberes que dejó de percibir ilegítimamente por aplicación del Decreto Nº 2085.

En cuanto al daño moral, enumera los perjuicios que ha sufrido en su ánimo, vida de relación, salud en general y gastos en consultas psicológicas. Pretende un resarcimiento de $100.000 por este concepto.

Funda en derecho, ofrece prueba y formula petitorio.

II.- A fs. 102/5, mediante la R.I. 690/13 se declaró la admisión de la acción.

Luego, a fs. 108/9 la accionante formuló opción procesal por el trámite ordinario y ofreció prueba.

III.- A fs. 117/126 toma intervención Fiscalía de Estado, contesta demanda y ofrece prueba.

Formula las negativas de rigor y repasa los antecedentes administrativos.

Resalta que las causales que se invocan para fundamentar el pase a retiro constituyen el ejercicio de una típica facultad discrecional que integra la zona de reserva de la Administración, excluida de la revisión judicial salvo en supuestos de desviación de poder o arbitrariedad.

Destaca que se arribó a la decisión luego de haberse evaluado a la actora de manera reiterada, desde el año 2009 hasta el 2010, y en la última junta médica se diagnosticó una taquicardia paroxística definitiva.

Cita jurisprudencia acerca de la labor de la Junta de Calificaciones.

Finalizado el repaso de la tramitación administrativa, concluye que el decreto que dispuso el pase a retiro es legítimo y razonable toda vez que se ha emitido teniendo en cuenta lo dictaminado por la Junta de Calificaciones y todos los antecedentes, bajo el marco legal de la Ley 1131 y del Reglamento de Calificaciones Policiales.

Argumenta que, sin perjuicio de que la actora alega que se encuentra en perfecto estado de salud, no adjunta documentación que así lo acredite.

Apunta que la accionante aceptó tácitamente el pase a retiro obligatorio, las causales y el derecho a percibir un haber de retiro, por eso es que lo peticionó al Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Encuentra contradictorio atacar el Decreto Nº 2085 peticionando su reincorporación y, al mismo tiempo, haber interpuesto un reclamo para percibir el retiro, fundando su pedido en la existencia de ese mismo decreto y las causales invocadas en él.

Señala que la actora debió seguir el camino de la impugnación contra el ISSN y no demandar a la Provincia.

Resalta que la actora nunca impugnó los dictámenes de las juntas médicas hasta noviembre de 2011, fecha en la cual ya había sido retirada y notificada de la denegación del haber del retiro por parte del ISSN.

Sin perjuicio de entender que no procede la reincorporación de la actora, rechaza el pago de salarios caídos, indicando que no corresponde retribución alguna si no se prestaron servicios.

Arguye que el daño material deber ser probado y no se presume, al igual que ocurre con el daño moral.

Ofrece prueba y formula el petitorio

IV.- A fs. 130/131 se abre la causa a prueba, la que producida, se pone a disposición de las partes para alegar a fs. 406. A fs. 409/411 se agrega el alegato de la actora.

V.- A fs. 413 se corrió vista al Sr. Fiscal General quien a fs. 416/423 propició se haga lugar a la demanda

VI.- A fs. 424 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones de resolver.

VII.- Sentadas las posiciones de las partes, se advierte que el debate se centra en la legitimidad del Decreto Nº 2085/10 por el cual se dispuso el pase a retiro obligatorio de la actora, con encuadre en el art. 14 incisos k) de la Ley 1131.

Dicha norma y su decreto reglamentario, establecen el régimen en materia de retiros y pensiones del personal policial de la Provincia del Neuquén, siendo la actividad a desplegar por el poder administrador en su aplicación, del tipo en que se ha dado en denominar “reglada”, en tanto se encuentra enmarcada por estas disposiciones.

Desde esta perspectiva, para analizar la cuestión planteada, debe considerarse que la actora se desempeñó en los cuadros policiales hasta el dictado del Decreto Nº 2085/10 que dispuso la cesación de sus servicios y el pase a situación de retiro obligatorio con el encuadre legal referido.

Como sostiene Marienhoff, en el ejercicio de este tipo de actividad, la Administración aparece estrictamente vinculada a la norma, que al respecto contiene reglas que deben ser observadas, de modo que los actos reglados o vinculados han de emitirse en mérito a normas que predeterminan y regulan su emisión. En presencia de tal o cual situación de hecho, la Administración debe tomar tal o cual decisión: no tiene el poder de elegir entre varias posibles decisiones; su conducta está señalada de antemano por la regla de derecho (cfr. “Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, pág. 411).

Bajo estas premisas, corresponde en esta instancia analizar entonces si, en orden a las circunstancias de hecho acreditadas en el expediente, resultó legítima la cesación de servicios dispuesta por la Administración, para lo cual resulta necesario repasar las constancias del expediente administrativo Nº 5307-4982, agregado a la causa, por el cual se dio trámite al pase a retiro obligatorio de la accionante.

Dichas actuaciones se instruyen a partir del dictamen de la Junta Médica Policial, de fecha 4 de diciembre de 2009, realizada a la

actora. En ella se concluyó que la Sra. Videla no se encontraba en condiciones de desarrollar tareas de seguridad dentro de la Institución Policial con motivo del diagnóstico taquicardia paroxística supraventricular, calificando la patología como incapacidad laboral definitiva (fs. 2 del expte. cit.).

A fs. 11 del expte. cit. obra el testimonio del Acta 01/10 de la Junta Extraordinaria de Calificaciones Policiales mediante la cual, en base a los resultados de la junta médica, se recomendó a la Jefatura de Policía que a través de la Dirección de Personal se gestione el retiro obligatorio de la actora, con encuadre en lo establecido en el artículo 14 inciso k) de la Ley 1131.

A fs. 13 obra la Resolución 647 JP/10 por la que la Subjefatura de la Policía, con fundamento en la Junta Médica Policial y lo dictaminado por la Junta Extraordinaria de Calificaciones, resuelve solicitar al Poder Ejecutivo Provincial la cesación de los servicios de la Sra. Videla Gabriela Beatriz para pasar a situación de retiro obligatorio con encuadre en el art. 14 inciso k) de la Ley 1131.

A fs. 40 se agrega el Decreto Nº 2035/10, aquí cuestionado, por el cual el Poder Ejecutivo Provincial, con fundamento en lo solicitado por la Policía Provincial mediante la Resolución 647 JP/10, resuelve disponer la cesación de servicios y el pase a retiro obligatorio de la agente Gabriela Beatriz Videla, con encuadre en el art. 14 inc. k) de la Ley 1131, que establece que pasarán a la situación señalada, el personal "…superior y subalterno considerado por las respectivas Juntas de Calificaciones policiales "inepto para las funciones policiales" del escalafón correspondiente".

Efectuado el repaso de las actuaciones que culminaron con el retiro de la actora y los antecedentes que se tuvieron a la vista, se advierte que los fundamentos y motivaciones expuestas en el acto cuestionado se contraponen con los antecedentes reunidos en la causa, tal el caso de las evaluaciones médicas efectuadas con anterioridad a la Junta Médica del 04/12/09 que dio motivo a su retiro.

De la constancia agregada a fs. 30, se desprende que en fecha 24/11/08 la Sra. Videla fue sometida a una primera junta médica en la que se verificó el diagnóstico de taquicardia paroxística supraventricular. Allí se recomendó la realización de tareas administrativas, de acuerdo a sus habilidades y conforme las necesidades operativas del lugar donde presta servicios, en horario diurno.

A fs. 34 obra el Acta de la Junta Médica de fecha 26/01/09 en la que se reitera el diagnóstico -taquicardia paroxística supraventricular- y se consigna que la agente Videla se encontraba cursando la semana 13 de embarazo. Allí se dictamina que debe realizar tareas de tipo administrativo en un horario diurno de no más de seis horas de duración hasta nueva evaluación en junta médica.

A fs. 35 se incorpora el Acta de la Junta Médica de fecha 31/05/09 en la que con el mismo diagnóstico, se reseña que se trata de una incapacidad laboral temporal y se destaca que la actora cursa la semana 31 de embarazo, por lo que se concluye que debe realizar reposo laboral hasta finalizar su licencia por maternidad.

A fs. 36 se agrega el Acta de la Junta Médica, de fecha 06/11/09, en la cual se repite el diagnóstico de tipo temporal y se consigna que la Sra. Videla está cursando los últimos 90 días de licencia por maternidad. Se agregó que no cuenta con certificados actualizados ya que el próximo control cardiológico se lo realizaría el 18/11/09. Se dictamina, entonces, que debe realizar tareas administrativas en horario diurno hasta la nueva evaluación.

Finalmente, a fs. 37 se incorpora el acta de la Junta Médica de fecha 04/12/09 en la cual se reitera el diagnóstico pero, a diferencia de las anteriores Juntas Médicas, se determina que la incapacidad laboral es de carácter definitivo. Allí los médicos firmantes consignan que tuvieron a la vista el certificado del Dr. Gustavo Fava (cardiólogo) de fecha 20/11/09 donde refiere que la Sra. Videla presenta arritmia ventricular, se encuentra en periodo de lactancia, por lo que se posterga estudios electrofisiológicos y ablación. Se indica sólo tareas laborales administrativas.

Como ya se hiciera notar, a diferencia de los anteriores dictámenes, en esa instancia se calificó la patología de la actora como de carácter definitivo y se determinó que la agente no se encuentra en condiciones de desarrollar tareas de seguridad dentro de la Institución Policial.

No surge del Acta de la Junta Médica de fecha 04/12/09 cuáles fueron los elementos tenidos en cuenta para determinar que la dolencia de la Sra. Videla era de carácter permanente y, por tanto, incapacitante para prestar servicios en la Institución Policial. Pero, además de los antecedentes remitidos a esta causa, no surgen antecedentes médicos que permitan inferir cuáles fueron los motivos que llevaron a la Junta Médica del 04/12/09 a apartarse de las conclusiones de las cuatro Juntas Médicas realizadas con anterioridad, las que, como se reseñara, calificaron la patología de la accionante como temporaria.

A ello se le agrega que, contrariamente a lo concluido por la Junta Médica de fecha 04/12/09, las probanzas agregadas a la causa dan cuenta que la patología que padecía la Sra. Videla, al momento de su retiro, era de carácter temporario.

Así, el informe emitido por el perito médico designado en autos, Dr. Jorge García, en respuesta al punto de pericia respectivo indicó

que “el retiro no fue razonable, ya que antes de producirse el mismo la actora estaba curada y en condiciones de volver a las actividades de seguridad”, consignando también en su informe que la Sra. Videla “en el momento del examen pericial goza de buena salud y no presenta ninguna patología cardiológica que le impidan realizar las tareas de policía” (fs. 297/299).

En su informe médico, el galeno destacó que además del examen físico de la actora, se contó con los estudios complementarios agregados a la causa, entre ellos, la historia clínica del Servicio de Cardiología del Policlínico Neuquén, el cual corre agregado a fs. 51/60.

Forma parte de dicha historia clínica el informe emitido por el Dr. Ramón Raña con fecha 07/09/11, en el cual reseña como antecedente de la actora la taquicardia paroxística supravetricular sintomática, que motivó que en el mes de mayo de 2010 se le realizara un estudio electrofisiológico y ablación por radiofrecuencia de taquicardia ortrodrómica (ablación de haz accesorio oculto lateral izquierdo). Indica, asimismo, que el procedimiento fue exitoso y sin complicaciones. Refiere que desde entonces se encuentra asintomática (sin recurrencia de la arritmia) y que no presenta cardiopatía estructural para el normal desarrollo de sus actividades laborales habituales ni la realización de actividad física, tanto en forma recreativa como competitiva (fs. 51).

Dicha conclusión se encuentra abonada por el certificado médico de fecha 07/05/13, emitido por el Dr. Ricardo Parra, en el cual se indica que la Sra. Videla puede realizar sus tareas laborales habituales (fs. 62).

De las pruebas reseñadas, se colige que la conclusión a la que se arriba en la Junta Médica de fecha 04/12/09, en base a la cual se dispuso la cesación de los servicios de la actora y su retiro obligatorio, se presenta como irrazonable y arbitraria.

Ello así, en tanto no existe elemento alguno que permita tener por acreditado que al momento de disponer el pase a retiro de la Sra. Videla la misma estuviera impedida, de forma definitiva, de prestar servicios habituales para la fuerza policial y, mucho menos, que la misma fuera “inepta para las funciones policiales”, como surge del encuadre legal asignado.

De ello dan cuenta las fojas de calificaciones de los años 2006, 2007, 2008 y 2009, de las que se desprende el correcto desempeño de la agente, que incluso la hizo merecedora de felicitaciones por parte de sus superiores (ver. fs. 173/177).

No obra agregada a la causa ningún estudio médico o certificado que revele en forma razonable los motivos por los cuales la misma patología que, a criterio de las anteriores Juntas Médicas era temporaria, fue considerada definitiva por la Junta Médica de fecha 04/12/09. Ni mucho menos constancias que acrediten la ineptitud de la Sra. Videla en el cumplimiento de sus tareas.

Por las razones expuestas, propongo se acoja favorablemente la demanda y, en consecuencia, se declare la nulidad del Decreto 2085/10 y su confirmatorio 559/13, ordenando la incorporación de la actora al cargo que ostentaba al momento de disponerse su baja.

No modifica la solución propiciada la circunstancia de que la actora peticionara ante el Instituto de Seguridad Social el otorgamiento del haber de retiro, conducta que la demandada sindica como contradictoria y que postula como aceptación tácita del accionar estatal.

Dicha inferencia, importaría validar el sometimiento de la actora a un accionar que, como vimos, resulta a todas luces ilegítimo, por la sola circunstancia de haber dado cumplimiento con el recorrido normativo dispuesto por un acto del Poder Ejecutivo, que como sabemos se presume legítimo.

Tampoco resulta lógico argumentar, como lo hace la demandada, que la Sra. Videla debería haber seguido el camino de la impugnación contra el ISSN. Ello así, en tanto el ente estatal jamás pudo disponer el pago del haber de retiro con el encuadre asignado por el Poder Ejecutivo –inc. k) de la Ley 1131, “ineptitud”-, dado que la actora no cumplía con los recaudos exigidos por la norma, tal lo señalado en la motivación expuesta en la Disposición Nº 1090/11 del Instituto de Seguridad Social, que deniega el haber por no contar con el mínimo de 10 años de servicios policiales.

A todo evento, de haberse determinado de manera cierta que la actora se encontraba incapacitada para cumplir funciones policiales, la situación merecía ser encuadrada en el inciso j) del art. 14 de la Ley 1131, circunstancia que hubiera habilitado al organismo previsional a disponer el pago del haber de conformidad con lo que establecen los artículos 18.b.1 y 23.b.1. de la Ley 1131.

Concluyo entonces que, en el caso, además de haberse dispuesto arbitrariamente la cesación de servicios de la Sra. Videla, la conducta estatal impidió de manera ilegítima que la misma pudiera acceder al retiro que le hubiera correspondido de haber sido verdadera la incapacidad permanente invocada.

Por ende, debo concluir que tanto el Decreto N° 2085/10 que dispuso el cese de los servicios de la Sra. Videla y su pase a retiro obligatorio con encuadre en el art. 14 inc. k) de la Ley 1131, como así también el Decreto N° 559/13, confirmatorio del anterior, incurren en los vicios nulificantes previstos por los incs. a) y s) del art. 67 de la Ley 1284, dado que están en discordancia con la situación de hecho en la que se encontraba la accionante al momento de su dictado, circunstancia que torna equívoca e inexacta la motivación del Decreto Nº 2085/10 por el que se dispuso el pase a retiro obligatorio de la actora.

VIII.- En lo atinente al requerimiento resarcitorio, he de mantener el criterio formulado en causas análogas en las que he intervenido (vgr. Ac. 989/04, 89/16, entre otros), por lo que, en honor a la brevedad, me remito a los fundamentos allí brindados, exponiendo aquí aquéllos necesarios para fundar en lo pertinente la presente solución, teniendo en cuenta las diferencias en cuanto al fondo de la cuestión debatida.

En el caso, el reclamo atinente a la reparación del daño material es cuantificado por la demandante en el 20% de las remuneraciones dejadas de percibir, desde que se dispuso su pase a retiro, lo que cuantifica en una suma aproximada a los $50.000.

Ahora bien, según mi criterio y tal lo sostenido en los precedentes citados, se ha de partir de la presunción de la existencia del daño como consecuencia de la ilegitimidad del acto que dispuso, en este caso, el retiro obligatorio de la agente Videla.

No obstante ello, el monto del perjuicio, es decir, el alcance de la indemnización, permanece en la actual jurisprudencia de este Cuerpo supeditado a la demostración que efectúe la actora y, en su caso, a la prueba en contrario de la demandada en virtud del juego interactivo y dinámico de las cargas probatorias.

Es decir, que la responsabilidad estatal por haber dado ilegítimamente de baja a un empleado, en el caso, la cesación de los servicios y su pase a retiro obligatorio, en modo alguno implica que no resulte necesario probar la relación de causalidad jurídica entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se reclama.

Este extremo, unido a la aplicación del principio que en materia indemnizatoria suele resumirse bajo la fórmula “compensación del lucro con el daño” y que indica que del monto del daño deben deducirse las ventajas que del hecho ilícito pueden devenir para el damnificado, determina la improcedencia del pago de “salarios caídos” puesto que, si bien es cierto que la baja ilegítima le restó utilidades al demandante, no lo es menos, que dejó liberada su capacidad laboral.

En definitiva, la reparación que en el caso se reclama debe hacerse sobre la base de la evaluación del perjuicio efectivamente sufrido, en tanto y en cuanto, éste guarde con el acto que le dio origen una relación de causalidad adecuada.

En el caso, mediante el Decreto Nº 2085/10, notificado a la actora el 02/12/10, se dispuso su pase a retiro obligatorio, circunstancia en la que se encontraba cursando el último trimestre de embarazo de su tercer hija cuyo nacimiento se produjo el 23/03/11.

Además, y tal como se desprende de las constancias remitidas por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (Expte. 4469-083998), la accionante no pudo acceder al beneficio del retiro obligatorio por no reunir los diez (10) años de servicios exigidos por el art. 18 inc. b) 2 de la Ley 1131, conforme surge de la Resolución Nº 1766/2011 del 30/09/11 obrante a fs. 396 de la causa.

Entonces, tomando en cuenta estas consideraciones previas, advierto que en el caso existen elementos de prueba que permiten acreditar la cuantificación del daño con el alcance reclamado.

Por todo ello, siguiendo la línea de criterio mantenida en supuestos análogos, estimo prudencial que se otorgue a la actora, en concepto de indemnización por el daño que le generó el accionar ilegítimo de la Administración, por todo concepto, el monto equivalente al 20% del total que le hubiere correspondido percibir en el supuesto de haber trabajado durante el tiempo transcurrido entre su baja y hasta su efectiva reincorporación. Dicho importe devengará los correspondientes intereses, a tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, computables desde la fecha en que se produjo el hecho dañoso o ilegítimo –notificación del Decreto Nº 2085/10-, es decir desde que se efectivizó la baja -02/12/2010-. El mismo deberá ser calculado por la accionante en la etapa de ejecución de sentencia.

IX.- Pretende también la actora la reparación de los daños extra patrimoniales -daño moral-, los que cuantifica en la suma de $100.000.

Refiere en su escrito postulatorio que, a consecuencia del retiro, ha sufrido el impacto anímico de quedar desamparada.

Señala que el retiro dispuesto “esteriliza” su desarrollo personal y profesional, en tanto su profesión de “policía” sólo puede ejercerse dentro de la institución.

Manifiesta que su pase a retiro impuso una situación de carencia económica a su familia, impactando y deteriorando también su relación conyugal. Expone que debió pedir dinero prestado, asumiendo deudas que mantiene hasta el día de hoy.

Alega que el accionar estatal produjo un efecto traumático y postraumático en su salud psicoanímica configurando una reacción depresiva aguda de la que solo después de dos años pudo recuperarse, a costa de medicación psicoactiva.

Menciona que tuvo que transcurrir el embarazo de su tercer hija de una manera que califica “tortuosa”, bajo un estado psicológico alterado y con escasa disponibilidad anímica para vincularse con su hija por nacer, debiendo realizar consultas psicológicas.

Ahora bien, tal como lo ha sostenido este Tribunal en otros precedentes, el daño moral, cuando de materias distintas del ámbito extracontractual se trata, no se presume; la procedencia de la reparación requiere de condiciones mínimas para poder aceptarla y se debe ser prudente al respecto: no basta su sola invocación, sino que quien lo alega tiene a su cargo la prueba de su existencia.

En este orden, no cualquier inquietud, molestia, perturbación o desagrado hace procedente la indemnización, máxime cuando ésta

tiene su origen en la afectación de bienes puramente materiales (cfr. Acuerdo 27/10 del voto del Dr. Kohon).

Lo expuesto se traduce, entonces, en una apreciación estricta, tanto en lo que concierne al comportamiento de la parte incumpliente, como en la apreciación de las repercusiones que pudo generar (cfr. Acuerdo 1065/04 en autos: "Álvarez", entre otros).

Es decir que, para que nos encontremos frente a un daño moral resarcible, es necesario que el padecimiento tenga una entidad tal, que trascienda las meras dificultades o turbaciones que puedan producirse a raíz de un incumplimiento contractual (total o cumplimiento tardío).

Y, en este orden, sopesando las circunstancias del caso, advierto que en la especie se ha configurado un daño extrapatrimonial o moral con entidad suficiente para ser indemnizado aunque no con el alcance que se pretende.

En el caso, se acompañó a la demanda, como prueba documental, el informe emitido por la Lic. Claudia Braceras (fs. 61), del cual surge que la Sra. Videla solicitó su intervención terapéutica en fecha 27/05/11. Allí la experta describe que la "paciente se encuentra transcurriendo una crítica situación signada por: estado puerperal (ha dado a luz a su tercera hija en el mes de marzo), desocupación laboral, y consecuentes dificultades económicas, a lo que se agrega malestar en su relación de pareja". Se indica asimismo que el "núcleo central de la reacción depresiva el obligado retiro de la policía a que ha sido expuesta. Tal situación además de configurar una situación de desocupación laboral y crítica situación económica familiar, ha implicado la puesta en crisis de su plan vital y crítica situación económica, ha implicado la puesta en crisis de su plan vital, y atacado su propia construcción identitaria definida principalmente como "mujer policía".

Dichas conclusiones guardan similitud con el resultado de la pericial psicológica agregada a la causa -fs. 302/303-, en la que la perito actuante refiere que "la actora presenta un cuadro adaptativo crónico y depresión en vías de desarrollo, donde aparecen manifestaciones relacionadas con el conflicto generador de la reacción. Alteración de la personalidad de base, no hay trastorno de memoria ni concentración, pudiendo hacer tratamiento…", agregando en sus conclusiones que de acuerdo al relato de la Sra. Videla "…a partir de los hechos ocurridos no ha podido desempeñarse laboralmente en otros ámbitos. En principio porque encuentra su vocación dentro de la labor policial y porque considera que su retiro obligatorio no era justificado. Su retiro obligatorio le ha causado daño en las distintas esferas en las que se desenvuelve. A raíz de los hechos vivenciados ha sufrido alteraciones psíquicas referidas a trastornos adaptativos y depresivos por lo que se indica tratamiento psicológico". Finalizado el informe, el profesional propicia un tratamiento psicológico, el que recomienda con una frecuencia semanal durante un año, debiendo tenerse presente que el costo de la sesión sugerido por el Colegio de Psicólogos de Neuquén en esa época –2015- ascendía a la suma de pesos trescientos ($300).

Del análisis de los informes reseñados se desprende con claridad que el retiro ilegítimamente dispuesto importó para la actora un episodio traumático, teñido de dramatismo por su estado puerperal, que le acarreó inevitables padecimientos y angustias originando un menoscabo espiritual, el cual entiendo acreditado y cuya reparación no puede dejar de reconocerse, mas no con la extensión que se solicita.

Ello así, en tanto no puede perderse de vista que el resarcimiento que se pretende no puede importar un enriquecimiento indebido, sino un resarcimiento compensatorio razonable, que si bien no colocará a la actora en la situación anterior al suceso, debe poseer una aptitud reparadora de las dolencias emocionales padecida.

En función de lo expuesto, y siendo que la perito psicóloga refirió que las afecciones psicológicas de la Sr. Videla pueden ser revertidas a través de un tratamiento apropiado, entiendo razonable fijar la extensión de la indemnización por éste rubro en el importe equivalente al tratamiento.

En consecuencia, en uso de la facultad conferida por el artículo 165 del CPCyC, tomando en consideración las distintas cuestiones expuestas, se establece como reparación total para el rubro, la suma de pesos quince mil ($15.000,00), con más los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén, desde la fecha de notificación del acto de baja –02/12/2010- y hasta su efectivo pago.

X.- Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo: 1º) Hacer lugar a la demanda interpuesta y, en consecuencia, declarar la nulidad de los Decretos N° 2085/10 y 559/13, por padecer de los vicios previstos por en el art. 67 incs. a) y s) de la Ley 1284, ordenando la reincorporación de la actora al puesto de trabajo.

2º) Condenar a la demandada a resarcir a la actora, en concepto de daño material, el importe equivalente al 20% de los salarios dejados de percibir con más sus intereses, calculados a tasa activa, desde la configuración del evento dañoso –fecha de notificación del acto de baja- y hasta el efectivo pago. 3º) Condenar a la demandada al pago de la suma de $15.000, en concepto de daño moral, con más los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén, desde la fecha de notificación del acto de baja y hasta su efectivo pago. 4º) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78

de la Ley 1305). TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR a la demanda interpuesta y, en consecuencia, declarar la nulidad de los Decretos N° 2085/10 y 559/13, por padecer de los vicios previstos en el art. 67 incs. a) y s) de la Ley 1284, ordenando la reincorporación de la actora al puesto de trabajo; 2º) Condenar a la demandada a resarcir a la actora, en concepto de daño material, el importe equivalente al 20% de los salarios dejados de percibir con más sus intereses calculados a tasa activa, desde la configuración del evento dañoso –fecha de notificación del acto de baja- y hasta el efectivo pago; 3º) Condenar a la demandada al pago de la suma de $15.000, en concepto de daño moral, con más los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén, desde el 02 de diciembre de 2010 hasta su efectivo pago. 4º) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 de la Ley 1305); 5º) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello. 6º) 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. MARIA GUADALUPE LOSADA - Subsecretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"PENNACCHIONI MARÍA LUISA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6192/2015) – Acuerdo: 85/17 – Fecha: 30/06/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilaciones y pensiones.

HABER JUBILATORIO. DIFERENCIA EN LOS HABERES JUBILATORIOS. PROPORCIONALIDAD.

Al encontrándose acreditada la diferencia de haberes de pensión (conforme la pauta de proporcionalidad prevista en la Constitución Provincial, que para el caso de los beneficios de pensión equivale al 60% de lo que percibe el trabajador activo -en concordancia con lo resuelto por este Cuerpo en los Acuerdos 122/11, entre otros- se hace lugar a la demanda.

Texto completo:

ACUERDO N° 85. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Subsecretaria de Demandas Originarias, Dra.María Guadalupe Losada, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PENNACCHIONI MARÍA LUISA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. nº 6192/15, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado el Señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dijo:

I.- A fs. 11/17 vta. se presenta la Sra. María Luisa Pennacchioni, por apoderado, y promueve demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN). Impugna la determinación del haber inicial del beneficio como la Disposición Nº 2368/14 emanada de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN y el Decreto del PEP N° 1179/15, a fin de que sean anulados por ilegitimidad y se condene a la demandada a adecuar el haber previsional de la actora –pensionada del ISSN- a

los parámetros impuestos por el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial, hacia el futuro y retroactivamente, con más intereses y costas.

La actora relata que es viuda de quien en vida fuera el Señor Marcelo Augusto Brandan Vélez, quien fue empleado bancario hasta el momento en que se jubiló por invalidez en el año 1989 según Resolución N° 5/89 del Consejo de Administración del Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

La Sra. Pennacchioni obtuvo la pensión provincial por Ley 611 al fallecer su esposo el día 12 de septiembre de 2013; la concesión del beneficio fue dada por Disposición N° 696/14, emanada de la Dirección de Prestaciones de jubilaciones y Pensiones del ISSN.

Expone que el esposo de la actora, hasta el mes de enero de 1989 fue dependiente del Banco de la Provincia de Neuquén, arribando en su carrera laboral a la categoría de “Segundo Jefe de División Primera” en la ciudad de Neuquén, que conforme el convenio colectivo de trabajo vigente determina un adicional por zona desfavorable del 40%.

Indica que, detecta que los haberes percibidos por el jubilado cuando se encontraba en vida (aclara que la impugnación tramitó en expediente separado) y los haberes de pensión de la actora no responden a la garantía emergente del art. 38° inc. c) de nuestra ley fundamental. Asimismo menciona el impacto recibido en la determinación del haber por los aportes que provenían del régimen jubilatorio de trabajadores autónomos.

Señala el mismo problema –en cuanto determinación del haber- al producirse la derivación del beneficio a la actora (esposa superviviente) quien ahora es la titular de la pensión.

Menciona dos momentos claros respecto del haber de retiro: la determinación y la movilidad.

Invoca la garantía del art. 38° inc c) de la Constitución Provincial y señala que dicha garantía resulta extensible a los beneficios derivados como es el de la pensión, pero con una reducción razonable del haber previsional que en vez del 80% pasa a ser del 60%.

Cita jurisprudencia. Peticiona que se condene a la entidad previsional a redeterminar los haberes conforme la aplicación operativa del artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial, tanto hacia el futuro como retroactivamente con más los intereses.

Por otro lado, destaca que el cálculo porcentual debe incluir la totalidad del haber activo, sea denominado “remunerativo” o “no remunerativo”, pues no se han tenido en consideración aquellas sumas abonadas al trabajador activo sobre las cuales no se efectúan aportes jubilatorios.

Hace referencia a jurisprudencia provincial y de la Corte Suprema de Justicia, hace reserva del caso constitucional y solicita que oportunamente se haga lugar a la demanda, con costas.

II.- A fs. 31/31 vta. obra copia de la R.I. Nº 615/15, por la que se declara la admisibilidad del proceso.

A fs. 35/36 la actora ejerce la opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

III.- A fs. 38 el Fiscal de Estado toma intervención en los términos del artículo 1º y concordantes de la Ley 1575.

IV.- A fs. 47/50 vta. el Instituto de Seguridad Social del Neuquén contesta demanda.

En primer término, niega los hechos no reconocidos, la jurisprudencia y doctrina invocada en la demanda.

Luego, afirma que no existe contradicción entre lo reclamado por la actora y la forma en que el Instituto determinó sus haberes. Sostiene que respetó la Constitución Provincial.

Indica que lo mismo ocurre con la movilidad de haberes, ya que a través de la Resolución N° 172/07 los haberes de los actores se encuentran adecuados al 80% y 60% respectivamente, conforme la garantía emergente del art. 38° inc. c) de nuestra ley fundamental.

Detalla la fecha de cese y los aportes que tenía en dicho momento el Sr. Brandan Vélez y reitera la forma en que fueron considerados (a los efectos de la determinación del haber y movilidad) los aportes a la ANSES como autónomos, es decir, según lo prescripto en los arts. 56° y 60° de la Ley 611.

Para finalizar, solicita se consideren solo los periodos no prescriptos. Ofrece prueba, hace reserva de la cuestión federal y solicita el rechazo de la demanda, con costas a la contraria.

V.- A fs. 53 la actora manifiesta que la prescripción como defensa no puede ser opuesta en abstracto y sostiene que no existen periodos incluidos en la demanda anteriores a los dos años previos al reclamo administrativo.

VI.- La causa se abrió a prueba a fs. 54 y a fs. 205 vta. se clausuró dicho período.

A fs. 211/217 se agregó el alegato de la actora, a fs. 219/220 vta. el de la accionada.

VII.- A fs. 222/226 obra el dictamen fiscal, quien propicia el acogimiento de la demanda.

VIII.- A fs. 227 se dispone el llamado de autos, el cual encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Ahora bien, la actora obtuvo el beneficio de pensión derivada del fallecimiento de su esposo el Sr. Marcelo Augusto Brandan

Vélez, quien al momento de fallecer gozaba de una jubilación (cfr. Disposición N° 696/14 obrante a fs. 48 del Expte. 4469-142099/0), a partir del 12/09/2013.

Adviértase, que el Sr. Brandan Vélez, inició una acción procesal administrativa -con idéntica pretensión (es decir, el reajuste del haber en función del art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial-), la que actualmente se encuentra resuelta mediante Acuerdo N° 119 de fecha 01/12/2016, dictado en autos: "Brandan Vélez Marcelo Augusto C/ ISSN S/ Acción Procesal Administrativa", expediente N° 3487/11, del registro de ésta Secretaría.

Por otro lado, las cuestiones que esta Sala debe abordar se proyectan –al igual que al momento de analizar la pretensión del Sr. Brandan Vélez- sobre el sistema previsional neuquino y exigen compatibilizar el régimen legal establecido en la Ley 611, con las directivas constitucionales.

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

Sentado lo anterior, me remitiré al voto efectuado por el Dr. Massei -al cual adhiriera- dictado en autos caratulados: "Brandan Vélez, Marcelo Augusto C/ ISSN S/Acción Procesal Administrativa", expte. N° 3487/11 del registro de ésta Secretaría, que por otro lado, refleja mi postura sobre las cuestiones involucradas expuesta en numerosos antecedentes ("Fuentealba" –Ac. 40/10-, "Addy" –Ac.45/10-, "Balboa" –Ac. 15/11 y RI. 25/12- entre otros).

X.- Siguiendo el precedente "Brandan Vélez" –Ac. 119/16-, cabe reiterar que no son pocos los casos en los que, pese a que el accionar del Instituto de Seguridad Social del Neuquén se ajusta a las disposiciones legales, la solución concreta se presenta incompatible con la disposición prevista en el artículo 38, inciso c), de la Constitución Provincial, la cual, por su jerarquía normativa, debe prevalecer.

Como se señalara en numerosas oportunidades, la proporcionalidad está cuantificada en el ámbito local por el dispositivo constitucional del art. 38, inciso c), presentándose como un imperativo que la Provincia mediante la sanción de leyes especiales asegurará a todo trabajador, en forma permanente y definitiva, jubilaciones y pensiones móviles, que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad – o 60% en el caso de pensiones-.

Las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria son dos momentos de una misma problemática: los sistemas previsionales (tanto el nacional como el local) están diseñados sobre la naturaleza sustitutiva de la prestación jubilatoria y, por lo tanto, se apoyan en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad.

En este esquema, se señaló que la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía; su monto originario (haber inicial) responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que sustituya a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad (proporcionalidad inicial).

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

Se concluye que, la movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibiría el jubilado si siguiera en servicio activo (y de igual modo se traslada -en un porcentaje menor- cuando se trata de pensiones, supuesto en que el porcentaje es equivalente al 60%).

XI.- En el caso del Sr. "Brandan Vélez" (Ac. 119/16) se analizó el artículo 56° de la Ley 611, para la determinación del haber jubilatorio inicial y puntualmente el cómputo de "aportes autónomos", para desentrañar si la solución prevista respetaba los parámetros constitucionales contemplados en el artículo 38, inciso c), de la Constitución Provincial.

Y así surgió que el Sr. Brandan Vélez -hoy fallecido- acreditó el menoscabo en la determinación del haber previsional inicial, respecto de la proporcionalidad establecida por la Constitución Provincial, como también con relación a la movilidad de la remuneración de la categoría de revista con que accedió al beneficio previsional (cfr. Criterio sentado en autos "De la Colina", Ac. 920/3).

Por consiguiente, se hizo lugar a la pretensión del Sr. Brandan.

XII.- Volviendo al supuesto de la actora, tratándose de un haber de pensión cuya determinación deriva de un beneficio jubilatorio, resta analizar si el organismo previsional demandado cumplió, con las pautas establecidas precedentemente.

En primer lugar, a los efectos de determinar el haber de pensión y la posterior movilidad del beneficio se deberá considerar el cargo que tenía el Sr. Brandan Vélez al momento del cese en el Banco Provincia de Neuquén (2° Jefe de División Primera) más las sumas calificadas como "no remunerativas" que revistan carácter de habituales y regulares (cfr. Ac. 119/16).

Para ello, cabe observar los expedientes administrativos N° 4469-142099/0 y 4469-163464/5 y la documental e informes adjuntos a fs. 73, 84, 105/126 y 171/197 (recibos de haberes correspondientes al periodo septiembre de 2013 – agosto 2016), 170 e informe

pericial de fs. 143/144.

De la prueba detallada -principalmente de la confrontación de los recibos de haberes de pensión e informe de haberes correspondientes a la Categoría de 2° Jefe División Primera e informe pericial- se desprende que los haberes de pensión de la actora, desde la determinación del haber inicial se encuentran por debajo de la garantía constitucional (art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial), no compensando las diferencias el reajuste ordenado por el Resolución N° 172/07.

No obsta a esta conclusión, la impugnación formulada al informe pericial, que fuera respondida por el perito a fs. 163, dado que la misma resulta improcedente ya que cuestiona las pautas de liquidación del haber jubilatorio que fueran fijadas y reiteradas por éste Excmo. Tribunal en numerosos antecedentes jurisprudenciales.

XIII.- A la Luz de lo expuesto, corresponde hacer lugar a la pretensión de la actora, ordenando al organismo previsional que proceda a la readecuación del haber inicial respetando la pauta de proporcionalidad prevista en la Constitución Provincial, que para el caso de los beneficios de pensión equivale al 60% (de lo que percibe el trabajador activo en concordancia con lo resuelto por este Cuerpo en los Acuerdos 122/11, entre otros-) y abone las diferencias respecto de la movilidad del haber jubilatorio, desde que la actora accedió al beneficio hasta su efectivo pago.

No se advierten periodos prescriptos (véase que por Disposición N° 696/14 accedió al beneficio de pensión a partir del 12/09/2013 –conf. fs. 48 del expediente administrativo N° 4469-142099/0- y la demanda fue interpuesta en fecha 24/7/2015 –ver constancia de fs. 17 vta.-).

A tal efecto se deberá considerar el cargo que tanía el Sr. Brandan Vélez al momento del cese en el Banco Provincia de Neuquén (2° Jefe de División Primera) más las sumas calificadas como “no remunerativas” que revestían carácter de habituales y regulares (conforme lo establecido en el Ac. 119/16 “Brandan Vélez” al cual me remito).

Las sumas resultantes se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia y devengarán intereses –tasa activa- desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

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

El señor Vocal Doctor Oscar E. Massei, dijo: adhiero a la solución propuesta por el Sr. Vocal que abre el Acuerdo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar a la demanda incoada por la señora MARÍA LUISA PENNACCHIONI –beneficiaria de una pensión- contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia, ordenar a este último la readecuación del haber de la actora desde el acceso al beneficio, las que serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia, con más los intereses –tasa activa-, teniendo en cuenta las pautas establecidas en el considerando XIII, y condenar al ISSN al pago de las diferencias retroactivas que se adeudaren; 2°) Imponer las costas a cargo de la demandada (art. 68 del CPCyC); 3°) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. MARIA GUADALUPE LOSADA - Subsecretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"MONZALVEZ NICOLAS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2372/2008) – Acuerdo: 88/17 – Fecha: 30/06/2017

DERECHO CIVIL: Responsabilidad del Estado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. MUNICIPALIDAD. IMPACTO DE UN

VEHICULO. POZO ABIERTO. INTERSECCION DE CALLES. EJIDO URBANO. PODER DE POLICIA. DEBER SE SEGURIDAD. VALORACION DE LA PRUEBA. AUSENCIA DE PRUEBA.

1.- Debe rechazarse la pretensión indemnizatoria dirigida contra la Municipalidad de Neuquén a raíz del impactó del vehículo conducido por el actor en una zanja sin señalización que se encontraba en la intersección de arterias urbanas, por cuanto de las constancias administrativas se infiere que la comuna no se encontraba anoticiada de las tareas de reparación o mantenimiento realizadas en el sector –las habría realizado el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (E.P.A.S)-, y no se produjo otra prueba al respecto. Por el contrario, ha quedado acreditado que inmediatamente anoticiada del hecho la comuna, se hizo presente a la media noche en el lugar el propio director de Obras Públicas del Municipio a los fines de señalizar la existencia de la zanja y que al otro día se realizó la reparación de la calzada. Así las cosas, lo cierto es que del relato de los hechos y la prueba aportada referenciada, no se vislumbra un actuar irregular por parte del Municipio, dado que la actitud asumida por la Comuna frente al escenario fáctico descripto se advierte como razonablemente en consonancia con el deber de seguridad sobre los habitantes del ejido municipal.

2.- El reproche de responsabilidad que hace el actor, queda reducido a una conducta omisiva por parte del Municipio en su deber de garantizar la seguridad de los ciudadanos comunales, que no ha sido acreditada. No puede dejar de insistirse en que frente a las imputaciones de omisión, máxime en cuestiones referidas a deberes genéricos derivados del poder de policía, se impone al actor una carga argumentativa y probatoria exigente a los fines de aportar prueba clara y contundente, puesto que de otra manera se corre el riesgo de tomar decisiones que no se compadezcan con la razonabilidad y previsibilidad que debe guiar la prudencia judicial en esta temática. La falta de acreditación del elemento esencial de la responsabilidad del estado -prestación irregular del servicio-, impone el rechazo de la demanda.

Texto completo:

ACUERDO N° 88. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de junio 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 MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la Secretaría Subrogante de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora María Guadalupe Losada, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MONZALVEZ NICOLAS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. n° 2372/2008, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 8/9 se presenta el Sr. Nicolás Monzalvez, con patrocinio, e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén.

Relata que el 25 de septiembre del 2006, aproximadamente a las 21:30 horas, circulaba a bordo de su vehículo por la calle Bejarano en dirección sur, y al llegar a la intersección con calle 12 de Septiembre impactó en una zanja profunda que se encontraba en el asfalto, sin señalización alguna.

Afirma que como consecuencia del accidente, el vehículo sufrió rotura de las cubiertas del lado izquierdo, las llantas y el tren delantero.

Dice que cuando se encontraba esperando la grúa que trasladaría el vehículo, aproximadamente a las 00:15 horas concurrió al lugar una persona que manifestó ser de apellido Carrasco, Director de Obras Civiles de la Municipalidad de Neuquén, quien colocó un caballete de madera.

Señala que la reparación del vehículo ascendió a $1.313.

Sostiene que impugna el Decreto N°0029 de fecha 11/01/2008 por resultar nulo, por falta de motivación, y la Resolución N°0499 de

fecha 21/11/06 por idénticos motivos, solicitando se decrete la nulidad de dichas normas y se reconozca la responsabilidad de la demandada.

Alega que hubo incumplimiento de la accionada al deber de velar por la seguridad de los vecinos de la comuna –omisión administrativa-.

Indica que como entidad comunal, la Municipalidad es la encargada de cuidar los espacios públicos, en el caso la vía pública, de manera tal que no constituya un riesgo para quienes la utilizan.

Afirma que conforme averiguaciones realizadas, la zanja habría sido abierta por el E.P.A.S para realizar alguna reparación. Sin embargo no sólo no fue reparada, sino que además no se colocó ningún tipo de señalización que advirtiera de la misma, constituyendo un serio peligro para la comunidad que circulara por esa arteria.

Sostiene que la Municipalidad tiene el control de la vía pública y debe velar por la seguridad de los vecinos de la ciudad. Señala que es por esa razón que previo a la apertura de una zanja se debe solicitar el permiso de la

Municipalidad, para que tome conocimiento y procure todas las precauciones del caso. Aún ante la falta de aviso, que en todo caso será una cuestión de la Municipalidad y E.P.A.S, debe controlar que no se abran zanjas clandestinamente.

Dice que el derecho lesionado, consiste en la pérdida patrimonial sufrida en virtud de la rotura que sufrió el vehículo.

Solicita se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.

II.- A foja 19 y vta., por medio de la RI N° 6437/08 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario a fs. 31/32, se corre traslado de la demanda a fs. 33.

IV.- A fojas 41/45 la Municipalidad de Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de la negativa de rigor, plantea como cuestión de fondo, excepción de falta de legitimación pasiva.

Señala que se desprende de la lectura de la demanda y la prueba acompañada, que la conducta desplegada por el EPAS, fue el hecho determinante del presunto daño, en virtud de ser el único responsable de ejecutar la obra, según la Ley Provincial 1763.

Sostiene que no existe responsabilidad del ente municipal en virtud de que el vicio de origen del daño fue la rotura de la acera por parte de un tercero por quien no se debe responder: esto es, una empresa provincial que realiza una zanja en la vía pública sin la previa comunicación a la Municipalidad de Neuquén, y sin dar cumplimiento con la Ordenanza Municipal, por lo que nada tiene que ver la Municipalidad con el supuesto evento dañoso.

Indica que la persona jurídicamente responsable es el EPAS, no sólo por el hecho que le es imputable la acción que provoco el daño, sino que actuó antijurídicamente por omitir el deber de cumplir con lo establecido en la Ordenanza N° 10.009, es decir la obtención de la correspondiente autorización como así también la señalización de la zanja realizada en la vía pública.

Afirma que es a través de esa ordenanza que la Municipalidad ejerce el debido control de las roturas en calzadas y veredas, por lo que se exige en el art. 3.6.5.1 la obtención de las autorizaciones como así también la correspondiente señalización a los fines de la prevención de accidentes, asegurándose a través del área correspondiente la debida vigilancia de los lugares en los cuales se solicitó la respectiva autorización.

Dice que es por ello que frente al incumplimiento del pedido de autorización y de señalización, ante el supuesto de rotura de calzada resulta como único responsable el organismo provincial público que ejecutó la obra.

Aclara que ante la denuncia, el municipio procedió inmediatamente a la señalización, cumplimentando su obligación de velar por la seguridad de la comuna, según lo dispuesto por la Ordenanza N° 10009 art. 3.6.5.15, es decir, su deber de vigilancia una vez anoticiada del hecho de la zanja sin señalización.

Solicita la citación del EPAS y peticiona se haga lugar a la excepción interpuesta.

V.- A fs. 46 se corre traslado de la contestación de demanda, excepción y citación de tercero, la que es contestada por la actora a fs. 47.

Señala que no tiene objeciones que formular a la citación de tercero y aclara que en caso que no se acredite las imputaciones que la demandada le atribuye al EPAS y se rechace la acción contra el tercero, las costas se impongan a la Municipalidad de Neuquén.

Luego, rechaza la excepción. Alega que la Municipalidad reconoce que debe ejercer el control de las calles y velar por la seguridad de sus ciudadanos, y que por ello señalizó ni bien recibió la denuncia de la existencia de la calle.

Señala que la Municipalidad sostiene que existe una ordenanza que dispone que correspondía que el EPAS le comunicara la apertura de la zanja.

Dice que en consecuencia, no quedan dudas de que la Municipalidad es responsable por la seguridad, dado que por ello se impone la obligación de peticionar una autorización previa a realizar la apertura.

Sostiene que la eventual omisión en la que pudiere haber incurrido el EPAS no quita frente al suscripto la responsabilidad, por ser

responsable directo, y en todo caso podrá repetir la indemnización que deba abonar en estos autos y sancionar el incumplimiento de la ordenanza.

Además, afirma que desconoce el incumplimiento, debiendo presumir que el permiso se requirió.

VI.- a fs. 55 mediante R.I 24/2010 se hace lugar a la citación del tercero.

A fs. 66 se presenta el EPAS, se limita a solicitar que se lo tenga por presentado, parte y con domicilio constituido.

VII.- A fs. 69 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 222.

A fs. 227/230 obran los alegatos producidos por la parte demandada.

VIII.- A fs. 233/236 dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia se haga lugar a la demanda.

IX.- A fs. 255 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

X.- En primer lugar, corresponde abordar la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta por la demandada. Mediante esta defensa, lo que se controvierte, es la existencia de la legitimatio ad causam, esto es, que quien demanda, o aquél contra quien se demanda, no revisten la condición de personas idóneas o habilitadas por la ley, para discutir el objeto sobre el que versa el litigio.

La Municipalidad introduce la defensa en virtud de sostener que el evento dañoso fue consecuencia de la conducta desplegada por un tercero por el cual no debe responder. Alega que el E.P.A.S fue el único responsable de ejecutar la obra. No obstante, de la demanda en traslado se advierte con claridad que se le imputa a la demandada responsabilidad en el hecho por un deber que recae sobre la propia comuna, el deber de seguridad sobre los habitantes en el ejido urbano municipal.

De esa manera, lo cierto es que el argumento utilizado para plantear la falta de legitimación en tanto que otra persona habría realizado la obra, en nada varía la responsabilidad que se le imputa, y por eso, se impone el rechazo de la defensa de falta de legitimación como fue planteada.

XI.- Tal como surge del relato efectuado, la pretensión indemnizatoria deducida encuentra su origen en la responsabilidad extracontractual del Estado por “falta de servicio”, constituida por el supuesto accionar defectuoso o incorrecto del Municipio demandado. La irregularidad del servicio que señala el actor, consiste en la omisión de prestar debidamente el poder de policía sobre las calles del ejido urbano, fundando el actor la responsabilidad en que “la municipalidad es la encargada de cuidar los espacios públicos, en el caso la vía pública, de manera tal que no constituya un riesgo para quienes la utilizan. En el caso de autos la accionada omitió tal deber”.

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

Como se dijera en el Acuerdo N° 1452/2007, la responsabilidad directa invocada por el actor, basada en la falta de servicio, requiere de una apreciación en concreto. Debe tenerse presente que "el ejercicio del poder de policía, ya se trate del relacionado con vías públicas, o con otras expresiones de su ejercicio, no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud. Estos aspectos dependen ya sea del lugar, del objeto o índole de la actividad o de las personas; en fin, depende de las circunstancias específicas del caso. En lo atinente a su ejercicio, el poder del policía es contingente, circunstancial; no es uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones; varía o puede variar según el supuesto de que se trata" (Marienhoff, Miguel, "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público", ED boletín del 9/9/1996).

XII.- Frente al plano probatorio de autos, puede tenerse por acreditado que el día 25 de septiembre del año 2006, ocurrió un accidente en el cual un rodado impactó con una zanja que se encontraba sobre la calzada sin señalización en la intersección de las calles Bejarano y 12 de septiembre, dentro del ejido urbano municipal.

Al respecto, se cuenta con la exposición policial obrante a fs. 129/131 (coincidente con el hecho relatado en la demanda), el comprobante de traslado en grúa del rodado desde el lugar del accidente agregado a fs. 171, y con las actuaciones administrativas dónde es el propio Director General de Obras por Administración de la Municipalidad quien informa que “el día 25 de septiembre de 2006 se atendió a última hora un reclamo por rotura de pavimento rígido de calle Bejarano y 12 de Septiembre (sector sur de las vías de ferrocarril) el cual no contaba con señalización alguna”.

Conforme surge de la normativa, y afirma la actora, es la Municipalidad quien tiene el poder de policía sobre la vía púbica debiendo velar por la seguridad de los ciudadanos dentro del ejido urbano municipal. Específicamente sobre el poder de policía, la Constitución Provincial, en el art. 273 inc. a), dentro de las atribuciones de los municipios, menciona el mantenimiento de las calles, uso de calles, tránsito y vialidad. Asimismo, los arts. 16 inc. 5, 85 inc. 13 COM, se refieren al poder de policía municipal, y en

especial, el art. 142 COM, menciona la potestad indelegable del ejercicio por parte del Municipio del poder de policía en el ejido para garantizar la seguridad, la convivencia, la moralidad, la salud, un ambiente sano y equilibrado, el interés económico colectivo y el bienestar general de sus habitantes, sin perjuicio de las atribuciones y la amplitud de facultades conferidas por la Constitución Provincial.

Como se repara, el mandato jurídico a cargo de la Municipalidad es de carácter general indeterminado.

No obstante, a los efectos de garantizar efectivamente el cumplimiento de su función de poder de policía sobre la vía pública y velar por la seguridad de quienes transitan por allí, en lo que respecta a obras ejecutadas por privados y organismos públicos sobre la vía pública, se establecen obligaciones a cargo de estos últimos. Así es que, mediante un mecanismo de control de la Municipalidad sobre las obras ejecutadas por terceros en el ejido urbano, se permite en definitiva cumplir con el deber genérico de garantizar la seguridad de los ciudadanos.

En este sentido, la Ordenanza Municipal N° 10.009, en el bloque temático N° 5, Capítulo 1, reglamenta en materia de roturas de calzada en su art. 3.6.5.1, que "toda obra en la vía pública en propiedad privada municipal que implique excavaciones, zanjas o pozos, roturas de pavimento en calzadas y/o en veredas, excavaciones de cualquier naturaleza, cambio, agregado de postes, equipos, plantel, conductores o redes en general, deberá tramitar su autorización por la Municipalidad de Neuquén, en el ámbito del área de Control de Redes. Las mismas podrán ser por: a) conexiones individuales domiciliarias a redes de servicios. b) ejecución de obras lineales (instalaciones o extensiones de redes aéreas, subterráneas o superficiales). c) colocación, cambio, reparación de postes. e) ídem de equipos, planteles, líneas".

Concretamente respecto de las reparaciones y mantenimiento de calzada, además de obligarse a quienes realicen obras en la vía pública a tramitar una autorización ante la Municipalidad, el art. 3.6.5.4 de la Ordenanza Municipal N° 10.009, dispone que "en todo tipo de trabajos por mantenimiento y/o reparación de redes emplazadas en la vía pública, que produzcan las roturas mencionadas, la empresa prestataria del servicio debe efectuar la reparación acorde a la regla del arte y realizar la correspondiente señalización y balizamiento diurno y nocturno en prevención de posibles accidentes al tránsito vehicular y peatonal".

En idéntico sentido se expide por su parte, la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449, a la que adhirió la Municipalidad de Neuquén mediante la ordenanza N° 7510/96. Esta dispone en su art. 23 que "cuando la seguridad y/o fluidez de la circulación estén comprometidas por situaciones u obstáculos anormales, los organismos con facultades sobre la vía que deben actuar de inmediato según su función, advirtiendo del riesgo a los usuarios y coordinando su accionar a efectos de dar solución de continuidad al tránsito. Toda obra en la vía pública destinada a reconstruir o mejorar la misma, o a la instalación o reparación de servicios, ya sea en zona rural o urbana y en la calzada o acera, debe contar con la autorización previa del ente competente, debiendo colocarse antes del comienzo de las obras los dispositivos de advertencia establecidos en el Sistema Uniforme de Señalamiento. Cuando por razones de urgencia en la reparación del servicio no puede efectuarse el pedido de autorización correspondiente, la empresa que realiza las obras, también deberá instalar los dispositivos indicados en el Sistema Uniforme de Señalamiento Vial, conforme a la obra que se lleve a cabo".

Así las cosas, surge claro que si bien recae sobre el municipio velar por la seguridad de los habitantes que transitan por la vía pública como mandato jurídico indeterminado, cuando existan obras realizadas por privados u entes públicos como consecuencia de reparación de redes emplazadas sobre la vía pública, pesa sobre ellos la obligación de informar al Municipio, tramitar una autorización y cumplir con la correspondiente señalización –como mandato jurídico determinado-. Tal es así, que la normativa nacional prevé incluso que cuando la reparación responda a una situación urgente que imposibilite tramitar la autorización, la empresa que realiza las obras también deberá instalar los dispositivos de señalización.

En este marco entonces, cobra relevancia que es la propia actora quien indica en su demanda que "conforme averiguaciones realizadas, la zanja habría sido abierta por el E.P.A.S para realizar alguna reparación. Sin embargo no sólo no fue reparada, sino que además no se colocó ningún tipo de señalización que advirtiera de la misma, constituyendo un serio peligro para la comunidad que circulara por esa arteria".

En igual sentido, obra el informe suscripto por un funcionario público municipal a fs. 10 del expediente administrativo, que afirma que el E.P.A.S se encontraba realizando tareas de reparación en ese lugar frente al Reclamo documentado con N° 46.734.

Así, admitiéndose que fuera el E.P.A.S quien realizó el pozo, y teniendo en cuenta que en los supuestos de reparación o mantenimiento de redes emplazadas en la vía pública recae sobre las empresas el mandato jurídico determinado de señalizar, la responsabilidad a analizar aquí –dónde no ha sido demandada esta última-, girará en torno a la actuación de la Municipalidad en cumplimiento con el deber genérico de garantizar la seguridad de los habitantes dentro del ejido urbano.

Es importante señalar 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…" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", LA LEY 12/03/2007).

Específicamente, respecto de la actividad realizada por la demandada, la actora indica que "mientras esperaba la grúa que trasladaría el vehículo y siendo aproximadamente las 00,15 horas, concurrió una persona que manifestó ser de apellido Carrasco, Director de Obras Civiles de la Municipalidad de Neuquén, quién colocó un caballete de madera".

Coincidentemente, informa el Director General de Obras por Administración a fs. 10 del expediente administrativo, que en las últimas horas del día 25 de septiembre de 2006 se atendió un reclamo por roturas en las calles Bejarano y 12 de Septiembre, "se colocó esa misma noche las balizas correspondientes, y al día siguiente (26 de septiembre del 2006) se realizó la reparación con hormigón".

De las constancias administrativas se infiere que la comuna no se encontraba anoticiada de las tareas de reparación o mantenimiento realizadas en el sector, y no se produjo otra prueba al respecto. Por el contrario, ha quedado acreditado que inmediatamente anoticiada del hecho la comuna, se hizo presente a la media noche en el lugar el propio director de Obras Públicas del Municipio a los fines de señalizar la existencia de la zanja y que al otro día se realizó la reparación de la calzada.

Así las cosas, lo cierto es que del relato de los hechos y la prueba aportada referenciada, no se vislumbra un actuar irregular por parte del Municipio, dado que la actitud asumida por la Comuna frente al escenario fáctico descripto se advierte como razonablemente en consonancia con el deber de seguridad sobre los habitantes del ejido municipal.

Debe repararse además que frente a este escenario, y pese a que se le rechazó su reclamo administrativo señalando expresamente que no se encontraban acreditados los presupuestos jurídicos para endilgar responsabilidad al Municipio dado que la zanja la habría realizado el EPAS y que el pozo fue señalizado y tapado por parte del Municipio una vez anoticiado, el actor no reclamó ante el organismo señalado y decidió incursionar en sede judicial sólo contra la Municipalidad.

Tanto en sede administrativa como aquí, se evidencia una actitud desinteresada por parte del actor en torno a dilucidar la intervención del E.P.A.S en el evento dañoso, alegando que en vistas del deber genérico de seguridad sobre los vecinos de la comuna, la Municipalidad de Neuquén debe responder independientemente de lo que pudiera corresponder entre E.P.A.S y el Municipio.

Ese desinterés, se hace expreso, cuando citado el E.P.A.S por la Municipalidad, nuevamente la actora opta por continuar con su postura original y deja "aclarado que la citación la ha peticionado la accionada, como así también la atribución de responsabilidad en el hecho que nos ocupa, en caso que no se acredite las imputaciones realizadas –rotura de calle e incumplimiento a la Ordenanza Municipal 10.009- y se rechace la acción contra el tercero, solicito se impongan las costas a la Municipalidad de Neuquén" (fs. 47).

El reproche de responsabilidad que hace el actor, queda reducido entonces a una conducta omisiva por parte del Municipio en su deber de garantizar la seguridad de los ciudadanos comunales, que como se señaló no ha sido acreditada.

No puede dejar de insistirse en que frente a las imputaciones de omisión, máxime en cuestiones referidas a deberes genéricos derivados del poder de policía, se impone al actor una carga argumentativa y probatoria exigente a los fines de aportar prueba clara y contundente, puesto que de otra manera se corre el riesgo de tomar decisiones que no se compadezcan con la razonabilidad y previsibilidad que debe guiar la prudencia judicial en esta temática.

La falta de acreditación del elemento esencial de la responsabilidad del estado -prestación irregular del servicio-, impone el rechazo de la demanda.

XIII.- 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.

La Sra. Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: comparto la solución a la que arriba el Dr. Kohon, como así también su línea argumental, por lo que emito mi voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por el Sr. NICOLÁS MONZALVEZ contra la MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN; 2º) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 C.P.C. y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DRA. MARÍA SOLEDAD GENNARI

DRA. MARIA GUADALUPE LOSADA - Secretaria Subrogante

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

"A. E. R. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 57156/2015) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 19/06/2017

DERECHO PROCESAL: Impugnación extraordinaria.

IMPUGNACION EXTRAORDINARIA. TRIBUNAL DE IMPUGNACION. ABUSO SEXUAL. SENTENCIA ABSOLUTORIA. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA.

1.- En cuanto al carril utilizado en la impugnación extraordinaria (art. 248 inc. 2° C.P.P.N.), si bien lo debatido remite al examen de aspectos de hecho, prueba y derecho común -regularmente ajenos a la instancia extraordinaria de la Corte Suprema- ello no es óbice cuando, como en este caso, se invocan particularidades concretas sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 328:4580 y 331:1090, entre otros).

2.- Es procedente la impugnación extraordinaria planteada por el Ministerio Público Fiscal y la Defensora de los Derechos del Niño contra el pronunciamiento absolutorio dictado por el Tribunal de Impugnación en oportunidad de revocar la sentencia condenatoria dictada en mayoría por el Tribunal de Juicio quien declaró penalmente responsable a E. R. A. del delito de Abuso Sexual gravemente ultrajante, calificado por el vínculo en carácter de autor. Ello así, el Tribunal de Impugnación no construyó, de una manera fundada, la hipótesis de arbitrariedad de sentencia; entendiéndose por ello una demostración cabal de que esa sentencia de responsabilidad no alcanzó el umbral exigible para estimarla lógica, coherente y razonable. Vale remarcar: cuando el Tribunal de impugnación objetó ciertas inferencias del órgano a-quo, lo hizo sin desmerecer o demostrar la arbitrariedad del fallo y en muchas ocasiones en desapego a las constancias del caso.

3.- […] que se dé preponderancia a aquellos elementos incriminatorios frente a un aserto no categórico del psiquiatra forense o que contradicen a la experta de parte no implica, de modo alguno, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia; por el contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional.

4.- Tampoco puede asumirse como un elemento determinante en favor de la absolución dictada en la instancia anterior la dicotomía inherente al modo en que la niña "A.A." describe a su padre y los sentimientos encontrados que anidan en su relación (vgr. "papá es bueno", "papá es malo", etc.), puesto que la bibliografía científica más autorizada sobre este punto enseña que tales sentimientos contradictorios están habitualmente presentes en las niñas que

transitan por este tipo de experiencias traumáticas (cfr. Giberti, Eva (Dirección) – Lamberti, Silvio – Viar, Juan Pablo y Yantorno, Noemí "Incesto Paterno-Filial. Una visión multidisciplinaria. Perspectivas históricas, psicológicas, jurídicas y forenses", Editorial Universidad, Bs. As., 1998, págs. 116/118).

5.- Desde otro plano, también surge justificada (bajo argumentos que no han sido refutadas en la sentencia de Alzada) la abstención que hizo el voto mayoritario del tribunal de juicio de aquellos múltiples conflictos judicializados entre el imputado y la denunciante (que, según se viera, podían interpretarse en una u otra dirección […]). Centrándose, en su lugar, en las pruebas inherentes a este tipo de hechos y que dieron por resultado: a) la determinación de lesiones en la niña "A.A." compatibles con la digitalización crónica de la zona anal; b) la referencia de la niña a tocamientos en esa zona anatómica por parte de su "papá T."; y c) la validación diagnóstica de ese relato por la psicóloga forense designada a tal fin.

6.- De este modo, la sentencia de grado no se distanció del canon constitucional impuesto por una valoración racional de esas pruebas. Antes al contrario, realizó una ponderación particular e integral de todos los elementos que fueron ofrecidos en el debate. Como contrapartida y tal como se demostró a lo largo de este voto, el Tribunal de Impugnación no logró descalificar argumentalmente esas conclusiones, sino que se limitó a efectuar una valoración alternativa de esas mismas pruebas, dando realce a aquellas que confluían en una dirección opuesta. Y es claro que esa discrepancia no es identificable con un vicio propio del fallo de instancia.

7.- Consecuentemente, corresponde remitir el legajo a la Oficina Judicial para que un nuevo Tribunal de Impugnación designado al efecto sustancie el recurso del rubro interpuesto por el imputado y por sus letrados defensores en contra de los pronunciamientos atinentes a la declaración de responsabilidad y de pena, dictados por el tribunal de juicio (…).

Texto completo:

ACUERDO N° 7 /2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecinueve días del mes de junio 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: "A. E. R. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" (legajo 51156/2015).

ANTECEDENTES: El tribunal de juicio, por el voto mayoritario de sus integrantes, declaró penalmente responsable a E. R. A. del delito de Abuso Sexual gravemente ultrajante, calificado por el vínculo en carácter de autor (arts. 119, párr. 1°, 2°, 4°, inc. 'b' y 45 del Código Penal). Asimismo, tras la celebración del pertinente juicio de cesura, dicho órgano colegiado (por unanimidad) le impuso la pena de ocho años de prisión efectiva (cfr. sentencias n° 305/2016 y 373/2016 agregadas a fs. 1/127).

Contra esta decisión la asistencia técnica del prenombrado dedujo impugnación ordinaria (fs. 128/142).

El tribunal de impugnación constituido al efecto, por decisión unánime de sus miembros, hizo lugar a dicha apelación, revocando la sentencia y absolviendo a E. A. del hecho por el que fuese oportunamente imputado (sentencia n° 18/2017, fs. 143/200).

La Fiscalía actuante y la Defensoría de los Derechos del Niño (esta última en su rol de querellante institucional), dedujeron contra este último fallo el Recurso de Control Extraordinario que concita la atención de esta Sala.

En su presentación conjunta de fs. 201/213 los recurrentes tachan de arbitraria la decisión y por tanto acuden a esta instancia alegando la existencia de un caso en el que debiera tomar intervención el Máximo Tribunal Nacional.

Si bien reconocen el carácter excepcional que adquiere el desenvolvimiento del recurso federal (indirectamente aludido en la norma procesal de la cual se aferran [art. 248, inc. 2° C.P.P.N.]), estiman que la pieza sentencial atacada posee serias deficiencias lógicas de razonamiento y una ausencia de fundamento normativo que impiden considerarla como un acto jurisdiccional válido.

Los agravios en que se cimenta dicha impugnación extraordinaria, sucintamente compendiados, son los siguientes:

Que el análisis sobre la materialidad del hecho efectuado por uno de los magistrados votantes (en referencia al Dr. Alejandro Cabral) resulta errado, pues estuvo fuera de toda duda y controversia la existencia del hecho que damnificó a la víctima y lo único que generó posiciones encontradas en el juicio fue la autoría de ese probado sometimiento sexual.

Agregan a este respecto que dicho judicante partió de una falsa premisa y mezcló, sin rigor científico, las categorías de Adams y de Muram como si se tratara de una idéntica clasificación.

Así, al expresar el Dr. Cabral que los signos médicos hallados sobre la niña "A.A." no permitían presumir de manera categórica evidencias de abuso sexual, se apartó de las propias consideraciones galénicas y de lo admitido por todos los litigantes en el debate, lo que viola los principios fundamentales del sistema acusatorio actual e introduce cuestiones que las partes no debatieron.

Como segundo punto de crítica expresan que los magistrados del Tribunal de Impugnación realizaron un relato fragmentado y contradictorio de lo que declaró la niña "A.A.", soslayando que ésta fue elocuente, tanto en la evaluación diagnóstica como en la Cámara Gesell, al afirmar que el autor de los abusos fue su padre biológico. Cuestionan asimismo ciertas valoraciones del fallo (en cuanto a la falta de referencia específica del lugar del hecho como el modo de producción, tal como lo propuso el Dr. Zvilling en su voto), oponiéndole el argumento de que no es esperable que una niña de tres años discrimine claramente si le tocaba la cola o la vagina, pero que aun así ella mostró con los muñecos cómo era tocada y en qué zona.

Estiman que los razonamientos trazados en el decisorio son lineales y prescinden de un mínimo análisis de lo que la niña mostró con esos muñecos en relación a lo que le hacía su papá, desconociendo que ello también formaba parte de su relato, aunque no fuere verbal.

El tercer motivo de censura, de indudable vinculación con lo anterior, se refiere al análisis sesgado de los testimonios rendidos en el debate.

Desde el punto de mira de los apelantes, los magistrados revisores colocaron en un mismo pie de igualdad las opiniones encontradas de las Licenciadas Chavez y Martínez Llenas.

En este punto, recuerdan que mientras la primera fue la perito forense que evaluó a la niña "A.A.", la restante no ha sido siquiera una perito de parte y solamente observó la evaluación diagnóstica y la Cámara Gesell para deponer en el juicio como "testigo experta".

Esta última, además de no tener el rol de un perito, no pudo diferenciar la Cámara Gesell de una evaluación diagnóstica, lo que relativizaría aún más sus estimaciones profesionales.

Lo más relevante, dicen los recurrentes, es que más allá de la opinión sobre si "A.A." podía (o no) brindar un relato en Cámara Gesell, lo cierto es que lo hizo y el mismo fue acorde a su desarrollo evolutivo.

Aducen que igual yerro se vio producido al no valorarse los testimonios brindados por la madre –Sra. R.- y la abuela de la niña –Sra. K.-; pruebas éstas que sí fueron bien valoradas por los magistrados del debate (en referencia al Dr. Piedrabuena, con la adhesión del Dr. Varessio), no pasó lo mismo con los magistrados revisores.

Igual crítica deslizan sobre la valoración del testimonio dado por el Licenciado D'Angelo. En tal sentido, luego de evocar cierta apreciación del voto del Dr. Zvilling donde destaca que A. no posee una personalidad compatible con un abusador sexual, otorgándole a esa conclusión un neto carácter favorable al interés del imputado, desconoce que lo que refirió dicho profesional en relación a la pericia psicológica que le practicó a A. es que, por el hecho de que no presente características en su personalidad de un abusador sexual, no se puede descartar que no lo sea porque siempre existe la posibilidad de un falso negativo.

En el cuarto y último motivo de agravio denuncian que el Tribunal de Impugnación no dispuso, tras la revocación del fallo de instancia, el reenvío de las actuaciones para un nuevo juicio y sentencia como hubiere correspondido.

Razonan en este tópico que la competencia positiva atribuida por el órgano revisor no se funda en ninguno de los párrafos de la sentencia del Tribunal de Impugnación.

No se trata aquí de un caso de extinción de la acción penal, o de otro en que se ponga en evidencia lo innecesario de llevar a cabo un nuevo juicio, por lo que era aplicable el procedimiento del artículo 247 del C.P.P.N.

El único argumento para resolver del modo contrario al legalmente previsto lo expuso someramente el Dr. Zvilling al referir que "…un reenvío implicaría una nueva chance para mejorar la estrategia probatoria (de los acusadores)" lo cual, sin otros aditamentos, lo convierte en una justificación aparente que invalida la posibilidad de llevar adelante un nuevo juicio.

En fecha 22 de mayo del corriente año se llevó a cabo la audiencia para ampliación y refutación de argumentos.

A la misma asistieron los funcionarios que articularon el recurso, así como el querellante particular, el imputado y sus letrados defensores.

En tal ocasión hicieron uso de la palabra las Dras. Silvia Acevedo y Mariana Córdoba, quienes desarrollaron sus agravios de un modo plenamente coincidente con el escrito de formalización descripto "ut supra".

El Querellante particular adscribió a dicha presentación.

Por su parte, los defensores del imputado refutaron las alegaciones del siguiente modo:

El Dr. Nahuel Urra expresó que la licenciada Martínez Llenas tomó intervención cuando la Cámara Gesell ya estuvo practicada, no quedándole a dicha profesional otra opción que observar los registros pertinentes para hacer su diagnóstico. Que a su defendido se le imputó un hecho genérico, ubicado entre enero y agosto de 2015. Dentro de ese marco temporal el imputado ya no tenía contacto con su hija ni con la señora R.. Expresa que esta denuncia sólo se explica en razones de odio y venganza de la ex pareja del imputado. Ella sentía un resentimiento evidente hacia A.. No había contacto entre el imputado y su hija durante el tiempo en que supuestamente se le atribuye el abuso. La conducta reprochada no concuerda con el informe médico ya que debieron advertirse lesiones internas. Nunca la defensa hizo una convención probatoria en el tema médico. La defensa admitió lesiones pero no dentro de la escala 4 de Muram. El imputado sorteó dos causas archivadas por la propia Fiscalía que ahora acusa.

Continuó con la alegación el Dr. Gustavo Lucero, quien manifestó que no están dadas las condiciones de admisibilidad del recurso presentado, en tanto no se trata de una impugnación ordinaria sino de la hipótesis en que deba intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya actividad no cubre las cuestiones de hecho y prueba. La Licenciada Dina Chavez hizo una aclaración en su informe y dijo que es posible que a la edad de “A.A.” los niños mientan. Es muy difícil concluir que una Cámara Gesell realizada sobre una niña de 3 años adquiera un valor de certeza. Esto es lo que rescató la Dra. Martini en el fallo dictado por el Tribunal de Impugnación. Dice dicha magistrada (según la evocación del defensor) que no hay razones válidas para que la psicóloga forense segmente el relato de la niña (que se refería a un cuchillo y a un abundante sangrado). Hubo problemas para justificar si está diciendo algo vivenciado, porque no hubo ni cuchillo ni lesiones sangrantes de ningún tipo.

El voto del Dr. Zvilling rescata que tanto la licenciada Chávez como Llenas son profesionales de la psicología. Esta última también tiene antecedentes en la materia y no participó en la Cámara Gesell porque aparece después, extremo que no le quita mérito a su apreciación profesional. Según los magistrados, la licenciada Llenas advierte cuando la menor en la evaluación diagnóstica escucha de la niña “A.A” “mamá me va a cagar a palos”. Y si bien dijo en la Cámara Gesell que “papá T. tocó cola”, ese relato fue dado sin que nada se le haya preguntado, lo que implica un relato guionado. De a ratos “A.A.” decía que su papá era bueno y que la cuidaba, al poco tiempo decía que era malo. No hay coherencia interna en su breve relato.

Concluyó en que los acusadores partieron de premisas falsas para pretender llegar a una conclusión verdadera, y ello no es posible. No existen otras fuentes de prueba y el estándar probatorio debe tener la contundencia necesaria para llevar a una persona a ser condenada a ocho años de prisión, lo que aquí no ha ocurrido. Al no superarse dicha duda razonable, entiende que resultó ajustado a derecho el pronunciamiento dictado en la instancia revisora.

Por esas razones solicitó en primer término que se declare la inadmisibilidad del control extraordinario y en subsidio se rechace la cuestión sustancial allí propuesta.

Culminada la audiencia la Sala pasó 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: Dra. María Soledad Gennari y Dr. Oscar E. Massei.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 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?; y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: el escrito por el cual se pretende el Control Extraordinario fue presentado en término, por quienes se encuentran legitimados para ello y ante el órgano administrativo encargado de su recepción (cfr. fs. 201/213). Asimismo, lo decidido pone fin al pleito y ocasiona a los apelantes un perjuicio de imposible reparación ulterior. De allí que el requisito de sentencia definitiva se encuentre igualmente cumplido.

En cuanto al carril utilizado en la impugnación extraordinaria (art. 248 inc. 2° C.P.P.N.), si bien lo debatido remite al examen de aspectos de hecho, prueba y derecho común -regularmente ajenos a la instancia extraordinaria de la Corte Suprema- ello no es óbice cuando, como en este caso, se invocan particularidades concretas sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 328:4580 y 331:1090, entre otros).

Dicha censura fue acompañada en el recurso con su respectiva argumentación, la que no puede descartarse a priori en esta fase de análisis.

Por ello y con abstracción de la respuesta que cabe dar, el recurso de Control Extraordinario resulta formalmente admisible. Tal es

mi voto.

El Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: coincido con el tratamiento y solución dado por la señora vocal preopinante a esta primera cuestión. Mi voto.

A la segunda cuestión la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: no obstante lo dicho previamente, el análisis detenido de la primera de las censuras lleva a descartar esta hipótesis de acudimiento.

En efecto: más allá del desatino contenido en el voto del Dr. Cabral, quien se ocupó de descartar aspectos de la materialidad del abuso sexual que ni siquiera fueron pasibles de generar controversia entre las partes, lo cierto es que la postura de ese magistrado resulta minoritaria y por lo tanto no es el reflejo del pronunciamiento del Tribunal de Impugnación, cuya mayoría de opiniones sí tuvo por acaecido el abuso sexual agravante sobre la niña "A.A.".

En este punto de crítica, los acusadores han prescindido del hecho fijado por la postura mayoritaria, por lo que cualquier construcción argumental en torno al voto minoritario lleva al lógico rechazo de este embate, por no traducir la voluntad del Tribunal de Impugnación.

Distinta resulta la solución en torno a las censuras atinentes al tratamiento de la prueba rendida en el juicio (agravios "2" y "3" según el orden expositivo) cuyo tratamiento conjunto corresponde realizar aquí por razones metodológicas.

Previo a ello y para una mayor claridad en la respuesta, corresponde consignar las circunstancias más destacadas de la sentencia de responsabilidad.

Como se había mencionado al comienzo, el tribunal de juicio –por mayoría- se pronunció a favor de declarar la responsabilidad de E. R. A. por el hecho de abuso sexual por el cual fue juzgado.

Para decidir de ese modo, el voto ponente del Dr. Piedrabuena (que prosperó en el Acuerdo) se refirió en primer lugar a la materialidad del hecho.

En este plano expresó que "…no existe controversia respecto a la materialidad del abuso, el cual, básicamente, se encuentra acreditado con el grado de certeza requerido para esta instancia con el informe médico pericial que realizó la Dra. Clara ROBATO. El mencionado informe da cuentas que en noviembre del año 2015 se realizó en la niña un examen médico donde se detecta una marcada relajación del esfínter anal con una dilatación de aproximadamente un centímetro, encontrando escotaduras a hora 1, 5 y 6, las cuales son signo crónico o usual de desgarro, según lo cual, la Dra. ROBATO explicó durante el juicio que son hallazgos que merecen ser encuadrados dentro de la categoría 4 de la clasificación de Muran, lo que implica…ser compatible con un diagnóstico de abuso crónico por digitalización reiterada (introducción de los dedos), sin penetración del órgano sexual masculino…" (fs. 66/7).

Continúa precisando el magistrado que "…A estas circunstancias, debe sumársele el propio testimonio de la menor donde refiere a los tocamientos en su zona genital al ser entrevistada bajo la modalidad de Cámara Gesell, como así también las declaraciones de los testigos de la parte acusadora, M. M. F. R. (madre de la niña) y M. M. K. (abuela materna de la niña), y el testigo de la defensa, F. M. N. (madre del imputado), que refieren a la detección de indicadores y síntomas de abuso, el testimonio de la Lic. Dina CHÁVEZ (que hizo la Cámara Gesell y validó el testimonio de la niña) y el testimonio de la Licenciada en Servicio Social Graciela Liliana PARADA que vio indicadores de abuso…" (fs. 67).

En cuanto al tópico de la autoría, desestimó en primer lugar el planteo de la defensa, en cuanto a que la denuncia de abuso sexual hubiere estado inspirada en razones de odio o resentimiento por parte de la madre de la niña hacia el imputado.

Recordó que todo el grupo familiar fue entrevistado por la licenciada en Servicio Social, Graciela Liliana Parada (quien intervino por la denuncia de abuso sexual contra A. por el supuesto abuso de otra hija de la señora K. ["A.R."]), expresando K. en tal entrevista su preocupación por la niña "A.A." por síntomas que le fue notando (vgr. irritación en la vagina y cola, conductas de tocamientos con carácter sexual, etc.).

Como consecuencia de esa revisación médica se constató la situación de abuso, agregando el vocal ponente que "…recién ahí, la abuela, 'atando cabos', con las actitudes de esta, su reticencia a ser tocada, el hecho que no quería ir con su padre y que se había curado de las 'paspaduras' en la cola al cesar las visitas con este, concluyó que el autor sería A.…". (fs. 82/3).

Tampoco el voto mayoritario del tribunal de juicio acompañó a la Defensa en que el archivo de la denuncia formulada a instancia del supuesto hecho que damnificó a "A.R." lleve a la inferencia de una mendacidad recurrente por parte de la ex pareja del imputado.

Expresó aquí el Dr. Piedrabuena que "la otra denuncia que refiere a un supuesto hecho de estupro cometido en perjuicio de [A.R.] por parte de E. R. A. fue archivada porque la víctima no quiso seguir adelante […] lo cual no implica que la denuncia haya sido falsa, siendo que incluso la propia defensa produjo testimonios, como el de la mejor amiga del imputado [….] que hacen suponer que hay elementos para sospechar la comisión del hecho punible, cuando la misma, en pos de desincriminar a su amigo […] dijo que estuvo con el imputado porque quería, lo cual, de ser cierto, lejos de demostrar la mendacidad de esta denuncia, implicaría la

comisión de una conducta de estupro, de conformidad a lo normado en el artículo 120 del Código Penal, atento que la hermana de la Sra. R. tenía en aquel momento catorce años…" (cfr. fs. 84). Y en este sentido, lo justipreció como un elemento neutro a los fines probatorios: "La existencia de denuncias anteriores no puede ser un elemento para […] desincriminar al acusado, ni para desacreditar la fiabilidad de un testigo cuando no se ha probado su mendacidad…" (fs. 84).

Por ello, centró especialmente el análisis de la autoría en dos factores centrales: a) lo expresado por la niña en la Cámara Gesell; y b) las ponderaciones forenses en torno a dicho testimonio.

En torno a lo primero, valoró la expresión de "A.A.", refiriendo que "…el testimonio de la niña en Cámara Gesell […] indica a su padre, el acusado, como el autor de los abusos, sin dejar lugar a dudas, atento que no solo se refiere a 'papá', sino a 'papá T.', siendo que 'T.' es el sobrenombre por el que todos conocen al imputado. Asimismo debe verse que papá T.' es la forma en que la niña se refiere al padre, conforme lo reconoce el propio padre e imputado de autos…". Destacó además dicho voto ponente que la niña fue terminante al afirmar que el imputado fue el único que la había tocado allí y que los gestos hechos con los muñecos eran coincidentes con la mecánica de las lesiones anales que padecía, propias de un abuso sexual por digitalización (fs. 86/7).

Incluso, para poner en evidencia la ausencia de un relato implantado o guionado, el voto mayoritario recordó lo expresado por la psicóloga durante su declaración en el juicio, cuando escuchó que la niña le dijo "Papá T. tocó cola", y que ella tratando de reinterpretarla le dijo "¿papá te dio coca cola?", corrigiéndola e indicándole la zona en la que fue tocada, siendo que la corrección que hace la niña hacia la entrevistadora es un signo de ausencia de sugestión en el relato.

En conjunción con tal observación, ese voto de apertura puso especial análisis en las apreciaciones discordantes de las profesionales que dictaminaron en torno a ese testimonio (el de la Licenciada Chávez –perito oficial- y el de la Licenciada Martínez Llenas –testigo experta propuesta por el imputado-).

Las explicaciones dadas por una y otra y las razones de porqué alzaprimó la primera frente a la segunda han sido desarrolladas ampliamente en dicho voto inaugural (fs. 88/95).

En tal sentido, el Dr. Piedrabuena destacó mayor fiabilidad en las conclusiones sentadas por la forense que realizó la Cámara Gesell a "A.A." (además de las entrevistas diagnósticas de rigor), frente al cotejo del diagnóstico producido por la experta contratada por el imputado, quien se volcó por un relato implantado a partir de ciertas expresiones de la niña que no tenían sustento real (el uso de un cuchillo y la aparición de sangre).

Frente a dos posiciones profesionales claramente encontradas, el Dr. Piedrabuena estimó coherente y ajustado a la restante prueba acriminadora la explicación brindada por la Licenciada Chávez, quien de acuerdo a su interpretación, ello tiene que ver con cuestiones cognitivas propias del nivel evolutivo de la niña, quien frente a una experiencia novedosa –entre las pocas que tiene- la relaciona con la aparición de sangre y con algo que la hiere y que le corta. Es decir, que el cuchillo sería una asociación con algo que el agresor tiene en su mano y que la lastima.

No soslayó el magistrado del juicio (Piedrabuena) la diagnosis que de manera contraria expresó la Licenciada Llenas (en cuanto a que lo dicho por la niña era un "script" o relato guionado por contener el uso de un cuchillo y sangrado, lo que obviamente no se correspondía a la realidad), pero desechó tal aseveración profesional por un cúmulo de razones: a) porque su apreciación fue claramente parcializada en favor de quien la contrató, puesto que omitió intencionalmente exponer diferentes hipótesis sobre las cuales podría existir aquella evocación de la niña; b) porque sustentó sus conclusiones con información limitada (que sí la tuvo la profesional forense a través de las entrevistas previas); c) porque centró su conclusión a partir de los problemas de pareja entre R. y el imputado, al punto que concluyó que la denunciante precisaba tratamiento psicológico sin siquiera conocerla; d) porque resulta poco creíble que la Lic. Llenas no conociera el informe médico (que acreditaba las lesiones en el ano de la niña por digitalización reiterada), en tanto ese dato ya era conocido por el imputado que contrató sus servicios profesionales y e) porque no pudo explicar cómo supuestamente un relato fantasioso de la niña arrojó como resultado rastros de abuso sexual dentro de la categoría 4 de Muram (cfr. fs. 88/90).

Dijo también que incluso la cuestión del sangrado, a la luz de las conclusiones del informe médico de la Dra. Robato, no podía descartarse y que "…mucho o poco [sangrado] es algo subjetivo, máxime en un niño de esa edad que por sus conocimientos previos no tiene parámetros de comparación para saber que es que salga mucha o poca sangre…" (fs. 90).

Cohonestó ello con uno de los mensajes de texto (en donde se alude a un supuesto sangrado referido por la niña [fs. 91, 2° párrafo]) y relativizó además en este tópico la hipótesis de la defensa, referida a que de haber sangrado la denunciante y su grupo familiar se hubieran dado cuenta mucho antes de los abusos, puesto que como bien lo relató la madre del imputado la aseaban durante las visitas y porque "…habiendo encontrado los familiares directos de A. signos de abuso en la niña, no los denunciaron ni se los contaron a la señora R., sino que prefirieron callarlos…" (fs. 91, con indudable referencia a la prueba testifical que se consignó a fs. 49).

Finalmente, estimó que todas estas apreciaciones no quedaban empañadas por lo que depuso el Licenciado D'ángelo en el debate, en tanto si bien ponderó que el imputado posee una inteligencia normal y que carece de anormalidades clínicas capaces de relacionar su perfil con los hechos investigados, ese mismo profesional expresó que tal diagnosis no es determinante, por lo que se debía hacer una evaluación conjunta de toda la prueba, sin ceñirse sólo a ésta (fs. 95).

El Dr. Cristian Piana, quien quedó finalmente en minoría, postuló un voto opuesto al anterior sustentado en el beneficio de la duda.

Refirió en este punto que existe "…una contundente contraposición entre las opiniones de ambas profesionales que intervienen, me refiero a la lic. Dina Chávez y la Lic. Llenas. La primera de las nombradas, señala una lectura afirmativa respecto de la existencia del hecho que afectara a la menor, otorga validez a sus manifestaciones, interpreta el despliegue de la niña en relación a la demostración que efectúa con los muñecos que se le brindan, efectuando una lectura respecto de lo que ésta refiere con relación a un cuchillo. En el caso de la segunda profesional, su aporte resulta diametralmente contrapuesto, señalando incapacidad de la menor de transmitir los sucesos, la clara existencia de un discurso insertado en la niña, discurso acotado a un acto de papá t. a su respecto, llegando incluso a proponer tratamiento a la madre de la niña…" (cfr. fs. 109).

Destacó muy puntualmente el Dr. Piana que la niña "A.A." refirió lo ya explicado (que el papá "T." le había tocado la cola) de manera prácticamente espontánea y sin introducción o pregunta alguna, por lo que, a su juicio, "…adquiere relativa virtualidad lo propuesto por la profesional de la defensa en cuanto a la existencia de un relato impuesto, este supuesto ataque de papá t. aparece al inicio del discurso, sin que se le pregunte y prácticamente es el único dato cierto y claro de todas sus expresiones […] no existe en ninguna de las profesionales declarantes intencionalidad alguna, cada una da su lectura del suceso […] interpretaciones tan disímiles como las precisadas […] debilitan a mi entender la contundencia de la acusación, mermando así su entidad y propiciando en consecuencia la génesis de la duda…" (cfr. fs. 109).

En sintonía con lo anterior valoró la declaración del Lic. Dángelo y la situación conflictiva familiar que atraviesan la denunciante y el imputado para concluir que la Fiscalía no acreditó su teoría del caso (fs. 110/111).

Hasta aquí los aspectos medulares del fallo de instancia.

Ahora bien: esta decisión, que por mayoría sentó la responsabilidad penal de E. R. A., fue recurrida por sus abogados defensores (fs. 128/142 vta.) al amparo de un hipotético vicio de arbitrariedad.

El Tribunal de Alzada asignado para la revisión integral del fallo condenatorio emitió la sentencia n° 18/2017, bajo la cual receptó favorablemente esa tacha, revocó el decisorio apelado y dictó por sí el sobreseimiento del imputado (fs. 143/200).

Los votos que aquí cabe analizar son los emitidos por la Dra. Florencia Martini (vocal ponente) y por el Dr. Fernando Zvilling (quien adscribió a dicha postura y agregó fundamentos propios).

Me permito excluir del pertinente análisis el fundamento del Dr. Cabral, en tanto, como se dijo al comienzo, discurrió por negar la propia existencia del abuso sexual, quedando esa apreciación en total minoría.

La Dra. Martini, tras describir los elementos de prueba y las ponderaciones que de ella hicieron las partes durante la audiencia de impugnación, explicó que "…el núcleo duro de los agravios, está constituido por el testimonio de la víctima (único testigo directo). Si bien el Dr. Piedrabuena apela a numerosas citas de fallos en los cuales se legitima la condena a partir de un testimonio único (T., L., etc.), es el voto disidente el que realiza un aspecto acabado de los aspectos deficitarios del relato de A. como así de la interpretación del mismo (a partir de la contraposición entre las opiniones de las Licenciadas Dina Chávez y Patricia Martínez Llenas), señalando la dificultad para conjugar las oportunidades de contacto entre el imputado y la niña que dieren sustento a la lesión señalada por la Dra. Robato…" (fs. 171).

Destacó (en sintonía con el voto disidente) el "…altísimo grado de conflictividad en el vínculo de los padres…[y]…la contraposición de los testimonios de ambas abuelas (K. y N.) señalando la imposibilidad de convalidar el testimonio de una sobre otra y la incompatibilidad del perfil del acusado con los hechos investigados que emerge del testimonio del Lic. Flavio D'angelo…" (fs. 172).

A partir de allí realizó una serie de descripciones en torno a la Cámara Gesell y ponderó que, a preguntas de la defensa, la Lic. Chávez admitió que es posible que los niños a la edad de A. mientan. Sumó a ello que un relato normal de acuerdo a su nivel evolutivo no es lo mismo que un relato validable (cfr. fs. 172/4).

Añade en este tópico que un relato limitado, fragmentado y por momentos contradictorio impide evaluar su persistencia y consecuente coherencia interna y que, por otro lado, la escasez del relato impide también hallar elementos de corroboración periférica (fs. 175).

Explicó más adelante que la conflictividad que emerge como trasfondo de la denuncia puede avizorarse en el testimonio de la Sra. R., quien comienza su relato contando que el acusado había tenido relaciones sexuales con acceso carnal con su hermana menor de edad, más una referencia temporal dada por ella en un mensaje de texto, que llevaría a la conclusión (contraria a lo alegado por las acusadoras) de que la madre no tenía conocimiento de lo que le había pasado a su hija antes de las entrevistas diagnósticas de

fechas 15 y 18 de diciembre de 2015 (cfr. fs. 177). Y concluye, finalmente, en que "…a más de no haber podido determinarse con certeza la periodicidad con la cual la niña visitaba a su padre (a fin de contrastar con las conclusiones de la Dra. Robato) emerge de los testimonios de N., A. y S., sumado a la declaración del propio imputado, que las visitas eran breves (dos horas) y espaciadas (dos o tres veces al mes), circunstancia que valora el voto disidente…" (fs. 178).

El voto adhesivo y ampliatorio del Dr. Zvilling destacó que el testimonio de la Lic. Llenas no puede desmerecerse por no haber intervenido como perito de parte (por las propias circunstancias del trámite de la causa que también enumera) y que el problema, en todo caso, residiría en la confiabilidad o fiabilidad técnica de lo que asevera (fs. 180/1).

Mencionó las razones de porqué el testimonio del Lic. D'ángelo sí favoreció a la defensa, ya que al ser la Fiscalía la que la ofreció esa prueba no podría, tras un resultado contrario a su interés, asignarle un pretendido carácter neutro o superfluo.

Dijo también que "…el tema central…[es]…determinar si esas lesiones efectivamente fueron producidas por maniobras de digitalización del imputado.

Recordemos que la materialidad del hecho no fue discutida. La Defensa centró sus esfuerzos en negar la autoría […] en la impugnación, las acusadoras se basaron en las conclusiones del dictamen de la Perito Oficial. Pero es cierto que el tema central, desde el punto de vista probatorio, no es lo que diga la psicóloga sino cómo justifica la psicóloga lo que dice. Respecto de la autoría nada dijo. Ni siquiera se cuestionó si las manifestaciones de la niña indicaban indefectiblemente al padre como el autor, y porqué no podía tratarse de un error interpretativo de la niña sobre el autor de las lesiones…" (fs. 186/192).

Expuestos así los motivos más salientes de cada uno de esos decisorios, evidencio que el Tribunal de Impugnación no construyó, de una manera fundada, la hipótesis de arbitrariedad de sentencia; entendiéndose por ello una demostración cabal de que esa sentencia de responsabilidad no alcanzó el umbral exigible para estimarla lógica, coherente y razonable.

Los magistrados de Alzada recurrieron a las registraciones fílmicas del debate e hicieron un muy extenso análisis de la Cámara Gesell y de lo que depusieron las profesionales que se expidieron sobre la validación (o no) de ese relato, arribando tras ello a una conclusión opuesta a la asentada por el voto mayoritario del tribunal de juicio.

Las reflexiones que ocupan la mayor extensión de la pieza sentencial aquí apelada han sido las evocaciones de lo que la niña expresó en la Cámara Gesell (fs. 172 y ss.); lo que declaró la Licenciada Chávez a su respecto (fs. 173 y ss) y lo que depuso en un sentido opuesto la psicóloga de parte, Licenciada Martínez Llenas (fs. 175 y ss.).

Pero cuando objetó ciertas inferencias del a-quo, lo hizo sin desmerecer o demostrar la arbitrariedad del fallo y en muchas ocasiones en desapego a las constancias del caso. Veámoslo en detalle:

El Tribunal de Impugnación rechazó el paralelismo que hizo el voto ponente del tribunal de juicio (igualando el grado de certeza que debe alcanzarse en un juicio por jurado y en un juicio ante jueces técnicos), refiriendo que "…aún en el caso de los juicios por jurados populares, la acusación debe contener una relación precisa y circunstanciada del hecho que se le atribuye…", entendiendo en este punto que no logró precisarse debidamente esas circunstancias témporo-espaciales (fs. 170/171).

Esa apreciación tergiversa y prescinde de los amplios fundamentos que, bajo los títulos "Circunstancias del lugar del hecho" y "Circunstancias del tiempo del hecho" expuso la sentencia de instancia (fs. 72/3 y 74/80, respectivamente).

En torno a lo primero, ponderó el Dr. Piedrabuena que conforme a los testigos ofrecidos por los acusadores y la defensa, se encontró acreditado que la niña nunca convivió con A. y que este último siempre vivió con sus padres; agregando que este era el único sitio donde se desarrollaba el contacto entre el imputado y la víctima.

Expresó en este punto que "…se encuentra acreditado que la niña asistía a visitar a su padre en la casa donde los acusadores sostienen que ocurrieron los hechos –lo cual no es discutido-, y que la niña tiene un rechazo actual al lugar y a lo relacionado con éste, y, de tener, eventualmente, por acreditada la autoría, establecen el grado de certeza requerido en este punto para tener por acreditada la circunstancia de lugar…" (fs. 74).

En cuanto a la precisión del tiempo en que se reputan cometidos los tocamientos de contenido sexual entre A. y la víctima, el Tribunal de Juicio (a través del voto de apertura del Dr. Piedrabuena) rechazó en primer lugar la hipótesis propuesta por la Defensa, referida a que en el momento en que se sitúa temporalmente el abuso A. ya tenía una restricción de acercamiento sobre la niña "A.A." que le impediría ejecutar cualquier hipotético abuso sexual, explicando el magistrado que esa restricción legal impuesta desde el año 2015 lo era en relación a la denunciante y a su hermana, pero no sobre la niña "A.A.", siendo que tal orden se extendió a esta última recién el 29/02/2016 (fs. 75) y que existían mensajes de texto (aportados por el mismo imputado) que harían alusión a visitas hechas durante la parte final de ese año 2015.

Valoró también (como aspecto no controvertido por las partes) que la abuela materna, antes del descubrimiento del abuso sexual, intentó favorecer las visitas del imputado respecto de A.A. y que los testimonios de aquélla, más los de la madre de "A.A." fueron contundentes en sostener que existieron varios contactos entre el acusado y la víctima durante el período comprendido entre el

mes de enero y agosto del 2015 (en que se sitúan ocurridos esos abusos).

Finalmente, explicó que durante su declaración en Cámara Gesell la niña A.A. se refirió a que veía con cierta habitualidad a su padre y que por la edad de aquélla es poco probable que los recuerdos se remonten a más de un año atrás (con sustento en lo expresado por la Licenciada Chávez).

A estas amplias valoraciones, el Tribunal de Impugnación le quitó todo peso argumental, haciendo especial hincapié en los problemas expresivos de "A.A." -de tres años de edad- en virtud de que "No indicó detalles de tiempo y lugar…" (fs. 172), o que "Las limitaciones en la exposición de la niña impidieron aportar elementos suficientes para acreditar la hipótesis acusatoria" (fs. 174), desconociendo así el elemental principio de libertad probatoria que impera en este campo y la obvia posibilidad de cubrir esas limitaciones expresivas con múltiples pruebas rendidas y valoradas en el juicio, tal como lo hizo el tribunal de grado.

De igual modo, el Tribunal a-quo ponderó por sí aquellos testimonios que en la instancia se habían estimado como interesados o parciales, infiriendo a partir de su contenido que era materialmente imposible –frente a la cronicidad de los abusos concluida en el informe médico- que éstos se hubieren dado en un contexto de visitas tan espaciadas o escasas en el tiempo (fs. 178).

No obstante, nuevamente yerra a mi modo de ver el tribunal revisor en esta apreciación, puesto que además de realizar (indebidamente) una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente éstas que han sido de carácter personal; desatiende el hecho de que la cronicidad asignada a las lesiones observadas en el esfínter anal de "A.A." no necesariamente debían tener sustentación en un cúmulo de visitas, sino que bastaría, solamente, "…más de tres o cuatro veces…" (cfr. fs. 78); por lo que aún de estar a la prueba que tomó como referencia, ello no invalida por sí el razonamiento de los jueces sentenciadores.

Insistió el órgano revisor en considerar los dichos de la niña "A.A." bajo una literalidad extrema y confrontar esas expresiones con los resultados médico-clínicos, al decir, por ejemplo, que "…la alusión a un cuchillo y a la existencia de cuantiosa sangre no es avalada por el examen médico ni se acreditó en el debate una experiencia anterior de la niña con una lesión cortante y sangrante…" (fs. 175), cuando surge evidente que no sólo no puede descartarse la existencia de sangrado en este tipo de episodios (tal como correctamente lo evaluó el Dr. Piedrabuena en aquellos segmentos de la sentencia transcriptos al comienzo de este voto con correlato en la declaración de la Dra. Robato), sino que además los testigos más cercanos a la niña dieron cuenta de lesiones evidentes en la zona anal que ameritó la colocación de pomada cicatrizante (Hipoglos). Y en cuanto al cuchillo, el Tribunal de Impugnación desmereció inmotivadamente la explicación de la Licenciada Chávez (tomada como base en la sentencia de responsabilidad), en el sentido de que se trataba de una asociación con algo que lastima, que corta y que está en la mano (cfr. fs. 11 y 88/9).

El voto de la Dra. Martini (al cual adhirió el Dr. Zvilling) desestimó también el fundamento por el cual el voto mayoritario del tribunal de juicio dio preponderancia a la prueba testifical de cargo mediante el siguiente enunciado: "…el criterio utilizado por el primer voto para desacreditar los testimonios de la defensa (S., A., M., A., N., M. L.) no resulta razonable a la luz de la lógica y experiencia por cuanto, la parcialidad que le atribuye a los mismos, puede utilizarse para descalificar los testimonios de las acusadoras, ya que se vinculan con el interés de la parte que los ofrece…" (fs. 176/177).

Estimo igualmente errónea tal correlación, ya que prescinde por completo de las razones informadas en la sentencia de responsabilidad (en el voto de mayoría), cuyos argumentos siquiera se han controvertido durante tal faena revisora.

Se recuerda aquí que frente los dichos contrapuestos de ambas abuelas (materna [K.] y paterna [N.]), el Dr. Piedrabuena (con la adhesión del Dr. Varessio) alzaprimó los dichos de la primera, ya que evaluó que ésta hizo conocer inmediatamente las anomalías que presentaba la niña "A.A." en su ano, lo que dio como resultado signos incuestionados de abuso sexual y la intervención judicial pertinente; mientras que la señora N. decidió callar esa misma percepción que también le constaba al serle advertido por su hija F. M. N. (fs. 74).

Y en cuanto a los testimonios volcados por los amigos de A., el Dr. Piedrabuena dio razones fundadas de su falta de objetividad, explicando que G. E. A. relató circunstancias negativas sobre la denunciante que ella misma desconocía y que estaban basadas en la creencia "ciega" de la inocencia de A. [fs. 78]; M. M., aun cuando no conocía los hechos expresó que A. 'tenía su apoyo para lo que sea' y que no quería tener personas como R. cerca suyo [fs. 78]) y M. S., sin atribuirle una parcialidad evidente a la afirmación de que no vio al imputado tomar contacto con su hija A.A. durante el año 2015 [fs. 38]), relativizó ese aporte en tanto el hecho de que no haya visto al imputado con su hija no significa que esos encuentros no se hubieren concretado, máxime cuando a la luz de los mensajes de texto aportados por el imputado algunas de esas visitas que S. negó efectivamente sucedieron (fs. 38 y 75/6).

En definitiva, las razones dadas por los magistrados juzgadores para priorizar ciertos testimonios sobre otros no tuvo sustento en el puro capricho de los jueces ni están enervados esos fundamentos por aquel sofisma del órgano revisor.

Ya en otros aspectos del fallo, se observa que la Dra. Martini segmentó algunas de las conclusiones forenses en pos de sustentar

su postura, al referir, por ejemplo, que la Lic. Chávez admitió lo complejo que era determinar el nivel cognitivo de la niña en sólo dos entrevistas y que era posible que niños de la edad de "A.A." mientan (cfr. fs. 173, 2° párrafo).

Digo que estos aspectos del testimonio han sido segmentados porque: a) si bien es cierto que la Licenciada Chávez expresó que resultaría complejo establecer en dos entrevistas si el nivel cognitivo de "A.A." era acorde a su edad, aclaró muy puntualmente que ese no era el fin procurado en su tarea exploratoria, puesto que tales encuentros tenían como objetivo la recepción del testimonio de la niña y que la indeterminación del nivel cognitivo se debía a que aún estaba en proceso de formación (cfr. Audiencia del Juicio, declaración de la Lic. Cháves, minuto 00:49 y ss); y b) porque a pesar de que dijo que los niños a la edad de "A.A." pueden diferenciar realidad de fantasía, y por ende mentir; fue terminante en explicar momentos después que "A.A.", con las limitaciones propias de su edad, pudo dar cuenta de manera verbal lo que le pasó y posteriormente mostrarlo con acciones (interactuando con los muñecos facilitados para tal objetivo); precisando incluso que cuando se le dan esos muñecos no se está jugando, porque no es una muñeca lúdica, sino que es un instrumento que se utiliza contextualizado con un objeto específico que es "mostrar" lo que ella está contando (ídem, minuto 00:51 y ss).

Así entonces, la premisa de que "A.A." podría mentir porque niños de esa edad ya tienen esa aptitud ha prescindido de todas las razones dadas por la profesional interviniente. Incluso soslayando otras referencias no menos importantes, atinentes a los indicadores inespecíficos que darían asidero a su relato (ídem, minutos 00:41:48 y ss).

Lo mismo ocurre cuando dicha magistrada destaca, a los fines de sostener cierta inconsistencia o falta de fiabilidad en el testimonio de la niña, que "No recordó nombres de sus abuelos y en la última parte de la entrevista frente a cualquier pregunta dijo 'no saber'…" (cfr. fs. 172/3), ya que la misma profesional se encargó de aclarar que los tiempos de atención en una niña de tres años son limitados (diez minutos máximo) y que para el momento en que se le formularon esas preguntas ya costaba mucho traerla sobre el tema y se quería ir (ídem, 00:41:22 y ss).

El voto adhesivo del Dr. Zvilling, que con argumentos propios intentó reforzar las argumentaciones de la Dra. Martini, también trajo a colación ciertos conceptos o conclusiones igualmente alejados de las constancias arrimadas al legajo.

Así, por ejemplo, al citar las pocas palabras de la niña en Cámara Gesell y referir que eso es lo único que se pudo obtener de su relato (preguntándose para sí si ello realmente era un "relato" [fs. 184]), soslayó que dicha declaración testifical no sólo se compone de enunciados verbales sino también de actividades especialmente orientadas a demostrar (con muñecos) ciertos aspectos del abuso sexual, lo que complementa y enriquece todavía más aquello que escuetamente logró verbalizar.

Si bien dicho magistrado pretendió quitarle gravitación a este último aspecto, refiriendo que la fiabilidad de la psicóloga deja espacios vacíos porque no pudo explicar, a preguntas de la defensa, de qué modo interpretaba la acción de golpear los muñecos (fs. 188), dicha censura tampoco se ajusta a las constancias de la causa.

Me explico: la defensa interrogó a la Lic. Chávez del siguiente modo: "…En un momento la menor empieza a golpear los muñecos […] ¿qué explicación le da a esto?, a lo que dicha profesional contestó: "…Esa observación que usted hace está enmarcada también en la última parte de la entrevista, donde vuelvo a reiterar, ya [A.A.] estaba cansada, se quería ir […] ya no estaba focalizada en lo que estábamos hablando. Entonces, ese modo ya no lo puedo interpretar…" (cfr. video del juicio, minutos 00:50:00 y ss.).

En definitiva, no se trata de que la Licenciada Chávez no pudo brindar una explicación científica en este tópico (como sugiere en su voto del Dr. Zvilling para poner en duda el rigor científico del informe oralizado en el juicio), sino que esa acción no era susceptible de interpretarse clínicamente porque ya la niña había perdido su foco atencional, situación que obviamente es muy distinta.

De igual modo estimo injustificada la afirmación de que la autoría tiene sólo base en un relato escueto de la niña "…que no permite siquiera acreditar el lugar ni la frecuencia en que habrían acontecido los hechos…" (fs. 188/189), ya que prescinde del análisis efectuado por los magistrados de grado (fs. 85, último párrafo/86 y 87/88) y del principio de libertad probatoria, conforme al cual bien podían integrarse al relato de "A.A." ciertos elementos probatorios para arribar a las circunstancias de tiempo y lugar expuestos en dicha sentencia de responsabilidad, tal como ya lo analizara párrafos atrás.

Si bien los defensores en el marco de esta audiencia pusieron especial énfasis en la develación espontánea de la niña como un factor inherente a un relato guionado o "script", en sentido concordante a la declaración hecha por la testigo experta propuesta por el imputado y en una línea también congruente al voto disidente del tribunal de juicio (Dr. Piana); ello también ha tenido suficiente explicación por parte de la licenciada Forense, quien al serle preguntada específicamente sobre ello contestó:

"…esto es algo que en la entrevista de anamnesis también surge […] hay un momento que tiene que ver con la develación que "A.A." compulsivamente refiere esto […] como que constantemente lo manifiesta […] Nosotros entendemos que si bien por su edad todavía no podemos hablar de un cuadro de trastorno de estrés post traumático, sí podemos adecuar los indicadores y la evolución de un estrés post traumático a esta edad […] uno de los síntomas del estrés post traumático tiene que ver con la re

experimentación y también con los recuerdos intrusivos […] en un niño de esta edad estas manifestaciones no se dan bajo estas características porque todavía no ha alcanzado lo que se denomina 'pensamiento abstracto' […] para que pueda re experimentar o tener recuerdo intrusivo que solemos entender en un adolescente o adulto debe tener ciertas condiciones cognitivas. Como ella está en un período que tiene que ver con un pensamiento y con una memoria concreta, y un pensamiento ligado a la acción, lo que se manifiesta, es decir la manera en que estos síntomas se manifiestan es verbalizar compulsivamente. Es decir, el niño a esta edad primero dice las cosas para poder incorporarlas […] verbalizar y exteriorizar es un requisito para poder incorporar. Entonces, uno puede entender que estos síntomas estarían presentes de esta manera en relación a lo que es esta compulsión a decir de una manera ansiógena esta situación…" (ídem, minutos 00:44:46/00:47:17).

Este extremo también quedó resumido en la sentencia de grado (cfr. fs. 11/12) y no fue debidamente sopesado por los jueces del Tribunal de Impugnación.

Sentado ello, me permito compartir la apreciación realizada por el Dr. Zvilling respecto a que las conclusiones del Licenciado D'angelo favorecen al imputado y no pueden interpretarse como neutras o inocuas (fs. 181/2). Pero no es menos exacto que no fue otra la interpretación de los jueces del debate, quienes simplemente midieron el grado de eficacia de esa prueba -de sesgo favorable- a la luz de múltiples elementos que confluyeron en una dirección contraria y que permitió arribar a una conclusión (por mayoría) respecto a que la neutralización de unas pruebas con otras era simplemente aparente (cfr. fs. 95).

Así entonces, que se dé preponderancia a aquellos elementos incriminatorios frente a un aserto no categórico del psiquiatra forense o que contradicen a la experta de parte no implica, de modo alguno, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia; por el contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional.

Tampoco puede asumirse como un elemento determinante en favor de la absolución dictada en la instancia anterior la dicotomía inherente al modo en que la niña "A.A." describe a su padre y los sentimientos encontrados que anidan en su relación (vgr. "papá es bueno", "papá es malo", etc.), puesto que la bibliografía científica más autorizada sobre este punto enseña que tales sentimientos contradictorios están habitualmente presentes en las niñas que transitan por este tipo de experiencias traumáticas (cfr. Giberti, Eva (Dirección) – Lamberti, Silvio – Viar, Juan Pablo y Yantorno, Noemí "Incesto Paterno-Filial. Una visión multidisciplinaria. Perspectivas históricas, psicológicas, jurídicas y forenses", Editorial Universidad, Bs. As., 1998, págs. 116/118).

Desde otro plano, también surge justificada (bajo argumentos que no han sido refutados en la sentencia de Alzada) la abstención que hizo el voto mayoritario del tribunal de juicio de aquellos múltiples conflictos judicializados entre el imputado y la denunciante (que, según se viera, podían interpretarse en una u otra dirección [cfr. fs. 83/4]). Centrándose, en su lugar, en las pruebas inherentes a este tipo de hechos y que dieron por resultado: a) la determinación de lesiones en la niña "A.A." compatibles con la digitalización crónica de la zona anal; b) la referencia de la niña a tocamientos en esa zona anatómica por parte de su "papá T."; y c) la validación diagnóstica de ese relato por la psicóloga forense designada a tal fin.

De este modo, la sentencia de grado no se distanció del canon constitucional impuesto por una valoración racional de esas pruebas. Antes al contrario, realizó una ponderación particular e integral de todos los elementos que fueron ofrecidos en el debate.

Como contrapartida y tal como se demostró a lo largo de este voto, el Tribunal de Impugnación no logró descalificar argumentalmente esas conclusiones, sino que se limitó a efectuar una valoración alternativa de esas mismas pruebas, dando realce a aquellas que confluían en una dirección opuesta. Y es claro que esa discrepancia no es identificable con un vicio propio del fallo de instancia.

La tarea del "doble conforme" requerida oportunamente por la parte agraviada no debe implicar la sustitución del órgano juzgador efectuando interpretaciones posibles, puesto que el problema no radica en la existencia de que no haya más pruebas de cargo, o incluso de descargo que el tribunal de juicio no haya creído útiles para enervar ese cuadro, sino en determinar si las pruebas en las que se ha apoyado el tribunal para declarar la responsabilidad fueron suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Si bien a partir de lo expuesto deviene innecesario analizar la censura en cuanto al modo en que procedió el tribunal a-quo (absolver al imputado sin reenvío y fuera de las hipótesis autorizadas para ello [art. 246, último párrafo, del C.P.P.N.]), ello coloca en mayor evidencia esa sustitución funcional a la cual me referí previamente.

Esto lo sostengo pues, si frente a la revocación de un fallo por arbitrariedad no existe sentencia propiamente dicha (C.S.J.N., Fallos 338:1545; 339:499; 339:930 y 339:1520, entre muchos otros), lo que quedaría tras un juicio oral válidamente cumplido sería la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de Impugnación, mixturando la tarea juzgadora y revisora, condensándola en un mismo órgano colegiado.

En vista de todo ello considero haber demostrado las razones por las cuales debe hacerse lugar al recurso de Control Extraordinario deducido a fs. 201/213 por el Ministerio Público Fiscal y la Defensora de los Derechos del Niño.

El Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por la señora Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la tercera cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: atento la recepción favorable del recurso en análisis y el vicio insubsanable advertido en la sentencia n° 18/2017 del Tribunal de Impugnación, corresponde que se declare la nulidad de esa pieza sentencial (cfr. art. 98 del C.P.P.N.), la que se extiende a la audiencia celebrada en dicho tribunal de instancia (art. citado, in fine).

Consecuentemente, corresponde remitir el legajo a la Oficina Judicial para que un nuevo Tribunal de Impugnación designado al efecto sustancie el recurso del rubro interpuesto por el imputado y por sus letrados defensores en contra de los pronunciamientos atinentes a la declaración de responsabilidad y de pena, dictados por el tribunal de juicio a fs. 1/119 y 120/127.

El Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: adhiero a la solución que propone la Dra. María Soledad Gennari a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: atento a la solución arribada, corresponde la eximición de costas en la instancia (art. 268, in fine, del C.P.P.N.).

El Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo: adhiero a la solución dada a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE: I. DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso de Control Extraordinario deducido de manera conjunta por el Ministerio Público Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño (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, registrado bajo sentencia n° 18/2017 (arts. 98 y 248, inc. 2° del C.P.P.N.).

III.- REMITIR las actuaciones a la Oficina Judicial para que, con nueva integración, se designe el Tribunal de Impugnación que deberá sustanciar y resolver el recurso agregado a fs. 128/142.

IV.- SIN COSTAS en la instancia (ídem, art. 268, in fine).

V.- REGÍSTRESE, notifíquese y cúmplase con la remisión ya dispuesta.

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.

Dra. María Soledad Gennari - Dra. Oscar E. Massei

Dr. Andrés C. Triemstra - Secretario

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

“D. J. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO” – Tribunal Superior de Justicia - Sala Penal – (Expte.: 15852/2014) – Acuerdo: 08/17 – Fecha: 27/07/2017

DERECHO PENAL: Impugnación extraordinaria.

IMPUGNACION EXTRAORDINARIA. TRIBUNAL DE IMPUGNACION. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN. CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA. DISIDENCICA.

1.- Corresponde declarar inadmisible la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, toda vez que el recurso presentado no resulta autosuficiente, al no brindar todos los antecedentes relevantes necesarios para la correcta resolución de la impugnación. Además, los recurrentes no rebatieron todos y cada uno de los fundamentos dados por el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación. En ese orden de ideas, los planteos de los acusadores sólo reflejan una mera discrepancia sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas a la vía del recurso

extraordinario federal. (del voto del Dr. Massei, en mayoría).

2.- La mera invocación de una presunta arbitrariedad de sentencia resulta insuficiente para justificar la admisibilidad de la instancia extraordinaria local, siendo su demostración una exigencia de cumplimiento ineludible. Además, la parte acusadora sólo hizo una mención a los intereses de la menor víctima, a su derecho a ser oída, sin efectuar un desarrollo argumental que refleje de qué modo, en este caso, no fueron respetados. Por último, dado que el tribunal de juicio y la mayoría del a quo reconocieron que la menor fue víctima de hechos de abuso sexual y tras valorar integralmente la prueba producida en el debate, dieron las razones por las que no pudieron determinar con el grado de certeza requerido para una condena quien fue el autor de los mismos, colijo que la confirmación de la absolución del imputado por la aplicación del principio in dubio pro reo resulta un acto jurisdiccional válido y, en consecuencia, descarto la pretendida arbitrariedad de sentencia. (del voto del Dr. Elosu Larumbe, de la mayoría).

3.- Si bien el voto que abre este Acuerdo lo coloca en una temática extramuros del Caso Federal -lo que, como regla general, comparto- entiendo que en este legajo los yerros evidentes de razonamiento que puso de relieve el magistrado del Tribunal de Impugnación en su voto minoritario deriva, al menos en hipótesis, en un caso de arbitrariedad de sentencia. Vale decir aquí que es pacífica la doctrina de la Corte Suprema en cuanto al otorgamiento de la apelación federal cuando existe un apartamiento de las constancias de la causa, o se realiza un examen de los requisitos con inusitado rigor formal, con menoscabo en la garantía de la defensa en juicio (C.S.J.N., Fallos 319:399 y 1604; 322:702, y sus citas, entre otros), aspecto que también ampara al Ministerio Público Fiscal (ídem, Fallos 307:2843 y 308:1557, entre otros), y por extensión, claro está, a la representante de la menor víctima que, conjuntamente con aquél, ha suscrito el pertinente recurso extraordinario local. Tal déficit de motivación podría estar presente en el sub iudice, aspecto que no puede excluirse a priori en esta fase de análisis. Y menos todavía podría excluirse un estudio semejante si el escrito de apelación -y la audiencia que lo motivó- ha desarrollado medulosamente este aspecto, efectuando una concreta reseña de las circunstancias más salientes del caso y la demostración de una supuesta parcialización de la prueba rendida. (del voto de la Dra. Gennari, en disidencia).

Texto completo:

ACUERDO N° 8 /2017: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintisiete días del mes de julio del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Dres. Oscar E. MASSEI, María Soledad GENNARI y Alfredo A. ELOSU LARUMBE, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para resolver en los autos caratulados: “D. J. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO” (Legajo MPFNQ Nro. 15852/2014).

ANTECEDENTES:

I. El Tribunal de Impugnación, integrado en la ocasión por los magistrados Florencia María MARTINI, Richard TRINCHERI y Andrés REPETTO, por sentencia Nro. 111/2016 dictada el día 20/10/16, resolvió –por mayoría- no hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por no constatarse los agravios planteados y en consecuencia, confirmó la sentencia Nro. 203/2016 del 07/07/16, dictada por unanimidad, mediante la que se absolvió a J. L. D. (cfr. fs. 16/30).

II. En contra de tal resolución, el Ministerio Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente interpusieron, en

forma conjunta, una impugnación extraordinaria (fs. 32/41).

La parte acusadora encauzó la pretensión por el artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N. Adujo una arbitrariedad de sentencia y la afectación al principio de razonabilidad (artículo 28 de la C.N.), por una colisión entre los fundamentos normativos y los fácticos contenidos en el decisorio del a quo.

Concretamente, expuso los siguientes motivos de agravios:

a) Arbitrariedad en la resolución del a quo puesto que incurrió en el mismo error del tribunal de juicio en cuanto a la valoración de la prueba asociada a la autoría.

Manifestó que se especuló sobre la posibilidad de que exista una hipótesis alternativa que apuntaría a la presencia de varones en el domicilio de la niñera, señora L.. Que ello vulneró lo establecido en el artículo 6 del C.P.P.N., dado que los jueces deben analizar la prueba aportada y no especular sobre líneas investigativas.

Expresó que no surge de ningún elemento introducido en la causa la posibilidad de que otra persona abusara de la menor S.A.D. ni que hubiese ocurrido alguna situación abusiva en el domicilio de la niñera.

Afirmó que los testimonios de M. M. (progenitora de la menor) y de J. G. (pareja de M.), en los que podrían anclar estas sospechas fueron analizados de manera parcial, recortando su interpretación.

b) Arbitrariedad y absurdidad en la decisión del a quo al haberse analizado deficientemente y de manera sesgada los testimonios rendidos, tal como lo hiciera también, oportunamente, el tribunal de juicio.

Expuso que no se analizaron integralmente los testimonios de M. y G., que dan cuenta del comportamiento de S.A.D., del contexto de develamiento y los dichos de la niña en relación a la autoría.

Opinó que no existió inducción, que la niña lejos de ser sugestionable, corrigió en varias oportunidades a la entrevistadora. Además que relató que su papá le ponía crema, lo que denota la vivencia de lo relatado, que también fue algo que dijo en el jardín, lo cual no fue valorado en ninguna de las dos instancias.

Dijo que no se analizó la información brindada por la psicóloga GONZÁLEZ respecto a indicadores lúdicos, conductuales y gráficos de la niña. Que la profesional aconsejó hacer la denuncia para investigar lo realmente sucedido y para seguridad de la menor, la que ya había contado lo que le sucedía y de parte de quién.

Mencionó que no se tuvo en cuenta el contexto en que se desarrollaron ambas cámaras Gesell (en una, la niña tenía contacto con el padre y en la segunda, estaba suspendido), que tampoco se señaló cuáles serían las preguntas indicativas y sugestivas de la licenciada DÍAZ.

Agregó que no se analizó cuál fue la valoración del tribunal de juicio, acerca de los testimonios de las docentes K. y G..

Sostuvo que se vulneró el derecho de la niña a ser oída, que implica no sólo el acto de escucha sino de valorar sus dichos y que no se explicó el motivo por el que mentiría la niña o encubriría al verdadero autor.

Citó jurisprudencia.

Hizo reserva del caso federal.

Solicitó que se deje sin efecto la decisión recurrida y se reenvíe al Tribunal de Impugnación para que, con distinta integración, se dicte un nuevo pronunciamiento.

III. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública, en la que estuvieron presentes: por el Ministerio Fiscal, el Dr. Rómulo PATTI, Fiscal Jefe; por la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente, la Dra. Silvia Elizabeth ACEVEDO, en representación de la menor S.A.D., como así también, el Dr. Juan Manuel COTO, defensor particular del señor J. L. D..

En la misma, las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro audiovisual del día 1/6/17 y acta de fs. 48/54 vta.) y quedó la causa en condiciones de ser resuelta.

En primer lugar, el Dr. PATTI argumentó a favor de la admisibilidad del recurso, dijo que el agravio es manifiesto, las condiciones de tiempo y forma se han dado y que es reiterada la postura de este T.S.J. en admitir esta vía para evaluar el fondo de la cuestión, a partir de la doctrina de la sentencia arbitraria de la C.S.J.N., en cuanto a que, en estos casos, se aborde el análisis completo, no sólo por una infracción normativa sino también a cuestiones de índole fáctico, en el entendimiento de que esto afectaría los artículos 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional. Agregó que, en el presente, como en todos los casos de abuso sexual infantil, el testimonio de la víctima es determinante. Que los jueces aplicaron el artículo 8 del C.P.P.N., pero la duda tiene que ser razonable, coherente, ajustada a la sana crítica. Si se fuerza, para llegar a esa duda, en una resolución que beneficia al imputado sobre los intereses y derechos de la víctima, con la orfandad propia de este tipo de casos, entendió que se está ante una situación injusta. Solicitó que se revoque dicho pronunciamiento y se reenvíe para la realización de un nuevo juicio.

Luego, la Dra. ACEVEDO aclaró que representa a la menor S.A.D., nacida el 22/7/2010 y solicitó que se anule la sentencia del a

quo para que se dicte otra conforme a derecho. En particular, refirió que la Dra. MARTINI citó lo sostenido en la sentencia del tribunal de juicio y dijo que si bien pueden existir algunos indicios de que el padre pudo llegar a abusar de la niña, atento a que habría contaminación de la cámara Gesell y que habría que analizar una hipótesis alternativa, hacen pensar que ese plexo probatorio no es suficiente para derribar la duda razonable y en este caso, se absolvió a D..

Expresó que en el juicio sólo se discutió la autoría atribuida a D.. Las restantes particularidades del caso expuestas en la audiencia constan en el acta respectiva (cfr. fs. 49/51 vta.).

En último término, hizo uso de la palabra el Dr. COTO (artículo 85, segundo párrafo, in fine, del C.P.P.N.) y efectuó dos peticiones. La primera, relacionada con la inadmisibilidad del recurso de los acusadores, ya que si bien fue interpuesto por parte legitimada, en tiempo y forma, tiene su gravamen, dijo que lo cierto es que adolece de dos vicios. Uno, que el recurso no es autosuficiente. No se puede conocer concretamente cómo se desarrolló el caso y por qué razón se llegó a esta instancia. Incluso, de la posición de la Defensa, lo único que destacaron es que no se discutió la materialidad objetiva del suceso y hay una serie de circunstancias que planteó, que también fueron tenidas en cuenta por los jueces. Pero el escollo más importante tiene que ver con el motivo, la arbitrariedad de sentencia en el marco del artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N., relacionada con la valoración de la prueba. Se está ante una cuestión que no es federal, lo ha sido por excepción. Por lo que es más aguda la responsabilidad del recurrente de fundar esa arbitrariedad. Observó que no hay más que una reedición de los agravios que, oportunamente, se tuvieron en cuenta para impugnar de manera ordinaria la sentencia. Que en esa ocasión, el T.I. admitió el recurso, ingresó al fondo y analizó todos los planteos que se hicieron. Dijo que la parte acusadora pretende ordinarizar esta tercera instancia, que en la audiencia se aludió permanentemente no sólo a la sentencia del T.I. sino a los vicios que traería la del tribunal de juicio. Y en el escrito, en el punto 3.2 donde se especifican los agravios, hay dos y en ambos se hace mención a los errores que trae la sentencia del juicio. Entendió que ya se dio adecuado tratamiento y peticionó la declaración de inadmisibilidad del recurso. Subsidiariamente, también se opuso a la procedencia. Manifestó que la acusadora tiene un problema, cuando expresó que sería un dato alentador para sus pretensiones lo que dijo la Dra. MARTINI, respecto a la existencia de los indicios sobre el padre. Esto si bien puede ser un buen dato para una investigación, es mal dato para un juicio, por eso mismo existió la duda razonable que amparó a D.. Lo cierto es que necesitaban certezas y no indicios de responsabilidad. Porque nunca se discutió la existencia de los hechos, lo cierto es que desde el primer momento se planteó que existían hipótesis alternativas y que eran sólidas. Eso es lo que recogen las dos sentencias, la del juicio y la del T.I., para sostener que es acertada la decisión, aplicando el artículo 8 del rito, de declarar la no responsabilidad de D.. Argumentó en torno a las hipótesis alternativas y en apoyo de la valoración de la prueba efectuada por los tribunales que intervinieron con anterioridad, destacando las falencias que no permitieron superar la duda razonable. Por razones de brevedad se remite a los registros de la audiencia (cfr. fs. 51 vta./54).

IV. Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Oscar E. MASSEI, Dra. María Soledad GENNARI y Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo:

El escrito fue presentado en término, por quienes se encuentran legitimados para ello, contra una decisión que reviste el carácter de impugnable (artículos 233, 237, 240, 241 inciso 2 y 242 en función del 249 del C.P.P.N.).

Sin embargo, el recurso no resulta autosuficiente, dado que no permite conocer todos los antecedentes del caso tenidos en cuenta por los magistrados de las instancias anteriores para emitir sus decisiones.

Así, los recurrentes no pusieron en conocimiento de esta Sala, que fue la Defensa la que planteó en su teoría del caso, desde el primer momento del debate, que existía una hipótesis alternativa en relación a la autoría de los hechos de los que resultó víctima S.A.D. Lo que fue informado por la asistencia técnica, al refutar los agravios, en la audiencia correspondiente.

Aquello no se suple con manifestar que la Defensa cuestionó sólo la autoría, lo que puede resultar de diversos motivos. Máxime si lo que se pretende sustentar es una arbitrariedad por exceso en la actividad de los jueces, al no limitarse a su función jurisdiccional y en su lugar, inmiscuirse en actos investigativos.

Conforme a las constancias del legajo, las partes propusieron sus respectivas teorías del caso en el juicio. Para los acusadores, el accionar abusivo fue cometido por el imputado y según la asistencia técnica, D. no fue el autor de los hechos sino otra persona, entre otras cuestiones, argumentó que la niña no pasaba tiempo a solas con el imputado y que sí lo hacía con otros, en referencia a que la menor frecuentaba la casa de la señora L. (niñera) para la época de la denuncia y de la pericia médica. Y que el Ministerio Fiscal no investigó ese entorno, pese a la sospecha que existió sobre el domicilio de la misma (que el testigo G. dijo que era el

primer lugar que sospecharon) y que era un sitio concurrido por varias personas (cfr. registros audiovisuales de la audiencia del 1/6/2017 y de los identificados como “leg 15852 d. juicio sala 2 parte 1 día 1” y “legajo 15852 D. sala 2 3era parte 2do día alegatos”).

El conocimiento de tal escenario resultaba ineludible para la correcta solución del planteo, ya que permite descartar que los magistrados hayan especulado sobre líneas investigativas alternativas vulnerando el artículo 6 del C.P.P.N., dado que resolvieron una controversia planteada por las partes.

En relación a la presunta arbitrariedad de sentencia, asociada a la valoración probatoria, si bien fue invocada por la parte acusadora para encauzar su pretensión por el artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N., no logró demostrar tal extremo.

Al tratarse de un supuesto de excepción para la habilitación de esta vía extraordinaria, le corresponde a los recurrentes señalar los vicios lógicos o las inobservancias a las reglas de la sana crítica en que incurrieron los jueces. Para ello, no deben prescindir de ninguno de los elementos de convicción valorados ni de las circunstancias relevantes consideradas por los magistrados.

En este caso, cabe poner de relieve que los acusadores reeditaron los agravios expuestos en la impugnación ordinaria, es decir, se limitaron a reiterar la solución que consideraron correcta y no hicieron una crítica razonada a todas y cada una de las consideraciones efectuadas por el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación, en su lugar, reprodujeron lo expuesto en el voto en disidencia (cfr. fs. 35/40).

Además, a favor de su postura, los acusadores señalaron el voto de la Dra. MARTINI, en el que se destacó que el tribunal de juicio admitió que “pueden existir algunos indicios de que el padre pudo llegar a abusar de la niña”. A lo cual, la Defensa refutó que la existencia de tales indicios si bien puede ser un buen dato para una investigación, es un mal dato para un juicio, que por ello, existió la duda razonable que benefició a D..

Sobre el particular, se advierte que la expresión evocada por los impugnantes remite, claramente, a una definición de la duda razonable. Es más, los propios acusadores expresaron que la citada magistrada continuó ese razonamiento, exponiendo que: “atento a que habría contaminación de la cámara Gesell y que habría que analizar una hipótesis alternativa, hacen pensar que ese plexo probatorio no es suficiente para derribar la duda razonable” (cfr. registro de audiencia del 1/6/17). Es decir, que en el pronunciamiento se aportaron las razones en las que se fundó la imposibilidad de superar la duda que favoreció al imputado.

Al respecto, se sostuvo que: “la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado [].

Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución” (cfr. MAIER, Julio B. J.; Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos, 2° ed. 4° reimp., Editores del Puerto, C.A.B.A., 2012, p. 495).

También se advierte que los acusadores soslayaron aspectos dirimentes vinculados a la valoración probatoria efectuada por los jueces.

Así, los magistrados que conformaron la mayoría del tribunal a quo, aportaron las razones por las que concluyeron que el razonamiento de los sentenciantes se ajustaba a los elementos de convicción producidos en el juicio (señalaron las deficiencias constatadas en el relato de la niña, falta de correspondencia con los resultados de la pericia médica, defectos en la técnica aplicada en el interrogatorio a la menor, resultados contradictorios de ambas entrevistas en Cámara Gesell, omisión de investigar el otro lugar de la sospecha inicial a los fines de la determinación de la autoría, etc.) y en consecuencia, decidieron confirmar la absolución del señor D. por aplicación del principio in dubio pro reo (cfr. fs. 20 vta./22 vta. y 27 vta./29).

Para tal solución, resultó relevante que los propios testigos de cargo, M. M. (progenitora de S.A.D.) y J. A. G. (pareja de M.), manifestaron que sospecharon, en un primer momento, que los hechos habrían ocurrido cuando la menor se quedaba en la vivienda de la niñera y con posterioridad, dirigieron la sospecha respecto a D. (cfr. reg. “leg 15852 d. juicio sala 2 parte 1 día 1).

A ello se suma, que los dos testimonios de la niña, en Cámara Gesell (efectuadas el 11/6/14 y 25/9/14), no permitieron descartar la teoría del caso de la Defensa, ya que la corta edad de la menor (nacida el 22/7/10) no le permitió aportar, por sí misma, información suficiente para determinar la autoría, como así tampoco, se la interrogó en relación a otras personas encargadas de su cuidado para desvirtuar la hipótesis alternativa (cfr. reg. “legajo 15852 D. sala 2 2da parte 2do día” y “leg 15852 d. juicio sala 2 parte 2 día 1”).

En esta instancia, la asistencia técnica destacó que en la primera Cámara Gesell, que hizo la licenciada ORTIZ y que es la que beneficia al imputado, no hubo ningún tipo de informe sobre la credibilidad del testimonio o algún otro aspecto. En la segunda cámara, en la que intervino la licenciada DIAZ, la primera mención que hizo la menor fue: “Mi papá me dijo que mi mamá me tocó la cola”, lo dijo inmediatamente ni bien ingresó y se demostró en el juicio que para esa fecha ya llevaba cuatro meses sin ver al

padre. Que se contrainterrogó a la experta, al entender que eso era contaminación y que la misma respondió que no indagó más al respecto, que no le pareció interesante; asimismo, que los magistrados destacaron las preguntas inductivas que hizo la entrevistadora. En relación a la terapeuta GONZÁLEZ, dijo que los jueces valoraron el poco rigor científico y su actividad, en el caso, por ejemplo, determinar lo que le sucedió a la menor por la elección de determinados colores y que al ser contrainterrogada, respondió que nunca preguntó sobre sobre distintashipótesis, como así también, que la menor hablaba del silencio, que: "tenga cuidado porque mamá puede abrir la puerta", "que había secretos para mamá" y que al respecto, nunca se investigó. Sobre las docentes del jardín, que contaron que la niña dijo que: "su papá necesitaba ayuda", la Defensa estimó que no pudo haber afirmado eso, dada su corta edad y que los magistrados valoraron la posición que adoptaron las docentes, hasta qué punto puede ser un elemento de convicción válido que un docente reciba esa declaración y piense que una niña a esa edad pueda decir eso (cfr. registro de la audiencia del 1/6/2017).

En ese contexto, la parte recurrente debió formular una crítica al pronunciamiento del Tribunal de Impugnación, aportando los datos esenciales y sin modificar las circunstancias relevantes para la solución del caso; igualmente, le correspondía señalar el déficit en la valoración de las pruebas dirimentes como así también, que no subsistían argumentos lógicos suficientes para justificar el fallo. Todo lo cual, no se verifica en el presente caso.

En suma, el recurso presentado no resulta autosuficiente, al no brindar todos los antecedentes relevantes necesarios para la correcta resolución de la impugnación. Además, los recurrentes no rebatieron todos y cada uno de los fundamentos dados por el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación.

En ese orden de ideas, los planteos de los acusadores sólo reflejan una mera discrepancia sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas a la vía del recurso extraordinario federal.

Por lo expuesto, corresponde declarar la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria local deducida por la parte acusadora (artículo 248 inciso 2, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

La Dra. María Soledad GENNARI dijo: tal como lo destacó el señor Vocal preopinante, el escrito que corre agregado a fs. 32/41 fue deducido en término y por quienes poseen legitimación para ello (presentación conjunta de la Fiscalía y de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente [en representación de la menor víctima]).

Por otra parte, la decisión impugnada pone fin a la causa, generándole a los agraviados un perjuicio de imposible reparación ulterior. De allí que se encuentra debidamente satisfecho el recaudo de "sentencia definitiva".

El andarivel en el que se cuadra dicha impugnación extraordinaria es el segundo del artículo 248 inciso 2° del Código Adjetivo, es decir, "…En los supuestos en que correspondiere la interposición del recurso extraordinario federal".

Si bien no desconozco que las cuestiones de hecho, prueba y derecho común se encuentran, por regla, fuera de las hipótesis de intervención de nuestro Cimero Tribunal Nacional cuando lo hace por vía de apelación (artículo 14, Ley Nro. 48), la doctrina de la Corte ha incorporado a su catálogo de sentencias arbitrarias aquéllas que han sido dictadas sin considerar constancias o pruebas disponibles que asumen la condición de decisivas o conducentes, cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito (C.S.J.N., Fallos 284:115; 306:441; 308:1882; 319:1878; 324:915, entre otros). Y tal apartamiento, claro está, excede el área de las meras discrepancias entre los puntos de vista de las partes y del juez (ídem, Fallos 294:309).

Si bien el voto que abre este Acuerdo lo coloca en una temática extramuros del Caso Federal -lo que, como regla general, comparto- entiendo que en este legajo los yerros evidentes de razonamiento que puso de relieve el magistrado del Tribunal de Impugnación en su voto minoritario deriva, al menos en hipótesis, en un caso de arbitrariedad de sentencia.

Vale decir aquí que es pacífica la doctrina de la Corte Suprema en cuanto al otorgamiento de la apelación federal cuando existe un apartamiento de las constancias de la causa, o se realiza un examen de los requisitos con inusitado rigor formal, con menoscabo en la garantía de la defensa en juicio (C.S.J.N., Fallos 319:399 y 1604; 322:702, y sus citas, entre otros), aspecto que también ampara al Ministerio Público Fiscal (ídem, Fallos 307:2843 y 308:1557, entre otros), y por extensión, claro está, a la representante de la menor víctima que, conjuntamente con aquél, ha suscrito el pertinente recurso extraordinario local.

Tal déficit de motivación podría estar presente en el sub iudice, aspecto que no puede excluirse a priori en esta fase de análisis. Y menos todavía podría excluirse un estudio semejante si el escrito de apelación -y la audiencia que lo motivó- ha desarrollado medulosamente este aspecto, efectuando una concreta reseña de las circunstancias más salientes del caso y la demostración de una supuesta parcialización de la prueba rendida (cfr. fs. 35/ 40 vta. y 48/51 vta.).

Por ello, sin que implique abrir juicio, en este momento, sobre la corrección (o no) de las críticas recursivas, entiendo que se impone la apertura formal del recurso y tratar dicho aspecto sustancial en la cuestión subsiguiente. Tal es mi voto.

El Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE dijo: Ante las distintas soluciones propuestas por los señores vocales que me precedieron, debo dirimir en el presente Acuerdo (artículo 4°, 1° párrafo, última parte, del Reglamento de División en Salas, Acuerdo N° 4464,

punto XIII).

Analizado el escrito recursivo, escuchadas las partes en la audiencia videograbada celebrada ante esta instancia y considerando las razones divergentes dadas por los integrantes de la Sala Penal respecto a la primera cuestión, adhiero a la argumentación y solución expuesta por el señor Vocal que hizo la apertura del Acuerdo.

En primer término, la mera invocación de una presunta arbitrariedad de sentencia resulta insuficiente para justificar la admisibilidad de la instancia extraordinaria local, siendo su demostración una exigencia de cumplimiento ineludible.

En forma reiterada, se señaló que tal recaudo se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de esta nueva fórmula impugnativa, se hagan valer otras alejadas del significado jurídico que es propio de un recurso extraordinario como éste.

Así, este Tribunal Superior sostuvo que, por su fin y naturaleza, el recurso extraordinario implícitamente referenciado en el artículo 248 del código adjetivo es excepcional y de aplicación restrictiva, por la gravedad de la función que por esa vía pudiera cumplir luego la Corte Suprema de la Nación en cualquiera de los tres supuestos establecidos en la Ley 48. Como así también, es bueno recordar que el objeto del recurso extraordinario federal es el mantenimiento de la supremacía constitucional y no la sumisión a la Corte de cualquier causa en que pueda existir agravio o injusticia, ya que no se propone rectificar toda injusticia que pueda existir del fallo apelado, sino mantener la mentada supremacía.

En referencia a la procedencia del remedio federal se sostuvo que la tacha de arbitrariedad es excepcional y que se "…requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta falta de fundamentación. Si así no fuera, la Corte podría encontrarse en la necesidad de revisar [todas] las decisiones de los Tribunales de la República en cualquier clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren la Constitución y las leyes (Fallos, 308:1372; 310:234; 311:904; 312:608; 313:209; 317:194; 326:1877, entre otros muchos)…" (MORELLO, Augusto M.: El recurso extraordinario. Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot. 3° Edición. Bs. As. 2006, pág. 608).

Siguiendo tales lineamientos, en este caso, la crítica esbozada sólo trasluce una disconformidad de los recurrentes con las razones dadas por el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación, que confirmó la sentencia absolutoria, adoptada por unanimidad por los magistrados que intervinieron en el juicio (cfr. fs. 1/8 vta. y 16/30).

Además, la parte acusadora sólo hizo una mención a los intereses de la menor víctima, a su derecho a ser oída, sin efectuar un desarrollo argumental que refleje de qué modo, en este caso, no fueron respetados.

En relación a los derechos de jerarquía constitucional, se expuso que: "el derecho a la tutela judicial efectiva (…) como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a todo parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba (…) El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de 'razonabilidad´…". Además, en cuanto al nivel de motivación de las sentencias absolutorias, se sostuvo que "es menos intenso que el de las condenatorias", si bien, también precisan de una motivación razonable por exigencia constitucional, cuentan con la presunción de inocencia a favor del acusado, "de modo que en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación (…) No tener motivos suficientes para condenar es un buen motivo para absolver" (cfr. STS 1987/2017, Tribunal Supremo Español, Sala en lo Penal, Madrid, Resolución Nº 363/2017 del 19/5/2017).

Respecto a las circunstancias concretas y particulares de este caso, comparto el análisis efectuado en el primer voto del presente Acuerdo.

Cabe subrayar, que la parte acusadora conocía la sospecha inicial a la que hicieron referencia los testigos de cargo, la señora M. y su pareja, el señor G., sobre la posibilidad de que los hechos abusivos fueran cometidos, por otra persona, en el domicilio de la niñera; por lo que le correspondía extremar los recaudos a los fines de desvirtuar, en el debate, esa hipótesis alternativa.

Por último, dado que el tribunal de juicio y la mayoría del a quo reconocieron que la menor fue víctima de hechos de abuso sexual y tras valorar integralmente la prueba producida en el debate, dieron las razones por las que no pudieron determinar con el grado de certeza requerido para una condena quien fue el autor de los mismos, colijo que la confirmación de la absolución del señor D. por la aplicación del principio in dubio pro reo resulta un acto jurisdiccional válido y, en consecuencia, descarto la pretendida arbitrariedad de sentencia.

En virtud de lo expuesto, concluyo que no se cumplimentan los requisitos para la admisibilidad de la vía extraordinaria local (artículo 248 inciso 2, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

A la segunda y tercera cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo: Atento al modo en que se resolviera la primera cuestión, el tratamiento de las presentes, deviene abstracto. Tal es mi voto.

La Dra. María Soledad GENNARI dijo: Habiéndose fijado, por mayoría, la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria deducida por los acusadores, adhiero a la solución propiciada por el señor Vocal preopinante a estas cuestiones, en tanto resulta consecuencia natural de la primera decisión referida. Mi voto.

El Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE dijo: Comparto lo expuesto por el Dr. Oscar MASSEI respecto a estas cuestiones. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Oscar E. MASSEI dijo: Considerando la naturaleza de los intereses representados, corresponde eximir del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, última parte, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. María Soledad GENNARI dijo: Adhiero a la respuesta que se da a la presente cuestión. Así voto.

El Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE dijo: Adhiero a la solución dada a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I. DECLARAR LA INADMISIBILIDAD de la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, en forma conjunta, contra la sentencia Nro. 111/2016 del Tribunal de Impugnación de fecha 20/10/16 en el Legajo MPFNQ Nro. 15852/2014 (artículo 248 inciso 2, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

II. EXIMIR del pago de costas a los recurrentes (artículo 268, segundo párrafo, última parte, del C.P.P.N.).

III. Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE – Presidente. Dr. Oscar E. MASSEI - María Soledad GENNARI

Dr. Andrés C. TRIEMSTRA - Secretario

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE IRIZAR RODOLFO CARLOS S/ APREMIO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 25/2012) – Acuerdo: 09/17 – Fecha: 02/05/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

EJECUCION FISCAL. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO. TRIBUTOS PROVINCIALES. INGRESOS BRUTOS. CONTRIBUYENTE. SUCESION. LEGITIMACION PASIVA. PRESCRIPCION. LEY APLICABLE. COMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN. CODIGO FISCAL. PODER NO DELEGADO. DERECHO PUBLICO LOCAL. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. INFRACCION A LA LEY.

1.- Corresponde declarar improcedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la la parte demandada, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Zapala, que confirma el pronunciamiento de grado en cuanto hace lugar parcialmente a la excepción de prescripción y rechaza la de falta de legitimación pasiva e inhabilidad de título, pues la calidad de sujeto contribuyente proviene de la propia inscripción (al impuesto a los ingresos brutos) llevada a cabo por los herederos conforme se desprende de las constancias acompañadas por la cónyuge supérstite. Sumado a ello, la deuda que se pretende cobrar consiste en tributos que se encuentran impagos desde el año 2000, es decir con posterioridad al fallecimiento del causante; por lo que se está frente a una obligación emergente del patrimonio de la sucesión. Por otra parte, la prescripción de la acción para el cobro de la deuda determinada por la administración empieza a correr desde los

diez días de que se notificó la determinación impositiva. Ello por cuanto no se está en presencia de un reclamo por falta de pago de impuestos, tasas o contribuciones que se deben abonar automáticamente sino que se trata de una actuación administrativa por la cual se investigó la conducta fiscal del contribuyente y, en tal sentido, resultan de aplicación los párrafos cuarto y quinto del artículo 126 del Código Fiscal.

De ahí que los periodos reclamados en la boleta de deuda no se encuentran prescriptos, tomando en consideración que la determinación se efectuó el 17 de noviembre de 2005, fue notificada el 22 de noviembre de 2005 y la demanda de apremio fue iniciada el 28 de agosto de 2009.

2.- Este Tribunal Superior sostuvo que la determinación de los plazos de prescripción de la acción procesal administrativa es materia legislativa provincial, al presentarse como un asunto sustantivo de la materia administrativa, cuya regulación local es posible sin que ello violente principios constitucionales.

3.- Resulta justificada la improcedencia de aplicar una norma contenida en el Código Civil cuando la temática estaba regulada anteriormente por la ley provincial administrativa, dictada por el órgano competente para hacerlo –la Legislatura provincial- en función del poder no delegado.

4.- En materia de repetición de tributos provinciales corresponde aplicar el Código Fiscal de la Provincia del Neuquén, en tanto se trata de materia correspondiente al derecho público local.

5.- El Congreso de la Nación introdujo el agregado que convalida la postura seguida por este Tribunal Superior y da la respuesta institucional que la jueza Carmen M. Argibay reclamara en su voto particular en la causa “MUNICIPALIDAD DE LA MATANZA C/ CASA CASMMA S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN TARDÍA”, con entidad suficiente para revertir todo el pensamiento sentado por el fallo “Filcrosa” que las instancias de grado toman como modelo para la resolución del caso y de aquellos similares.

6.- El renovado cuerpo normativo –interpretando el alcance y sentido de los preceptos contenidos en nuestra Constitución- ratificó que concierne al ámbito del derecho público legislar el régimen de prescripción en materia tributaria, sin contrariar ello el Art. 75 de la Constitución Nacional.

7.- Con el texto del nuevo Código Civil y Comercial se revalida la facultad que siempre tuvieron los códigos fiscales para fijar los plazos de extinción de las obligaciones en materia tributaria.

8.- Los gobiernos locales podrán ejercer su poder originario en la materia y abarcar todos los aspectos constitutivos de las obligaciones tributarias, regulando los plazos y su forma de extinción.

9.- Corresponde hacer lugar a los agravios vertidos por la ejecutante y casar el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en cuanto aplica las disposiciones del Código Civil por sobre la legislación tributaria local, vulnerándose de esta forma el principio autonómico de los entes locales en cuanto poseen, dentro de las atribuciones reservadas para sí (Art. 121 de la C.N.) la potestad de establecer lo concerniente a la extinción de las obligaciones en materia de tributos.

Texto completo:

ACUERDO N° 9. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los dos (2) días de mayo de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada –conforme el artículo 4° del Reglamento de División en Salas- con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE IRIZAR RODOLFO CARLOS S/ APREMIO" (Expte. N° 25 - año 2012), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 279/300 vta. la actora y a fs. 304/355 vta. la parte demandada, interponen recursos casatorios contra la sentencia dictada a fs. 264/272 vta. por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Zapala, que confirma el pronunciamiento de grado en cuanto hace lugar parcialmente a la excepción de prescripción y rechaza la de falta de legitimación pasiva e inhabilidad de título.

Corridos los traslados de ley, a fs. 359/367 vta. obra la réplica de la actora.

De otro lado, la demandada guarda silencio.

A fs. 418 se denuncia el fallecimiento de la demandada Cristina Susana Irizar y comparecen sus herederos a tomar intervención en la presente causa.

A fs. 419 certifica la actuaria la existencia del sucesorio de la referida codemandada y les otorga a sus herederos la debida participación en autos.

A fs. 424/427, por Resolución Interlocutoria N°160/14 este Cuerpo declara admisibles los recursos de Inaplicabilidad de Ley deducidos por los litigantes e inadmisible el de Nulidad Extraordinario presentado también por la demandada.

A fs. 434/438 obra dictamen del Sr. Fiscal General quien propicia se declare la constitucionalidad de los Arts. 125 y 126 del Código Fiscal.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resultan procedentes los recursos de Inaplicabilidad planteados? 2) En la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. OSCAR E. MASSEI, dice:

I. Previo a todo, para una mejor comprensión de las cuestiones a resolver, resulta menester un breve recuento de los términos en que quedó trabada la litis.

1. Que a fs.8 y vta. se presenta la PROVINCIA DE NEUQUÉN e inicia formal demanda de apremio contra la sucesión de Rodolfo Carlos Irizar por el cobro de la suma de $626.777,96 que se reclama en concepto de capital, con más sus intereses, gastos y costas del juicio.

El monto pretendido surge de las boletas de deuda Nros. 14.909 y 14.977 que acompaña por impuesto a los ingresos brutos.

A fs. 13 la actora integra la presente litis con los herederos del sucesorio, a quienes individualiza con sus respectivos documentos de identidad y domicilios, conforme –dice- se desprende de la declaratoria de herederos en el Expediente Nro. 346/85 en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería de Zapala, secretaría Nro. 1.

2. A fs. 17/24 comparecen los herederos María Esther, Carlos Alberto, Juan José y Cristina Susana, todos de apellido Irizar y oponen excepción previa de prescripción. También plantean la inconstitucionalidad de los Arts. 125, 126, 127 y ccs. del Código Fiscal por ser contrarios a los preceptos contenidos en el Art. 75, inciso 12, y 31 de la Constitución Nacional.

Manifiestan que por el Art. 4027 del Código Civil de Vélez Sársfield prescribe a los cinco años la obligación de pagar los atrasos de todo lo que deba abonarse por años o periodos más cortos y que, tanto la doctrina y jurisprudencia, son contestes en cuanto a que el plazo de prescripción de los impuestos y tasas provinciales es de cinco años.

Luego, exponen que el inicio del cómputo principia desde que la obligación resulta exigible, por lo que, aplicando los preceptos mencionados, se encuentran prescriptos todos aquellos conceptos reclamados hasta la cuota 7 del año 2004, con vencimiento el 17 de agosto de 2004.

Asimismo, manifiestan que también se encuentran prescriptos todos aquellos intereses devengados con anterioridad al 28 de agosto de 2004, esto es de cinco años anteriores a la promoción de la demanda.

Por lo expuesto, plantean la inconstitucionalidad de los Arts. 125, 126 y 127 y ccs. del Código Fiscal por ser contrarios a los preceptos contenidos en el Art. 75 inc. 12 y 31 de la Constitución Nacional. Citan el fallo "FILCROSA" de la C.S.J.N. Manifiestan que las actuaciones administrativas no suspenden ni interrumpen la prescripción y ello así aunque se trate de las que debieron

preceder al apremio.

Fundan en derecho. Expresan que para el hipotético caso que se haga lugar a la demanda se tenga aceptada la herencia bajo beneficio de inventario.

Por su parte, la codemandada María Delfa Romero se presenta a fs.69/87.

En primer lugar, opone excepción de inhabilidad de título. Expone que si se quería ejecutar a los herederos de la sucesión de Rodolfo Irizar se debería haber confeccionado una nueva boleta de deuda donde los sujetos pasivos fueran los aquí ejecutados y no -como se efectuó- con las boletas Nros. 14909 y 14977 situando a la sucesión como sujeto pasivo.

Concluye que es la sucesión la contribuyente a quien el Fisco debió perseguir por los conceptos reclamados y no a sus sucesores.

Interpone, en subsidio, excepción de falta de legitimación pasiva y excepción previa de prescripción, expresando idénticos argumentos a los indicados por los restantes codemandados.

Efectúa una mención especial en punto a la ejecución pretendida en la boleta de deuda Nro. 14977 relativa a la aplicación de una multa. Establece que, como tiene naturaleza penal, la prescripción debe regirse por el Art. 65, inciso 4° del Código penal, que establece el plazo de dos años.

A fs. 100/117vta. y 123/151 contesta la Provincia del Neuquén los traslados conferidos respecto de las excepciones opuestas. Puntualmente, respecto del cómputo de la prescripción aclaran que el Art. 126 del C.F. establece el plazo de prescripción para determinar obligaciones fiscales y el de prescripción para el inicio de la acción por el cobro judicial.

3. A fs. 185/193vta. y 194 luce el pronunciamiento de Primera Instancia -y su aclaratoria- que declara la inconstitucionalidad de los Arts. 125 y 126 del Código Fiscal que se encuentra vigente al momento de la traba de la litis, rechaza la excepción de inhabilidad de título y la subsidiaria de falta de legitimación pasiva y hace lugar a la excepción de prescripción incoada, declarando prescriptos -de la boleta de deuda Nro. 14909- los periodos 01/2000 a 11/2000 y la totalidad del concepto incluido en la boleta Nro. 14977. Por consiguiente, manda a llevar adelante la ejecución promovida, hasta tanto María Delfa Romero, María Esther, Carlos Alberto, Juan José y Cristina Susana, todos de apellido Irizar –y en la medida o proporción que les corresponda en la sucesión del causante- paguen a la actora la suma de $411.341,02 reclamada como capital y sus intereses al 31/07/09, con los accesorios establecidos en los considerandos.

En primer lugar, concluye en el rechazo de la excepción de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva, porque más allá de que en el título se consignare “Sucesores de Irizar Rodolfo Carlos” o como efectivamente se hizo “Sucesión de Irizar Rodolfo Carlos”, éste no adolece de vicio alguno que permita inferir su inhabilidad, puesto que cualquiera de las dos acepciones no hace más que referenciar que la deuda que se pretende ejecutar fue contraída por ese ente distinto de los herederos, aunque no por eso ajeno a ellos. Y por ende –añade- resulta ajustado a derecho que la demanda dirigida contra dicha sucesión sea entablada contra los herederos porque el sucesorio es un ente sin personería jurídica y ellos son los únicos titulares de los derechos y obligaciones que reciben del causante.

Luego, en punto al planteo de prescripción expone que dicho instituto sirve a la seguridad jurídica en cuanto determina la estabilidad de los derechos por lo que no puede escapar a la regulación del derecho de fondo.

Respecto del plazo de prescripción en materia de tributos locales entiende que se encuentra previsto en el Art. 4027, inciso 3°, del Código Civil de Vélez Sársfield que establece la prescripción quinquenal. Empero, en cuanto a la multa, en atención a su carácter penal, sostiene que corresponde estar a lo dispuesto por el Art. 65, inciso 4°, del Código Penal, que prevé un plazo bianual. Y a ello –agrega- independiente del plazo que establezca la legislación local, ya que no puede una norma provincial o municipal fijar un plazo diferente del que estatuye una norma de superior jerarquía como lo es el Código Civil o Penal. Cita al respecto los fallos de la C.S.J.N. en las causas “Verdini” y “Filcrosa”.

Seguidamente, expone que la formula consignada en el Art. 126 del C.F. a fin de prever el inicio del cómputo de la prescripción contradice la normativa de fondo dispuesta a los mismos efectos y no hace sino generar confusión, desigualdad y atentar contra la seguridad jurídica de los contribuyentes.

Sumado a ello, manifiesta que el razonamiento referido a las facultades reservadas a la Nación para fijar los plazos de prescripción y la consiguiente imposibilidad por las leyes locales de modificar aquellos, sin violar los Arts. 75, inc. 12° y 126 de la C.N., llevan también a la declaración de inconstitucionalidad del Art. 125 del C.F. en cuanto refiere al plazo de prescripción de la multa prevista en tal legislación, ya que se contrapone en forma abierta al plazo bianual previsto en el Art. 65, inciso 4°, del Código Penal. Pues, respecto del carácter penal de ella, sostiene que la iniciación y sentencia del procedimiento de apremio no cambian la naturaleza penal de la multa ni autorizan una prescripción distinta de ella.

Bajados estos conceptos al caso particular, considera que, en la especie, la ausencia de recurso alguno respecto de las resoluciones administrativas Nros.740/05 y 904/05 denotan un silencio que puede interpretarse como consentimiento tácito de la

deuda allí reclamada y que a esa fecha no haya prescripto, conforme lo dispone el Art. 3989 del Código Civil de Vélez. De ahí que –afirma-, se encuentran prescriptas todas las obligaciones anteriores al periodo 10/2000 de Boleta de deuda Nro. 14909. Y respecto de la boleta Nro. 14977, al considerar el carácter penal de las multas impuestas y el plazo bianual de prescripción, ella se encuentra prescripta en su totalidad.

Por lo que hace lugar parcialmente a la excepción de prescripción y manda a llevar adelante la ejecución por los periodos 11 del año 2000 hasta 12 del 2004 –incluidos en la boleta de deuda Nro. 14909- por la suma de $ 411.341,02 en concepto de capital e intereses con más la tasa de interés establecida en el Art. 84 del Código Fiscal. Además, impone las costas en proporción a la suerte de las pretensiones de cada parte. En consecuencia, entiende que, por el monto que prospera la demanda, deben ser soportadas por los demandados vencidos y del mismo modo las costas generadas por el progreso parcial de la excepción de prescripción conforme su monto, a cargo de la actora.

4. Disconforme con dicho pronunciamiento, los demandados y la actora apelan.

A fs. 198/207 funda el recurso la Sra. María Delfa Romero y a fs. 208/214 el resto de los herederos.

Expresa la cónyuge supérstite que la resolución atacada la agravia en tanto rechaza la excepción de inhabilidad de título y la subsidiaria de falta de legitimación pasiva.

Manifiesta que si la Provincia de Neuquén deseaba ejecutar a los herederos de la sucesión o a éstos en su carácter de herederos, debió haber realizado una nueva boleta de deuda, donde los sujetos pasivos fueron los aquí ejecutados o bien los mismos en su carácter de herederos y no como se hizo en las boletas de deuda Nros. 14909 y 14977 situando a la sucesión de Irizar como sujeto pasivo.

Seguidamente, reitera argumentos vertidos en el escrito de defensa y, en tal sentido, expone que lo que correspondía analizar era si la sucesión resulta ser un ente susceptible de ser obligado al pago o contribuyente en los términos prescriptos por el Código Fiscal y no analizar si la sucesión detenta personalidad jurídica o no. Pues, -agrega- el Código Fiscal en su Artículo 17 establece los sujetos pasivos de las obligaciones fiscales, pudiendo ser contribuyentes, incluso, las entidades que no son reconocidas por el derecho privado como sujetos de derecho.

Sostiene que la Sra. Jueza de la anterior instancia yerra en su razonamiento al entender que su parte pretendió atribuirle personalidad jurídica a la sucesión, sino que sólo quería demostrar quien era contribuyente en tanto la Provincia del Neuquén inicia la ejecución contra la sucesión y no como suele ocurrir contra una persona física.

Luego, cuestiona el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva pues, en el caso, dice que se vulnera el derecho de defensa en juicio que le asiste a cada uno de los herederos ya que ellos en ningún momento pudieron fiscalizar –ni enterarse- de la existencia del reclamo sino recién hasta el inicio del presente apremio.

Sobre este punto, alega contradicción del decisorio en crisis pues, en sede judicial, se exige la notificación a cada uno de los herederos empero, en sede administrativa, este mismo recaudo no se requiere. Además, recalca que la actora conocía de la existencia de la sucesión, en tanto fue la Dirección Provincial de Rentas quien definió y aceptó como contribuyente a la sucesión de Rodolfo Carlos Irizar, consignando ello en cada uno de sus actos administrativos pero nunca intentaron intimar ni notificar a cada uno de los herederos.

Por otro lado, sostiene que el fallo en crisis omite tratar y resolver el planteo de inconstitucionalidad del Art. 127 del Código Fiscal por ser contrario a los preceptos contenidos en el Art. 75, incisos 12 y 31 de la Constitución Nacional.

Argumenta, conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que las actuaciones administrativas no suspenden el curso de la prescripción y le resulta llamativo que la jueza de grado no haya declarado inconstitucional el Art. 127 del Código Fiscal cuando los argumentos son idénticos con los vertidos para la inconstitucionalidad de los Arts. 125 y 126 del mentado cuerpo normativo.

A la postre, para el caso que no se haga lugar al planteo efectuado en relación al Art. 127 del C.F. se agravia de la sentencia en tanto considera interrumpido el plazo de prescripción y cita jurisprudencia en punto al reconocimiento tácito.

Como síntesis, reitera la recurrente que la notificación efectuada en cabeza de la sucesión debería de resultar nula y, en consecuencia, no operaría la interrupción de la prescripción. Añade que, de ninguna manera se puede cargar a los herederos con las consecuencias de actos nulos, por lo que entiende gravoso el fallo recurrido.

El resto de los herederos del causante reproducen los argumentos hasta aquí expuestos por la cónyuge supérstite.

A fs.219/222vta. contesta la actora, y solicita se confirme parcialmente el decisorio del A quo con relación al rechazo de la excepción de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva, con expresa imposición de costas.

A fs.224/227 expresa agravios la accionante.

Se agravia en primer lugar de que el fallo atacado declara la inconstitucionalidad de los Arts. 125 y 126 del Código Fiscal y que la

fundamentación brindada se contrapone con el criterio jurisprudencial adoptado por el Máximo Tribunal de la provincia en el fallo "Contal S.A. y Sentra S.A. c/ Instituto provincial de la Vivienda y Urbanismo s/ acción procesal administrativa".

Destaca que el Código Fiscal contempla un régimen propio para el cómputo de la prescripción y su interrupción, sin que exista al efecto, impedimento alguno de rango constitucional, afirmando que las leyes locales pueden establecer plazos de prescripción en materia fiscal.

Indica que yerra la A quo cuando resuelve declarar la inconstitucionalidad de los Arts. 125 y 126 del Código Fiscal porque omite el criterio sentado por el Máximo tribunal provincial y por no estar en pugna tales preceptos con la Carta Magna.

Entiende que corresponde se condene al pago de la totalidad del importe reclamado en autos por no encontrarse prescripto ninguno de los periodos que se reclaman mediante las boletas de deuda base de la ejecución.

Puntualiza como actos interruptivos las notificaciones de las resoluciones administrativas nros.740/2005 y 904/2005, llevadas a cabo el 22/22/2005 y 03/01/2006 y a partir de las cuales se computa nuevamente el curso de la prescripción. También considera acto interruptivo el cálculo de las liquidaciones y la emisión de las boletas de deuda.

Por lo que solicita se modifique el fallo atacado y se deje sin efecto la declaración de inconstitucionalidad resuelta, condenando al pago total del importe reclamado.

5. Corrido el pertinente traslado, los accionados guardan silencio.

6. A fs. 257/258 vta. y fs.261 y vta. dictamina la Fiscalía de Cámara. Entiende que debe declararse la inconstitucionalidad peticionada con base en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenida en la causa "FILCROSA".

Y agrega que, conforme la jurisprudencia dominante, corresponde adoptar el plazo de prescripción de la legislación local, cuando este es menor pero no cuando el plazo es mayor al del Código Civil.

7. A fs. 64/272vta. la Cámara de Apelaciones del fuero con asiento en Zapala confirma el auto Interlocutorio dictado el 4 de octubre de 2010, con costas en el orden causado.

Primeramente, en torno a la excepción de inhabilidad de título y la subsidiaria de falta de legitimación pasiva, manifiesta que el argumento de los ejecutados se desvanece fácilmente por estar frente a un supuesto de sucesión mortis causa en la que importa una idea de continuidad, de movimiento coordinado, mediante el cual alguien ocupa el lugar de otro como consecuencia de la desaparición del antecesor y cumplimiento de un orden preestablecido. Cita los Arts. 3279, 3282 y su nota del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Por todo ello, la Cámara considera que, al no haberse desconocido la calidad de heredero de los excepcionantes, ellos pasan a ocupar el lugar que tenía el causante en la relación jurídica. Por tal motivo y habiendo sido los demandados destinatarios de las intimaciones en sus domicilios reales conforme las constancias que obran agregadas al expediente, resuelve la Alzada que corresponde el rechazo del agravio porque no se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio por encontrarse debidamente trabada la litis.

En segundo término, ingresa al planteo de la inconstitucionalidad de los Arts. 125, 126 y 127 del Código Fiscal vigente al momento del tributo.

El Ad-quem en este tema coincide con la jueza de grado en el sentido de considerar que el plazo de prescripción para el cobro de los tributos provinciales se rige por lo dispuesto en el Art. 4027, inc. 3° del Código Civil de Vélez, postura que es concordante con lo dictaminado por el Fiscal y con el criterio sentado por la misma Cámara en los autos "GONZÁLEZ" Y "ERIZEZ".

Desestima la aplicación al caso del fallo de este Tribunal Superior de Justicia in re "Contal S.A. y Sentra S.A." por cuanto allí se decidió respecto de la facultad de resolver acerca de la prescripción de la acción procesal administrativa, siendo ello materia legislativa provincial, al presentarse como un asunto sustantivo de la materia administrativa.

Reitera lo indicado en el precedente "GONZÁLEZ", respecto de que el plazo de prescripción para el cobro de tributos provinciales se rige por lo dispuesto en el Art. 4027, inciso 3°, del Código Civil.

Alega que dicho plazo no se discute, en tanto el Art. 125 del Código Fiscal coincide con los cinco años prescriptos por el precepto citado del Código Civil.

Considera que zanjado ello, restan dos cuestiones por resolver: 1) comienzo del plazo de prescripción y 2) su interrupción.

Respondiendo al primer interrogante, afirma que resulta aplicable el Art. 3956 del C.C. que dispone que la prescripción comienza a correr desde la fecha del título de la obligación. Y, en la especie, sostiene que es a partir del vencimiento del pago del tributo.

En relación a la segunda cuestión, y a fin de determinar la existencia de periodos prescriptos, la Cámara entiende que lleva razón el apelante en cuanto a que, en el caso, las normas relativas a la prescripción, aun aquellas que corresponden al régimen impositivo provincial, resultan afectadas por la legislación nacional en orden a las facultades delegadas por el Art. 75, inc. 12°, de la Constitución Nacional.

Considera que en esta causa debe adecuarse la normativa nacional y provincial, la cual puede ser complementariamente interpretada en tanto el Art. 127, inc. 2°, del Código Fiscal plantea la situación prevista por el Art. 3986 del C.C. de Vélez dentro del que se distingue la promoción de la demanda como acto interruptivo y la suspensión por una sola vez por la constitución en mora.

Sostiene que resulta armónico entender que en el caso de intimación administrativa como la que luce a fs.3/6, efectuada en el domicilio fiscal, se ha dado el segundo de los supuestos, debiéndose otorgar al término genérico de interrupción utilizado en el Código Fiscal el efecto del segundo párrafo del Art. 3986 del C.C.

Por tal motivo, la Alzada comparte los argumentos dados por la Sra. Jueza de grado, desestimando los agravios del apelante y confirmando lo resuelto en este tema.

Finalmente, la Cámara también confirma la inconstitucionalidad del Art. 125 del Código Fiscal por los fundamentos dados y hace extensible tal solución a los efectos de la prescripción de la multa, en tanto al fijar un término distinto al que prevé el Art. 65, inc. 4°, del Código Penal, prevalece este último.

8. Que dicha resolución es cuestionada por los litigantes a fs. 279/300 vta. y 304/355vta.

La actora, a través de su recurso por Inaplicabilidad de Ley, se agravia porque el fallo recurrido vulnera la aplicación de la legislación tributaria provincial y contradice la doctrina sentada por este Tribunal en las causas: “Provincia del Neuquén c/ Eugeni, Raúl s/apremio (Ac. N° 55/05); “Corvin S.A. y Corvin Neuquén S.A. c/I.P.V.U. s/acción procesal administrativa” (Ac. 1.366/07) y “Contal S.A. y Sentra S.A. s/acción procesal administrativa” (Ac. N° 7/10).

Asimismo, considera que la interrupción de la prescripción (Art. 127 del Código Fiscal) se produce por el reconocimiento expreso o tácito por parte del responsable del pago, reanudándose el nuevo término a partir del 1° de enero del año siguiente.

Por lo demás, agrega que la sentencia se sostiene únicamente por la voluntad de quienes sentenciaron y, en consecuencia, no constituye una derivación razonada del derecho vigente.

Por su parte, la demandada obtiene la apertura de la instancia extraordinaria que se transita, por vía de Inaplicabilidad de Ley.

Sostiene, que la Cámara infringe el Art. 3986 del Código Civil pues asimila la suspensión de la prescripción a su interrupción.

Asimismo –dice-, yerra la Alzada al tratar de adecuar la normativa provincial con la nacional, en cuanto considera que el Art. 127, inciso 2°, del Código Fiscal es asimilable al supuesto previsto en el segundo párrafo del Art. 3986 del Código Civil.

Denuncia la vulneración del Art. 31 de la C.N., que establece el principio de supremacía de la Constitución y el de jerarquía normativa, que prioriza las disposiciones de la Carta Magna y de las leyes nacionales, en las materias que ellas regulen, por encima de los ordenamientos locales.

Otro tanto –amplía-, acontece con las normas constitucionales que refieren al sistema de reparto, las cuales se ven vulneradas al ignorar que el Art. 75, inc. 12, de la C.N. pone a cargo del Congreso de la Nación el dictado del código en materia civil donde se regula la prescripción.

Además, alega la violación al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “FILCROSA”.

Por otra parte, se queja en punto al rechazo de las excepciones de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva.

En ese orden, considera que la Cámara quebranta su derecho de defensa ya que, por un lado, exige que las notificaciones e intimaciones –en sede judicial- deban efectuarse en el domicilio real de los herederos. Empero, por el otro, al abordar la defensa de prescripción erige como causal interruptiva el consentimiento tácito de la deuda aunque la notificación de las resoluciones administrativas fue dirigida a la “Sucesión de Rodolfo Carlos Irizar”.

Insiste con que su parte –sucesión- en ningún momento, a lo largo de los períodos fiscales reclamados, pudo enterarse de la existencia de la deuda ni, mucho menos, consentirla.

II. Ingresando al tratamiento de las quejas esgrimidas por las partes, por una razón de orden metodológico, corresponde tratar, en primer lugar, los agravios de índole constitucional vertidos por ambos litigantes relacionados con el ejercicio de la potestad de la Provincia del Neuquén para regular lo atinente a la prescripción del tributo debatido.

1. Sobre el tema, este Tribunal tiene sentada una doctrina pacífica, reforzada a partir del precedente “Corvin” (Acuerdo N°1366/07), mantenida en sentencias posteriores (Acuerdos Nros.1376/07, 1414/07, 1415/07, 1422/07, 1423/07, 1427/07, 1455/07) y –actualmente- en “Cebrero” (Acuerdo Nº49/13) y “Camuzzi” (Acuerdo Nº1/14).

Tal serie de fallos fueron dictados por la Sala procesal Administrativa de este Cuerpo teniendo en vista los precedentes “Filcrosa” y “Verdini” (Fallos: 326:3899; 327:3187), y brindando razones que se consideraron hacían inaplicable lo decidido por la Corte Suprema en esos casos, en tanto no habrían sido ponderadas por el Máximo Tribunal en su momento. No obstante, con excepción de “Corvin” (C. 531. XLIV, fallada por la C.S.J.N. el 12/8/2008, queja rechazada por incumplimiento de la Acordada Nº4/07), los que llegaron a decisión de la Corte Suprema fueron revocados pero sin contestar o refutar los argumentos introducidos por este Cuerpo, sino remitiéndose nuevamente a “Sandoval” (Fallos: 320:1344) y “Verdini” (cfr. fallos de la C.S.J.N. del 6/11/12 en autos

"Nisalco c/EPAS", "Ampel", "Nisalco c/IPVU", "Toqui", "Siracusa", y del 20/11/12 en "Toqui – Ampel").

En prieta síntesis, este Tribunal Superior sostuvo que la determinación de los plazos de prescripción de la acción procesal administrativa es materia legislativa provincial, al presentarse como un asunto sustantivo de la materia administrativa, cuya regulación local es posible sin que ello violente principios constitucionales.

También se dijo que, de aplicarse las disposiciones del Código Civil, se produciría una intervención del Poder Judicial de la Nación en el ámbito del derecho público local no delegado, en función de los Arts. 75, inc. 12 y 126 de la Carta Magna nacional, en tanto del juego armónico de ellos puede colegirse que, si las obligaciones de derecho público no fueron delegadas a la Nación, tampoco se delegó una de las formas de su extinción –o sea la prescripción-; siguiendo esa lógica, la mentada "uniformidad legislativa" que se erige para arribar a una solución opuesta a la posición local, no fue pensada por los Constituyentes nacionales, pues de ser así se hubiera delegado también esa facultad de su regulación al Congreso de la Nación.

Con lo expuesto, se justifica la improcedencia de aplicar una norma contenida en el Código Civil cuando la temática estaba regulada anteriormente por la ley provincial administrativa, dictada por el órgano competente para hacerlo –la Legislatura provincial- en función del poder no delegado.

A su vez, se añadió que sostener la "invalidez" del régimen local (cuando no está comprometido el Art. 75, inc. 12 de la Constitución nacional; en su caso el compromiso se presenta con el mantenimiento de la doctrina de la Corte) para, consecuentemente, hacer aplicable las disposiciones del Código Civil a una cuestión para la que no está destinada a regir, contrariando su regulación –propia de la materia y de la jurisdicción- es lo que va en contra del pregonado derecho de las Provincias de regirse por sus propias instituciones y de conservar su autonomía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación (Art. 121 de la C.N.).

Sumado a esto y en materia de repetición de tributos provinciales se dijo que corresponde aplicar el Código Fiscal de la Provincia del Neuquén, en tanto se trata de materia correspondiente al derecho público local.

Además, se cuestionó la asimilación que efectúa la Corte Suprema de la "prescripción" como un "instituto general del derecho" en cuanto se considera que no implica más que reconocer que es un concepto común al Derecho en general. Y dentro del ámbito de cualquiera de los troncos y ramas del derecho, puede comprobarse que este instituto conserva su significación, incluso cuando varían las específicas causales de interrupción y suspensión, el inicio del cómputo y los plazos concretos —son datos contingentes, que varían de acuerdo a las particulares circunstancias y naturaleza de la obligación—. El efecto principal de la prescripción es tornar inexigible a la obligación que subsiste sólo como natural, por ello lo lógico –se dijo- es aplicarle el mismo derecho que rige la obligación a la que privará de eficacia jurídica.

Es que, al pertenecer el derecho administrativo y el derecho civil a distintos troncos del derecho -el público y el privado- no existe manera de justificar que, para resolver una cuestión de derecho público local, deba recurrirse al Código Civil (derecho privado), desconociendo el reparto constitucional de competencias, mediante la invalidación de la regulación propia de cada provincia.

Para finalizar, se puntualizó que la uniformidad nacional de los plazos de prescripción debería encauzarse a través de un proceso federal de concertación, respetuoso de las autonomías provinciales y la división de poderes.

2. Ahora bien, a partir de la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -Ley Nro. 26.994 B.O. 8/10/2014- el Congreso nacional introdujo modificaciones relativas al régimen de la prescripción que validan la tesis que este Tribunal Superior propugnara en las decisiones a las que se hizo referencia, existiendo nuevas y suficientes razones para apartarse de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo "FILCROSA".

El Art. 2.532 establece: "Ámbito de Aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos" (la negrita me pertenece).

3. Sobre este aspecto, cabe señalar que el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo no contenía la segunda cláusula, quedando acotado a expresar:

"En ausencia de disposición específica, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria".

El agregado fue producto del proceso de elaboración y discusión abierto por la Comisión Bicameral de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación en el que se intercambiaron numerosos aportes para evitar el riesgo de someter la prescripción de los tributos locales al plazo de prescripción de dos años que el artículo 2562 del proyecto (y ahora del Código Civil y Comercial) prescribe para

"c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas".

En definitiva, el Congreso de la Nación introdujo el agregado que, cabe reiterar, convalida la postura seguida por este Tribunal

Superior y da la respuesta institucional que la jueza Carmen M. Argibay reclamara en su voto particular en la causa "MUNICIPALIDAD DE LA MATANZA C/ CASA CASMMA S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN TARDÍA", con entidad suficiente para revertir todo el pensamiento sentado por el fallo "Filcrosa" que las instancias de grado toman como modelo para la resolución del caso y de aquellos similares.

4. El renovado cuerpo normativo –interpretando el alcance y sentido de los preceptos contenidos en nuestra Constitución- ratificó que concierne al ámbito del derecho público legislar el régimen de prescripción en materia tributaria, sin contrariar ello el Art. 75 de la Constitución Nacional.

Esta concepción que tiende a resguardar el régimen federal de competencias, resulta en todo conteste con el principio autonómico de los entes locales –provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios- en cuanto poseen, dentro de las atribuciones reservadas para sí (Art. 121 de la C.N.) la potestad de establecer tributos en sus respectivas jurisdicciones.

Como consecuencia de ello, el derecho público local se encuentra facultado no solo para establecer el modo de nacimiento de obligaciones tributarias dentro de su territorio –con los límites constitucionales y legales vigentes-, sino también para fijar los aspectos configurativos de tales obligaciones desde la determinación, sujetos, hecho imponible, etc. hasta los modos de extinción de las obligaciones tributarias que, en general se estructuran a partir del pago, la compensación y la prescripción. Lo contrario implicaría reconocer limitaciones a la potestad impositiva de los fiscos locales a partir de los preceptos del Código Civil, restringiendo de este modo la relación jurídica tributaria entablada con los contribuyentes de su jurisdicción, propia del derecho local.

En conclusión: con el texto del nuevo Código Civil y Comercial se revalida la facultad que siempre tuvieron los códigos fiscales para fijar los plazos de extinción de las obligaciones en materia tributaria.

Y, vale aclarar al respecto que, aunque por el tiempo en que se desarrollaron los hechos se estimaran no aplicables las citadas disposiciones del Código Civil y Comercial unificado, ello no implica la aplicación retroactiva de dicha normativa sino que los fundamentos que se sostienen apelan al Art. 2532 del C.C. Y C. N. como un criterio hermenéutico adicional que respalda la tesis que siempre sostuvo este Tribunal en orden a que el legislador nunca –ni aún durante la vigencia del anterior Código Civil- entendió que las legislaturas locales tenían vedado regular las cuestiones atinentes al instituto de la prescripción respecto de los tributos locales.

Sumado a lo expuesto, cabe agregar que algunos autores sostienen, con acierto, que en virtud de la forma en que se ha legislado la responsabilidad estatal y la prescripción en materia tributaria, la existencia de un "derecho común" o "derecho de fondo" aplicable a todo tipo de relaciones –de naturaleza pública o privada- ya no puede ser el fundamento para detraer a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Bs. As. potestades normativas, que a la luz de la definición dada por el legislador nacional, ya no puede dudarse que no han sido delegadas al gobierno federal en los términos del Art. 75, inc. 12 de la C.N. (PADULO, Adriana María A., El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Bs. As. para regular la prescripción en el derecho tributario, LL 9/1/15 pág. 1, LL On Line AR /DOC/4375/2014, citado en Incidencias del Código Civil y Comercial, Derecho público, Pablo L. MANILI, Ed. Hammurabi, 1ra. Edic, 2015, pág. 211).

De esta forma, los gobiernos locales podrán ejercer su poder originario en la materia y abarcar todos los aspectos constitutivos de las obligaciones tributarias, regulando los plazos y su forma de extinción.

Esta interpretación habilita la posibilidad de que los tribunales provinciales sean intérpretes finales del régimen. Y ello fundamentalmente por la naturaleza local de la normativa aplicable.

Luego, la facultad que tienen los estamentos locales debe ejercerse -en el caso concreto- siempre teniendo como norte la pauta de razonabilidad, seguridad jurídica e igualdad y respetando los límites impuestos por la Constitución Nacional y los pactos internacionales y a nivel de derecho infrafederal, las leyes de coparticipación y pactos fiscales federales suscriptos entre nación y provincias.

Tal es la postura seguida por este Cuerpo en autos: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ BAGGIO HORACIO HAROLDO S/ APREMIO" (Acuerdo Nro.22/15 del registro de esta Sala Civil) mediante la cual, sin desconocerse las atribuciones legislativas locales en la materia, se ha efectuado el control de razonabilidad apuntado, determinando que era inconstitucional la interrupción del curso de la prescripción liberatoria establecida en el Art. 127, inciso 2°, del Código Fiscal –T.O. 1997- al disponer que se produce "por cualquier acto administrativo tendiente a obtener el cobro del tributo", toda vez que la norma deviene irrazonable por duplicar el plazo de ejercicio de la acción y afectar con ello la seguridad jurídica y el equilibrio del sistema.

5. En virtud de lo hasta aquí expuesto, es que corresponde hacer lugar a los agravios vertidos por la ejecutante y casar el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en cuanto aplica las disposiciones del Código Civil por sobre la legislación tributaria local, vulnerándose de esta forma el principio autonómico de los entes locales en cuanto poseen, dentro de las atribuciones

reservadas para sí (Art. 121 de la C.N.) la potestad de establecer lo concerniente a la extinción de las obligaciones en materia de tributos.

6. Resuelto lo anterior, corresponde desestimar los agravios vertidos por la demandada referidos a la vulneración de los Arts. 75, inciso 12° y 31 de la Constitución Nacional como, asimismo, a la violación al precedente “Filcrosa” del Cimero Tribunal Nacional, en cuanto quedan englobados en la cuestión constitucional antes analizada.

7. Resta analizar la queja vertida por idéntica parte en punto al rechazo de las excepciones de inhabilidad de título y falta de legitimación pasiva.

Al respecto, cabe señalar que el Art. 117 del Código Fiscal admite la excepción de inhabilidad de título pero aclara que solo puede sustentarse en “vicios de forma”.

De ello resulta que en el marco de los procesos de apremio no corresponde, en principio, la discusión de la causa de la obligación. Es que, por regla general, el examen del título que sirve de base a la ejecución debe limitarse a sus formas extrínsecas.

En tal sentido dable es recordar que:

“[...] el juicio ejecutivo es un proceso especial, cuya pretensión consiste en el cumplimiento de una obligación documentada en un título extrajudicial que autoriza a presumir la certeza del derecho del acreedor. Por lo que se presenta como un procedimiento más reducido y con mayor celeridad que uno ordinario. La finalidad de este proceso no es una sentencia que declare la existencia de un derecho, sino la satisfacción de una obligación que se presume existente. Y de ello deriva que el conocimiento judicial se encuentra circunscripto a un número determinado de defensas. Por tanto, la sentencia, en principio, sólo tiene efectos de cosa juzgada formal.”

“[...] constituye presupuesto inexcusable del tipo de proceso examinado, la existencia de un título ejecutivo, los requisitos intrínsecos de admisibilidad de la pretensión que configura el objeto de aquél deben determinarse, desde los puntos de vista subjetivo y objetivo, sobre la base de las constancias que figuran en el título respectivo y de los recaudos que, según la ley, condicionan su fuerza ejecutiva [...]” (PALACIO-ALVARADO VELLOSO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 9, pág. 174, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999).

Así, este Tribunal Superior indicó que, como regla, la excepción de inhabilidad de título debe limitarse al examen de los requisitos extrínsecos del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa (cfr. autos “Provincia del Neuquén c/ Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. s/ Cobro Ejecutivo”, Acuerdo nº 10/2009 del registro de la Secretaría Civil; “Medanito S.A. c/ Municipalidad de Cutral Có s/ Acción Procesal Administrativa”, R.I. nº 5897/2007 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias, entre otras).

Los recurrentes cuestionan a través de la defensa esgrimida la calidad de sujeto pasivo de la relación procesal como, asimismo, la indicación de la vinculación tributaria. Exponen que la provincia tendría que haber emitido una nueva boleta de deuda en la cual los sujetos pasivos fueran los herederos y no como se hizo –en definitiva- situando a la sucesión de Rodolfo Carlos Irizar como sujeto pasivo.

Sobre los planteos esgrimidos, esto es la naturaleza de la “sucesión”, por no ser persona, lo cual impide formar una relación jurídico procesal válida en el proceso judicial, es preciso manifestar que no hay duda alguna -y en ello se coincide- que la sucesión no es persona jurídica. Por ende, no puede ser sujeto en el juicio. No tiene capacidad por si para contraer obligaciones ni adquirir derechos. Son las personas físicas de los herederos forzosos -aquellos que se encuentran investidos de la posesión hereditaria por ley automáticamente- los legitimados para ser demandados por las deudas del causante y las consecuencias emergentes del patrimonio relicto.

Ahora bien, esto último no conduce necesariamente a desconocer la existencia de una relación jurídica tributaria, en la que se sindica como sujeto pasivo de ésta última a la “sucesión de Irizar Rodolfo Carlos”.

En este caso particular, la calidad de sujeto contribuyente proviene de la propia inscripción (al impuesto a los ingresos brutos) llevada a cabo por los herederos conforme se desprende de las constancias acompañadas por la cónyuge supérstite a fs. 28/31. Sumado a ello, la deuda que se pretende cobrar consiste en tributos que se encuentran impagos desde el año 2000, es decir con posterioridad al fallecimiento del Sr. Rodolfo Carlos Irizar (Cfr. fs. 174 –proceso sucesorio iniciado en el año 1985-); por lo que se está frente a una obligación emergente del patrimonio de la sucesión.

En ese marco, se advierte que los argumentos que exponen los recurrentes –con tanta insistencia- son utilizados inadecuadamente y pretenden imponerlos para desbaratar el compromiso de pago del tributo y sortear el proceso judicial para satisfacerlo. Cuestionar la calidad, que por acto propio procuraron en sede administrativa, hace inaudible su invocación como defensa. No pueden poner en duda que la “Sucesión de Irizar Rodolfo Carlos” sea sujeto tributante ante la Dirección Provincial de Rentas, si así lo inscribieron en dicha repartición conforme constancias que se acompañan a fs.28/31, en las que se desprende como

domicilio fiscal y comercial la calle José Mercado Nro.419, consignándose los datos del heredero Juan José Cándido Irizar como componente de la sucesión.

Asimismo, es dable destacar que ante otros organismos fiscales –A.F.I.P.- dicho heredero se presenta como administrador de la sucesión y se denuncia como domicilio el consignado supra (cfr. fs. 33 y sigs. acompañadas por la conyugue supérstite-).

Los excepcionantes pretenden infructuosamente arroparse como “sucesión” e investirse de la calidad de ente despersonalizado. Pero sin embargo, actúan en el mundo comercial y jurídico, son empleadores, tributan ante la A.F.I.P., poseen cuenta bancaria. Pero, al tiempo de serles reclamada la tributación, cuestionan la calidad de sujeto pasivo manifestando que en sede administrativa se tendría que haber intimado a cada uno de los herederos en sus domicilios reales, contradiciendo sus propia argumentación al oponer la excepción (Cfr. fs.74) mediante la cual se sindicaba a la “sucesión” como sujeto pasivo de la relación jurídica procesal y a quien el fisco debió perseguir por los conceptos reclamados (Cfr. fs.74).

De ahí, que se está ante una defensa en sí misma contradictoria y en la cual no se ha logrado acreditar que se encuentre comprometido el debido proceso ni el derecho de defensa en juicio de los herederos.

En el caso están dados –como bien expone la Cámara sentenciante- todos los presupuestos básicos de la acción ejecutiva, en tanto los instrumentos se bastan a sí mismos y constituyen títulos hábiles para el cobro judicial conforme los artículos 106 y 107 del Código Fiscal. Por lo que los agravios vertidos por los demandados, en este aspecto, debe ser también desestimados.

III. De conformidad con lo prescripto por el Art. 17º, inc. c), de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio y, al respecto, teniendo como norte lo dicho supra respecto de las facultades de las legislaciones locales para legislar lo atinente a la prescripción de las obligaciones tributarias, corresponde adentrarme en el análisis de los periodos reclamados de conformidad con las disposiciones del Código fiscal vigente al momento de la determinación del tributo.

Sobre este aspecto, han de seguirse los lineamientos trazados en la causa "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VÍA BARILOCHE S.R.L. S/ APREMIO” (Ac. 50/15) respecto del cómputo de la prescripción cuando media una determinación de oficio por parte de la Dirección Provincial de Rentas del impuesto a los ingresos brutos.

Allí se dijo:

“Al ser la prescripción un medio de extinción de la obligación, su cómputo comienza a correr desde que la pertinente acción puede ejercerse. Por ello, para determinar el inicio del plazo de tal medio extintivo, corresponde precisar cuándo el sujeto pasivo de la relación tributaria estuvo obligado al pago y, consiguientemente, cuándo el Fisco pudo iniciar el proceso de cobro.

Estos extremos surgen con claridad de la Resolución Administrativa Nro. 713/DPR/01 que obra en el Expediente Nro. 2753-13006/01 agregado por cuerda a los presentes actuados. Allí se estableció en su Art. 3°: “Los importes determinados conforme el Art. 1° de la presente Resolución deberán ser ingresados dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la misma. Vencido dicho plazo se iniciarán las acciones tendientes a obtener el cobro por vía de apremio a cargo de la Fiscalía de Estado.

En otras palabras, la deuda que se reclama en los presentes se tornó exigible el día del vencimiento para el pago, que está dado a los 10 días hábiles contados desde la notificación de dicha determinación el 18 de diciembre de 2001 (cfr. fs.218 y vta. del expediente administrativo).”

En el presente caso, el plazo de prescripción para iniciar el juicio de apremio no debe computarse desde los periodos objeto de verificación sino desde que el acto de determinación se encontraba firme.

Tal como lo expuso la propia actora al contestar las excepciones opuestas a la demanda, el Código Fiscal contiene dos plazos de prescripción de las acciones y poderes fiscales:

a) el plazo del ente recaudador para determinar la deuda y

b) el plazo para iniciar la ejecución, vía apremio fiscal, de una deuda ya determinada.

Conforme las constancias de autos, mediante la Resolución Nro. 740 del 17 de noviembre de 2005 se determina deuda por ingresos brutos por los periodos que van desde el 01/2000 al 12/2004. Se efectúa el cruce de información con la A.F.I.P., detectando la declaración de bases imponibles para ciertos periodos de los años 2000, 2001 y la totalidad de 2002, 2003 y 2004.

Así, se determina una base imponible presunta de cálculo para los periodos no informados por el contribuyente mediante un promedio de las bases imponibles de la A.F.I.P.

La resolución establece en su Art. 3° que los importes determinados conforme el Art. 1° de la presente resolución deberán ser ingresados dentro de los 10 días hábiles de notificada la presente. Vencido dicho plazo se iniciarán las acciones tendientes a obtener el cobro por vía de apremio.

Conforme la boleta de deuda de fs.3/5 dicha resolución fue notificada el 22 de noviembre de 2005 al domicilio fiscal del sujeto contribuyente –sucesión de Irizar Rodolfo Carlos- denunciado conforme constancias de fs.28/31.

Ergo, la prescripción de la acción para el cobro de la deuda determinada por la administración empieza a correr desde los diez días

de que se notificó la determinación impositiva. Ello por cuanto –insisto- no se está en presencia de un reclamo por falta de pago de impuestos, tasas o contribuciones que se deben abonar automáticamente sino que se trata de una actuación administrativa por la cual se investigó la conducta fiscal del contribuyente y, en tal sentido, resultan de aplicación los párrafos cuarto y quinto del artículo 126 del Código Fiscal.

De ahí que los periodos reclamados en la boleta de deuda Nro. 14909 no se encuentran prescriptos, tomando en consideración que la determinación se efectuó el 17 de noviembre de 2005, fue notificada el 22 de noviembre de 2005 y la demanda de apremio fue iniciada el 28 de agosto de 2009.

Y si bien no me pasa por alto que al momento en que la Administración genera la determinación del tributo hay periodos que la parte demandada podría considerar prescriptos por superar el plazo de cinco años establecido por la normativa legal (los que van desde el 01 al 11 de 2000, tomando como referencia el vencimiento del anticipo inserto en la boleta de deuda), lo cierto es que resulta de aplicación el primer párrafo del Art. 126 del Código Fiscal por el cual se difiere el inicio del cómputo de la prescripción al 1° de enero del año siguiente.

Y, en la especie, no se vislumbra que el precepto legal referenciado vulnere la pauta de razonabilidad desarrollada por este Tribunal en el precedente “PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ BAGGIO HORACIO HAROLDO S/ APREMIO” (Ac. 22/15 ya citado) pues, al ser un gravamen que se determina por declaración jurada del contribuyente, redactada conforme al ingreso bruto devengado durante el periodo fiscal que, es el año calendario, exigiéndose anticipos, y sumado ello a la cantidad de contribuyentes y la diversidad de plazos de vencimientos, son extremos que convalidan la necesidad de la Administración de uniformar el ejercicio de las acciones fiscales a efectos de facilitar su percepción.

Para finalizar, en punto a la multa impuesta mediante Resolución Nro.904 del 2005 ha de seguirse igual tesitura ya que, conforme el análisis constitucional previamente efectuado y por el cual las acciones judiciales que asisten a las obligaciones tributarias -materia de esta litis- prescriben con arreglo al Código Fiscal de la provincia, el plazo de prescripción es el de 5 años y no como establece la Cámara sentenciante de dos años.

Por lo que, al respecto, la obligación reclamada no se haya prescripta.

Sobre la base de los motivos expresados en los considerandos anteriores, la excepción de prescripción opuesta por los demandados no ha de prosperar, mandándose a llevar adelante la ejecución por la deuda reclamada en las boletas de deuda Nros. 14909 Y 14977I que ascienden a $626.777,96 por capital y sus intereses al 31/07/09, suma que devengará desde esa fecha y hasta el efectivo pago los accesorios a la tasa fijada por el Tribunal de origen.

IV. Con relación a la tercera cuestión, las costas de todas las instancias serán impuestas a la demandada perdidosa, dejándose sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas, debiendo readecuarse al nuevo pronunciamiento y conforme la Ley Arancelaria Nro. 1.594 y su modificatoria Ley Nro. 2.933 (Arts. 68 y 279 del C.P.C. y C. y 12° de la Ley Ritual).

Asimismo, y en virtud de lo resuelto, corresponde disponer la devolución del depósito efectuado por la actora, cuyas constancias lucen a fs. 278 y 397 (Art. 11° de la Ley 1.406) y ordenar la pérdida del realizado por los demandados conforme lo oblado a fs. 303 y 403, en virtud de lo prescripto por el Art. 10º de la Ley Casatoria, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial Nº1.971.

VI. Con base en todas las consideraciones vertidas propongo al acuerdo: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la actora, a fs. 279/300 vta., conforme lo considerado, y CASAR el decisorio de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, laboral y de Minería de la ciudad de Zapala, obrante a fs. 264/272 vta., por haber incurrido en la causal de infracción legal alegada por la actora. 2°) De conformidad con lo dispuesto por el Art. 17, inc. c), del Rito, acoger la apelación deducida por la parte actora y, en consecuencia, REVOCAR PARCIALMENTE el decisorio de Primera Instancia, obrante a fs. 185/193 vta., declarando la constitucionalidad de los preceptos del Código Fiscal alegados. En consecuencia, rechazar en su totalidad las excepciones opuestas por los demandados, mandando llevar adelante la presente ejecución por el total de lo reclamado en autos, con más los intereses que se calcularán conforme a lo considerado. 3°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por los demandados 4°) Imponer las costas de todas las instancias a los demandados perdidosos, dejando sin efectos los honorarios regulados en las instancias anteriores (Arts. 12 L.C., 68 y 279, del C.P.C. y C.); 5°) Disponer la devolución del depósito efectuado por la actora, cuyas constancias lucen a fs. 278 y 397 (Art. 11° de la Ley 1.406) y ordenar la pérdida del efectuado por los demandados conforme lo oblado a fs. 303 y 403, en virtud de lo dispuesto por el Art.10º de la Ley Casatoria, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial Nº1.971. 6º) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen. MI VOTO.

El señor Vocal doctor Ricardo T. Kohon, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Oscar E. Massei y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Ministerio Público Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la actora, a fs. 279/300 vta., conforme lo considerado, y CASAR el decisorio de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Zapala, obrante a fs. 264/272 vta, por haber incurrido en la causal de infracción legal alegada por la actora. 2°) De conformidad con lo dispuesto por el Art. 17, inc. c), del Rito, acoger la apelación deducida por la parte actora y, en consecuencia, REVOCAR PARCIALMENTE el decisorio de Primera Instancia, obrante a fs. 185/193 vta., declarando la constitucionalidad de los preceptos del Código Fiscal alegados. En consecuencia, rechazar en su totalidad las excepciones opuestas por los demandados, mandando llevar adelante la presente ejecución por el total de lo reclamado en autos, con más los intereses que se calcularán conforme a lo considerado. 3°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por los demandados. 4°) Imponer las costas de todas las instancias a los demandados perdidosos. DEJAR SIN EFECTO los honorarios regulados en las instancias anteriores, los que deberán readecuarse en la instancia de origen al nuevo pronunciamiento y REGULAR los emolumentos de los letrados intervinientes: Dres. ... y ... -apoderados de la actora-, ... –patrocinante y Fiscal de Estado- y al Dr. ... –patrocinante de la parte demandada- 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 (Art. 15 de la Ley de Aranceles). 5°) Disponer la devolución del depósito efectuado por la actora, cuyas constancias lucen a fs. 278 y 397 (Art. 11° de la Ley 1.406) y ordenar la pérdida del efectuado por los demandados conforme lo oblado a fs. 303 y 403, en virtud de lo dispuesto por el Art.10º de la Ley Casatoria, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial Nº1.971. 6º) 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

“GIL DEMETRIO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GÉNERICAS” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 66994/2014) – Acuerdo: 17/17 – Fecha: 30/06/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordinarios locales.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. PROCEDIMIENTO LABORAL. REPRESENTACION PROCESAL. GESTOR PROCESAL. FALTA DE RATIFICACION TEMPESTIVA DE LA GESTION. NULIDAD DE TODO LO ACTUADO. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO.

1.- El Código prevé, la figura del gestor como un supuesto de excepción a la exigencia de acompañar el poder o su copia con la primera actuación que se realice en el juicio (Art. 47 del C.P.C.C. –Art. 54, Ley 921-), e impone a quién invoque tal franquicia, la obligación de adjuntar la documentación pertinente, dentro de un plazo perentorio, bajo pena de nulidad.

2.- Procede declarar improcedente el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto contra el resolutorio de la Cámara Provincial de Apelaciones -Sala II- que confirma la decisión que declaró la nulidad de lo actuado y tuvo por incontestada la demanda, pues se advierte que la ratificación de la gestión y acreditación de personería, fue un acto realizado en forma

extemporánea. Dicha solución no hace más que aplicar el procedimiento laboral regulado en el orden provincial en la Ley 921. No resulta violatoria de garantía constitucional alguna la norma que impone la carga de acreditar la representación que se invoca –Art. 9 del citado ordenamiento adjetivo-. A su vez, la recurrente pudo ejercer su derecho de defensa en juicio.

3.- Conforme el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no cabe proclamar la configuración de exceso ritual si los jueces apoyan sus conclusiones en preceptos adjetivos vigentes no impugnados de inconstitucionales, como también que, a través de tal doctrina, no pueden salvarse las acciones u omisiones que el interesado pudo haber impedido, de haber actuado diligentemente.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 17. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los treinta (30) días de junio de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada de conformidad con lo dispuesto por 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: “GIL DEMETRIO C/ PRAXAIR ARGENTINA S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GÉNERICAS” (Expte. Nro. 66994 - Año 2014).

ANTECEDENTES:

I. A fs. 613/632 vta. la demandada –PRAXAIR ARGENTINA S.R.L.- mediante apoderado, deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley contra la resolución dictada a fs. 606/611 por la Cámara Provincial de Apelaciones -Sala II que confirma la decisión que declaró la nulidad de lo actuado y tuvo por incontestada la demanda.

Corrido traslado, el actor responde a fs. 634/636 y solicita se declare inadmisible el remedio interpuesto.

Mediante Resolución Interlocutoria Nro. 39/2016, se admite el recurso deducido con sustento en las causales previstas por los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley N° 1.406.

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. En primer término corresponde referir que los hechos relevantes para la resolución de este recurso son:

1. Que el actor reclama indemnización por antigüedad, SAC, vacaciones, multas, diferencia de haberes, pago de preaviso y demás rubros conforme liquidación que practica contra las empresas SEGRUP ARGENTINA S.R.L. y PRAXAIR ARGENTINA S.A. con sustento en la relación laboral que –dice- lo unía con las citadas codemandadas.

2. A fs. 531/540 vta. se presenta SEGRUP ARGENTINA S.R.L. y contesta demanda.Mientras que, a fs. 541/551 vta. hace lo propio el doctor RODOLFO PAULO FORMARO en carácter de apoderado de la codemandada PRAXAIR ARGENTINA S.A., aunque manifiesta, junto a su patrocinante, que atento la perentoriedad del plazo para contestar demanda, invoca gestión procesal y que, conforme acreditarán oportunamente, vienen en representación de la citada codemandada

-18/11/2014-.

En lo que aquí respecta, a fs. 552 vta., se lo tiene por presentado, en el carácter de gestor procesal de la demandada PRAXAIR ARGENTINA S.A. En lo demás, queda supeditado a la devolución de la cédula directa librada -27/11/2014-.

A fs. 553/560 se adjunta el instrumento que acredita la representación invocada por el citado profesional y se ratifica todo lo actuado -4/12/2014-.

En tanto que, a fs. 566 se agrega escrito de la actora por el que peticiona se aplique el apercibimiento dispuesto por el Art. 9 de la Ley Nro. 921.

3. Previo a la agregación de esta última petición, la señora Jueza A-quo, declara la nulidad de la presentación de fs. 541/551 vta., y de todo lo actuado en consecuencia (fs. 561 y vta.).

Fundamenta que la demandada PRAXAIR ARGENTINA S.A. no ratificó la gestión efectuada por su letrado en los términos y plazos

previstos por el Art. 9 de la Ley Nro. 921.

Juzga que el cumplimiento del plazo determina la caducidad e imposibilita el cumplimiento posterior de los actos allí previstos.

Observa que el plazo otorgado por el citado Art. 9 es insusceptible de compurgación por consentimiento expreso o tácito de las partes, ya que –agrega- opera de forma automática la nulidad de todo lo actuado.

4. Este fallo es apelado por la demandada, quien expresa agravios a fs. 571/580; los que sustanciados, son contestados a fs. 584/585vta.

5. Que la Cámara Provincial de Apelaciones del interior, a fs. 606/611, confirma la resolución de Primera Instancia.

Para así resolver desestiman el planteo de ampliación del plazo para ratificar la gestión, en razón de la distancia, porque consideran que ella se aplica a los actos procesales que deben cumplirse fuera del lugar de asiento del juzgado y la ratificación es un acto que debe efectuarse dentro del lugar del asiento del tribunal.

Juzgan que, más allá de las apreciaciones del apelante referidas a que invocó la representación de la codemandada, cuando se presentó a contestar demanda invocó gestión procesal y se sometió a las reglas de dicho instituto,proveyendo la A-quo en consecuencia. Explican que tal situación es muy diferente de la deficiencia en la acreditación de la personería.

Encuentran irrelevante, a los fines de determinar la procedencia de la figura del gestor, la existencia o no de los instrumentos que acrediten personería, así como su fecha de otorgamiento, ya que –dicen- éste es un instituto de excepción que, fundado en razones de urgencia, tiene por válidas las presentaciones efectuadas sin acreditar personería más allá de que dicha representación efectivamente exista al momento de la presentación.

6. Como ya se consignó, este Tribunal decidió la apertura de la instancia casatoria con fundamento en las causales previstas en los incs. a) y b) del Art. 15° de la Ley Nro. 1.406.

A través de la primera invocada, la quejosa sostiene que la decisión en crisis yerra al aplicar el Art. 9° de la Ley Nro. 921 a una plataforma fáctica diferente a la del caso traído a revisión.

Arguye que, más allá de haber alegado una gestión procesal al contestar demanda, la presentación se hizo en calidad de apoderado de PRAXAIR ARGENTINA S.R.L. y, al propio tiempo, asumió el compromiso de acreditar la personería invocada.

Así, continúa, la realidad indica que el poder presentado –si bien tardíamente- data de la misma fecha en que contestó la demanda; razón por la cual nos encontramos en presencia de una acreditación tardía de personería y no, de una gestión procesal.

En orden a la causal del inciso b) del Art. 15° de la Ley Casatoria, expone que aún de considerarse aplicable al caso en análisis el citado Art. 9°, 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 mentada norma fue aplicada con un notorio rigorismo formal. De ese modo –agrega-, la Alzada quebranta la garantía constitucional de defensa en juicio.

En esa senda, sostiene que la resolución en crisis contraría lo dispuesto por este Alto Cuerpo en casos análogos. Cita las causas: “Provincia de Neuquén c/ Massa” y “Pucheta”, en orden al sentido rector que debe primar en el dictado de toda resolución judicial de naturaleza procesal, esto es, la protección de la garantía constitucional de defensa en juicio.

Para finalizar, 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.

7. A fs. 653/654vta. dictamina el señor Fiscal General quien considera que al contestar demanda el profesional invocó el carácter de gestor procesal por lo que mal podría pretender la aplicación del Art. 29 de la Ley Nro. 921 y que se lo intimara a presentar el instrumento pertinente.

Sentada la aplicación al caso del Art. 9 de la citada normativa laboral no advierte la existencia de exceso de rigor formal. Explica que la Judicatura anterior no ha hecho más que aplicar las consecuencias que, para el supuesto configurado en autos, prevé el citado artículo; ello en tanto –dice- la adjunción posterior del poder, si bien legitima al letrado para actuar como apoderado no subsana el mentado incumplimiento.

Propicia que se declare improcedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la demandada.

II. Sentado lo expuesto, corresponde analizar la aplicación que la Cámara de Apelaciones efectuó, en el caso, 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).

El Código prevé, la figura del gestor como un supuesto de excepción a la exigencia de acompañar el poder o su copia con la primera actuación que se realice en el juicio (Art. 47 del C.P.C.C. –Art. 54, Ley 921-), e impone a quién invoque tal franquicia, la obligación de adjuntar la documentación pertinente, dentro de un plazo perentorio, bajo pena de nulidad.

2. Ahora bien, cabe puntualizar que la situación fáctica de los presentes es disímil a la examinada en los autos "ACUÑA, ROSA LIDIA C/ LA CAJA DE SEGUROS A.R.T. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON A.R.T." (Expte. N° 7629 - año 2013), citados al momento de la apertura de esta instancia extraordinaria y que fueran materia de la reciente sentencia dictada por este Cuerpo mediante Acuerdo N°13/2017, del Registro de la Secretaría Civil.

Resulta determinante, en el caso, que la ratificación de la gestión y acreditación de personería, fue un acto realizado en forma extemporánea.

En los presentes, el doctor Formaro se presenta a contestar demanda invocando su calidad de apoderado de la demandada PRAXAIR ARGENTINA S.A. y, al mismo tiempo, fundado en la perentoriedad del plazo para contestar demanda invoca gestión procesal (fs. 541).

Posteriormente, presenta el instrumento pertinente y ratifica lo actuado (fs. 553/560), mas fuera del plazo establecido por el Art. 9° de la Ley Nro. 921, cuyo amparo había sido por él invocado.

Ello así, la pretensión de subsumir la situación, sin más, en lo dispuesto por el Art. 47 del C.P.C.y C., tal como exige el quejoso, no puede obtener respuesta favorable. Pues, ante la urgencia, la gestión procesal fue invocada y así proveído en la instancia de origen sin que dicho auto haya sido objeto de impugnación.

Tenemos entonces que, la gestión procesal fue efectivamente invocada, por lo que debía ser ratificada en el tiempo que establece el Art. 9 del ritual laboral, conforme fue señalado en las instancias anteriores y dictaminado en esta etapa por el señor Fiscal General, lo que no fue cumplido por la codemandada recurrente.

Sobre el punto, el Máximo Tribunal de la Nación ha establecido que la ratificación resulta extemporánea si se realizó una vez transcurrido el plazo legalmente previsto, sin que los interesados hubiesen convalidado la gestión invocada o el representante acompañado los instrumentos que acrediten su personería (FALLOS: 328:384; 328:4237).

Asimismo, que el vencimiento del plazo acarrea la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado por el mero transcurso del término perentorio y fatal (FALLOS: 327:517; 327:1694; 328:1144).

Conforme lo expuesto, en el caso, acreditada la representación invocada y ratificada la gestión fuera de plazo que legalmente correspondía, no se constata la infracción legal denunciada en la decisión que confirma la declaración de nulidad de todo lo actuado.

Dicha solución no hace más que aplicar el procedimiento laboral regulado en el orden provincial en la Ley 921.

No resulta violatoria de garantía constitucional alguna la norma que impone la carga de acreditar la representación que se invoca.

A su vez, la recurrente pudo ejercer su derecho de defensa en juicio.

Y ello así, siguiendo el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que no cabe proclamar la configuración de exceso ritual si los jueces apoyan sus conclusiones en preceptos adjetivos vigentes no impugnados de inconstitucionales, como también que, a través de tal doctrina, no pueden salvarse las acciones u omisiones que el interesado pudo haber impedido, de haber actuado diligentemente.

En otras palabras, el exceso ritual manifiesto no está para soslayar las conductas negligentes de las partes (cfr. Néstor Pedro SAGÜÉS, Recurso Extraordinario, Edit. Astrea, Buenos Aires 2002, 4ª. Edición actualizada y ampliada, Tomo 2, págs. 214/215; y Acuerdo Nro. 13/2010 -"ENTE AUTÁRQUICO INTERMUNICIPAL CUTRAL-CO–PLAZA HUINCUL-, del Registro de la Actuaria).

Es que, la omisión imputable a la parte excluye todo posible menoscabo a la garantía de la defensa en juicio, cuyo ámbito no tutela la negligencia de los justiciables (FALLOS: 307:1012).

Al respecto, la Suprema Corte de Buenos Aires ha resuelto en forma reiterada: "[…] la doctrina del exceso ritual manifiesto no permite sustituir a los principios de índole procesal, que tienen también su razón de ser al fijar pautas de orden y seguridad" (conf. doct. causas Ac. 46.440, "Amigo de Seronero", sent. de 15/IX/1992, "Acuerdos y Sentencias", 1992-III-398; Ac. 56.306, "Correa", sent. de Por lo cual, se concluye en la improcedencia del remedio extraordinario intentado. VOTO POR LA NEGATIVA.

III. Que en lo atinente a las costas, propicio que se impongan las de esta etapa a la recurrente perdidosa (Art. 17º 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 NEGATIVA.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, de conformidad con el señor Fiscal General, SE RESUELVE: 1º) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada PRAXAIR ARGENTINA S.R.L., a fs. 613/632vta., por ende confirmar la sentencia dictada por la Cámara Provincial de Apelaciones –Sala II-, obrante a fs. 606/611. 2º) Imponer las costas de esta etapa a la recurrente en su condición de vencida (Art. 17º del ritual). 3º) Diferir la regulación de los honorarios correspondientes para su oportunidad (Art. 15° L.A.). 4º) Disponer la pérdida del depósito, cuya constancia obra a fs. 643 (Art. 10°, L.C.). 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos a origen.

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

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. EVALDO D. MOYA

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

“ROSSI ALBERTO ARTEMIO Y OTRO C/ DEHAIS JOSÉ S/ INTERDICTO DE RECOBRAR” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 158/2007) – Acuerdo: 19/17 – Fecha: 09/08/2017

HONORARIOS DE LOS ABOGADOS. REGULACION DE HONORARIOS. BASE REGULATORIA. UNIDAD DE MEDIDA JUS. INAPLICABILIDAD. MONEDA DE CURSO LEGAL. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. INFRACCION A LA LEY.

1.- Resulta procedente el Recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por los abogados en el doble carácter de apoderados y patrocinantes de los actores, contra la resolución de la Cámara de Apelaciones que imponiendo las costas en el incidente de tasación a esa parte, fija los honorarios de dichos profesionales por las tareas desarrolladas en base a la modalidad de regulación por unidad de honorarios “JUS”, por lo que alegan la errónea aplicación de la ley o la doctrina legal en punto a los Arts. 8° y 9° de la Ley 1.594 como, asimismo, la violación de los Arts. 7° y 10° de la Ley 23.928 –sustituidos por Ley 25.561- y la inaplicabilidad del Art. 619 del Código Civil de Vélez Sársfield [actual Art. 766 con diferente redacción], asistiendo razón a los recurrentes respecto de la infracción legal denunciada, en tanto las resoluciones de las instancias anteriores hacen depender el efecto cancelatorio de una obligación por una unidad de medida (JUS) distinta de la moneda de curso legal y con tal proceder no solo se incurre en la aplicación errónea de las propias disposiciones de la ley arancelaria local sino que, también refleja la violación del sistema republicano de división de poderes por arrogarse el Tribunal de grado y la Cámara confirmante facultades legislativas al admitir el ajuste por depreciación cuando es un acto reservado al Congreso Nacional por disposiciones constitucionales expresas y claras, pues es quien tiene a su cargo la fijación del valor de la moneda y no cabe pronunciamiento judicial ni decisión de autoridad alguna ni convención de particulares tendientes a su determinación (FALLOS 225:135; 226:261 y sus citas; 328:2567 y causas ya citadas precedentemente). Por tanto, las regulaciones de los honorarios profesionales ya

practicadas deben ser establecidas en moneda corriente y no en unidades de honorarios –JUS- al tiempo en que cada una de ellas fuera fijada.

2.- Si bien la cuestión reviste aristas de excepcionalidad, por tratarse de materia en principio ajena al ámbito casatorio, en virtud de lo prescripto por el Art. 58 de la Ley Arancelaria, en orden a la irrecurribilidad de los honorarios regulados por las Cámaras de Apelaciones, Tribunales de Instancia única o por el Tribunal Superior, tal límite está referido a la regulación en sí misma, tanto respecto de su monto, cuanto a las pautas ponderadas por el tribunal para su determinación, por lo que se admite su tratamiento cuando se advierte que la fijación cuestionada afecta principios, derechos o garantías constitucionales, en supuestos de irrazonabilidad o por apartarse de las prescripciones legales (cfr. R.I. Nº98/08, 218/11, 168/13, y Acuerdos Nº21/07, 55/13, 5/14).

3.- La base que se haya tenido en cuenta para determinar la suma resultante; ya que cualquiera fuera ella (la unidad del Art. 9°, la escala del Art. 7° con su correlativo Art. 20° o el procedimiento previsto en el Art. 24° para determinar el valor de los muebles e inmuebles) forzoso es concluir que dicho monto debe ser inequívocamente traducido en moneda corriente (Cfr. S.C.B.A. causa P. 47.356, “Ugalde, Sandra Luciana. Denuncia” (22/02/1994).

Texto completo:

ACUERDO NRO. 19. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los nueve (09) días de agosto de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores OSCAR E. MASSEI y MARÍA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la subsecretaria Civil, doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “ROSSI ALBERTO ARTEMIO Y OTRO C/ DEHAIS JOSÉ S/ INTERDICTO DE RECOBRAR” (Expte. Nro. 158 - Año 2007).

ANTECEDENTES: A fs. 1601/1640 los Dres. Roberto Bernardino IZUEL y Laureano GUERENDIAIN –en el doble carácter de apoderados y patrocinantes de los actores FERNANDO CARLOS MUÑOZ DE TORO Y ALBERTO ARTEMIO ROSSI-, deducen recurso por Inaplicabilidad de Ley contra la resolución de la Cámara de Apelaciones del Fuero, con asiento en San Martín de los Andes, obrante a fs. 1587/1593 vta., que hace lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Dr. Raúl Jafella y, en consecuencia, revoca la forma de imposición de costas en el incidente de tasación, las cuales quedan a cargo de la parte actora. En virtud de ello, regula los honorarios de dicho profesional, por las tareas desarrolladas -por derecho propio- en el incidente mencionado, en la cantidad de 70 JUS. Asimismo, rechaza los recursos de apelación interpuestos por la actora, el perito Pedro Filippi y el Dr. Mario Sortino en todo lo que ha sido materia de recursos y agravios, sin imposición de costas en la Alzada por ausencia de contradicción.

Corridos los pertinentes traslados, los interesados guardan silencio.Mediante Resolución Interlocutoria Nro. 263/15, se declara admisible el remedio por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por los actores por las causales previstas en los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley Casatoria.

A fs. 1663/1665 vta. dictamina el Sr. Fiscal General, quien propicia se declare procedente el remedio incoado por los actores por las causales alegadas.

Considera que la sentencia cuestionada vulnera la ley 23.928 y aplica erróneamente el Art. 9 de la Ley 1.594.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, 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: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. OSCAR E. MASSEI, dice:

I. 1. En primer término, resulta pertinente referir que el tema que nos convoca se presenta en el trámite incidental que prevé el Art. 24 de la Ley 1.594 para la determinación del valor de los bienes inmuebles que fueran objeto del proceso en el cual se impusieron las costas a los actores por el rechazo de la demanda en el interdicto de recobrar la posesión que oportunamente promovieran en

estos autos los Sres. Fernando Carlos Muñoz de Toro y Alberto Artemio Rossi -titulares dominiales de un tercio indiviso cada uno-, contra el Sr. José Dehais -titular del tercio restante-, en el condominio sobre el inmueble conocido como establecimiento Fortín Nogueira de la localidad de Piedra del Águila.

2. Luego de varios planteos procesales efectuados por las partes y sus letrados y ante la falta de acuerdo en torno al valor del inmueble consignado en la pericia del Ing. Filippi, el 5 de agosto de 2011 se ordena la realización de una tasación especial, siendo desinsaculado el martillero público Gerardo Mora quien presenta su informe el 7 de septiembre de 2001 y tasa el inmueble en U$S 3.245.600 a razón de U$S 100 la hectárea.

Dicha pericia fue impugnada por el Dr. Mario Sortino –en su carácter de apoderado del Ing. Filippi- y por los Dres. Brasca, Sánchez y Esandi –letrados apoderados del Dr. Jafella-.

A fs. 1436 y 1463 el perito contesta las impugnaciones efectuadas a su dictamen.

3. Por resolución interlocutoria del 3 de junio de 2013 (cfr. fs. 1518/1523 vta.) el juez de grado determina el valor de los inmuebles que componen el Establecimiento Fortín Nogueira, tomando como referencia el precio consignado en la pericia practicada por el perito Mora, circunscribiéndolo al 66% de la totalidad del inmueble y con aplicación de la reducción establecida en el Art. 33 de la L.A. Por consiguiente, determina el monto del proceso en la suma de $9.095.425,29.

Sobre dicha base procede a regular los honorarios de los profesionales intervinientes por la actuación que les cupiera en los autos principales y comprensivas de las distintas incidencias en él generadas, en unidades de JUS a saber: al Dr. Jafella se le regula en una suma de dinero equivalente a la cantidad de 5.185 JUS; los del Dr. Ricardo Muñoz del Toro en una suma de dinero equivalente a la cantidad de 1.452 JUS; a los Dres. Laura Lepez Balboa y Fernando Muñoz de Toro en un monto equivalente a la cantidad de 3.630 JUS, en conjunto, teniendo en consideración las pautas brindadas por los Arts. 6, 7, 9, 10, 24, 33 y 39 de la Ley 1594.

Seguidamente, impone las costas de la presente incidencia en el orden causado.

Asimismo, en el punto IV se regulan los honorarios generados por la incidencia del Art. 24 de la Ley arancelaria teniendo en consideración que la tarea de mayor relevancia ha sido llevada a cabo por los peritos y que, de manera inversa a lo que sucede en el proceso principal, las retribuciones de los letrados deben ser proporcionales a la de los expertos y compatibles con el mérito e importancia de la tarea llevada a cabo. De igual modo procede a regular en unidades de JUS a los peritos Mora y Filippi y a los Dres. Izuel; Guerendiain; Arias; Comas; Brasca; Sánchez; Esandi; Balboa; Rodrigo y Juan Ignacio Scianca; Urquizu; Espejón; Fernández Menta; Díaz Villar y Sortino –a cargo exclusivo del Ing. Filippi-.

Luego en el punto V regula los estipendios profesionales por la incidencia generada a partir de la solicitud de participación como terceros en el proceso que fuera rechazada a fs. 356. Determina los honorarios de las Dras. Balboa y Urquizu en unidades de JUS. Igual tesitura sigue para regular los estipendios generados por la incidencia planteada a fs. 1256/1259 –rechazada a fs. 1258/1259 vta.-, aclarando que fueron realizadas teniendo en consideración las pautas brindadas por los Arts. 6, 7, 9 y 10 de la Ley 1594, debiendo ser solventados dichos emolumentos por sus representados.

Por último, en el punto VI hace constar que los honorarios regulados se calcularán de acuerdo al valor JUS al momento de quedar firme la regulación y deberán abonarse en el plazo de 10 días corridos con más el porcentaje correspondiente al IVA si el beneficiario acredita su condición de responsable inscripto frente al tributo.

4. Dicha resolución es apelada por los profesionales intervinientes y la parte actora.

5. En primer lugar, a fs. 1558 y vta. apela el perito Pedro Filippi, por considerar bajos sus emolumentos. En igual presentación apela el Dr. Mario Sortino -por su propio derecho- e invocando idéntico motivo que su representado.

Sendos memoriales son fundados en la desproporción existente con la regulación del Dr. Jafella, confeccionando una regla de tres simple para poner en evidencia tal aserto.

En sustento de su queja el Dr. Sortino también agrega que desarrolló extensos trabajos e innumerables gestiones de notificación hasta llegar al auto regulatorio.

6. A fs. 1559/1565 apela sus honorarios el Dr. Raúl Jafella, presentación en la cual también expresa los fundamentos de su recurso.

La primera crítica la dirige a las progresivas deducciones que el A quo fue realizando al monto del proceso hasta arribar al que finalmente determinó como base regulatoria.

Asegura que la reducción a las 2/3 partes de la estancia es arbitraria porque los profesionales debieron atender un triple accionar judicial dentro del cual incluye las labores por la medida cautelar innovativa que acompañó a la demanda interdictal y las desarrolladas en el incidente de administración. Enumera los actos de hecho ejecutados por los actores en la totalidad del campo los cuales –a su criterio- demostrarían que el 66% invocado en el escrito inicial fue completamente teórico. Pues, concluye que la labor profesional se desarrolló sobre la totalidad de la Estancia Fortín Nogueira.

A continuación, se agravia por entender que no se ha tomado el valor real y actual del inmueble porque debió haberse acudido al peso, como moneda de curso legal, y no al valor dólar.

En tercer lugar, se queja de las pautas de regulación tomadas por el A quo, entre las que enumera la citada reducción de la base regulatoria, la elección de la tasación en dólares estadounidenses, la conversión en pesos tomando el dólar oficial y no el "Blue" o paralelo y, finalmente la regulación en JUS en lugar de pesos.

Por último, se agravia de la imposición de las costas en el orden causado en el procedimiento de regulación. Indica que su estimación en el año 2004 guarda mucha similitud con la del perito Mora, lo que no sucede con la estimación de la parte actora.

Además, indica que la repartición de las costas en el orden causado resulta contraria a lo ya resuelto por la Cámara de Apelaciones que ordenó imponerlas al actor Muñoz de Toro y a lo dispuesto por este Tribunal Superior al declarar inadmisible la casación intentada por éste último.

7. A fs. 1568 apela la resolución la parte actora, expresando agravios a fs. 1571/1574 vta.

En primer lugar, apela la totalidad de los honorarios regulados por resultar elevados.

En segundo lugar, se agravia por la utilización del JUS como unidad de regulación en lugar de la moneda de curso legal –peso-.

Considera que tal proceder encierra un mecanismo de repotenciación y actualización de la deuda que se encuentra prohibida por el Art. 7° de la Ley de Convertibilidad. Cita jurisprudencia y doctrina en aval de su postura.Desarrolla la función y finalidad de la "Unidad de honorarios profesional" la cual fuera, a su entender, la posibilidad de determinar los honorarios mínimos, más no la de actualizar las condenas por dicho concepto.

Realiza una comparación entre la evolución del valor del JUS y de la tasa activa del B.P.N. para demostrar las potenciales consecuencias gravosas que implica para su representante la utilización de la unidad de honorarios profesional como parámetro de regulación.

Además, sostiene que el uso del JUS contraviene la prohibición de indexar las deudas conforme lo dispone la Ley 23.928.

Por último, trae a colación un fallo de este Tribunal en autos "Segovia Raúl Wenceslao c/ Fluodinámica S.A. s/ despido por otras causales" en el cual este Cuerpo se pronunció sobre un tema conexo, cual es la imposibilidad de incluir los intereses en la base regulatoria por encontrarse vigente la citada prohibición de actualizar deudas.

8. A fs. 1587/1593 vta. obra la resolución de la Cámara de Apelaciones civil del interior –sala II-, con asiento en la ciudad de San Martín de los Andes, la cual hace lugar parcialmente al recurso interpuesto por el Dr. Jafella y, en consecuencia, revoca la imposición de costas en el incidente de tasación, las cuales quedan a cargo de la parte actora. En virtud de ello, regula los honorarios del Dr. Jafella por las tareas desarrolladas por derecho propio en dicho incidente en la cantidad de setenta JUS. Aclara que los honorarios deberán ser cancelados dentro de los diez días de quedar firme la regulación, debiendo adicionarse el porcentaje correspondiente a la alícuota del I.V.A. en caso de que los beneficiarios acrediten su condición de "responsables inscriptos" frente al tributo.

Por consiguiente, se rechazan los recursos de apelación interpuestos por la actora, el perito Filippi y el Dr. Mario Sortino, sin imposición de costas en la Alzada por la inexistencia de contradicción.

En primer término, sostiene que no existen motivos para repartir las costas del incidente cuando la estimación del recurrente es equivalente a la del perito tasador. Por ello y al considerar que las oposiciones e impugnaciones de la actora no tenían razón de ser, impone las costas del incidente a cargo de esta última parte.

Luego, en lo que aquí interesa, trata el tema de la regulación expresada en JUS y la imposibilidad de calcular intereses al importe de condena.

Sobre este aspecto, considera que la unidad de medida de JUS se caracteriza por mantener la regulación a valores actuales, circunstancia que descarta el perjuicio por mora en la cancelación de la deuda.

Sostiene que no existe razón al letrado recurrente –Dr. Jafella- cuando asevera que el JUS impide añadir intereses pues estos se asocian con la mora del deudor. Aclara que, llegado el caso, si el condenado en costas no cancela la deuda, el letrado podrá ejecutar la sentencia, liquidar su crédito de conformidad al valor del JUS vigente y añadir los intereses moratorios que se hubieran generado, hipótesis que vuelve a demostrar la ausencia de agravio del Dr. Jafella en este punto.

Como consecuencia de la modificación de quien carga con las costas del incidente de tasación procede a regular los honorarios al Dr. Jafella por su actuación en derecho propio en la cantidad de setenta JUS.

Luego ingresa al tratamiento de la apelación de los co-actores.

En lo que concierte –concretamente- a la apertura de la instancia extraordinaria, que es la crítica dirigida a la utilización del JUS como unidad de regulación, la Cámara sentenciante señala que dicho agravio no resulta atendible puesto que el obligado al pago tenía la posibilidad de notificarse personalmente del auto regulatorio y depositar el importe de condena según el valor del JUS

vigente a dicha fecha. Si así no lo hizo –sostiene- y con el transcurso del tiempo el JUS incrementó su valor, el encarecimiento de la condena obedece a la voluntaria dilación en el cumplimiento.

Añade que, esta circunstancia, queda en evidencia cuando el apelante hace la comparación entre el incremento que ha tenido en estos años el JUS y la tasa activa, pues quien se preocupa por la evolución de la tasa de interés reconoce la posibilidad de incurrir en mora.

También, descarta el argumento basado en la pretendida violación a la Ley arancelaria que el apelante le atribuye a la resolución recurrida por un supuesto apartamiento de la finalidad tenida en cuenta por el legislador al instituir el JUS. Expone, al respecto, que sin perjuicio de que la unidad de honorario otorga al juez un parámetro objetivo al que acudir cuando deba regular honorarios mínimos, en ningún pasaje de la ley 1.594 existe una prohibición de utilizarla en supuestos en que puedan fijarse los emolumentos aplicando las escalas arancelarias del Art. 7° y concordantes.

Concluye que así como no se puede permitir la especulación del acreedor en que la tasa de interés evolucione más rápido que el valor del JUS tampoco es aceptable el supuesto inverso previsto desde la posición del deudor.

9. Que, contra dicho resolutorio, los co-actores Fernando Carlos Muñoz de Toro y Alberto Artemio Rossi obtienen la apertura de la instancia extraordinaria que se transita, por vía de Inaplicabilidad de Ley, fundando su pieza recursiva, en los incisos a) y b), del Art. 15 de la Ley 1.406.

Denuncian que la sentencia en crisis infringe los Arts. 7° y 10° de la Ley 23.928 –con las modificaciones de la Ley 25.561- como, asimismo, aplica erróneamente los Arts. 8° y 9° de la Ley 1.594 y omite aplicar el Art. 619 del Código Civil de Vélez Sarsfield [actual Art. 766 con diferente redacción].

Al respecto, exponen que las regulaciones de honorarios deben ser expresadas en pesos o moneda de curso legal y la deuda que de ello resulte tendrá efecto cancelatorio si la suma pagada responde al total de pesos o moneda de curso legal equivalente al valor de la cantidad de unidades JUS al momento del pago.

Transcriben los Arts. 8° y 9° de la Ley Arancelaria local y dicen que de ellos no surge que la regulación se haga en JUS sino, más bien, “lo que la ley está diciendo que el honorario habrá de resultar del ‘número de JUS’, es decir, de una suma de dinero que corresponde al momento de la regulación al valor del JUS” (Cfr. fs. 1634).

Luego, consideran que si este último valor se ajusta conforme aumente el sueldo de un Juez de Primera Instancia, dicho mecanismo opera como una forma de actualización de los honorarios ya regulados. Ello en tanto –señalan- pueden transcurrir varios años, hasta que la regulación quede firme, quedando sometido el obligado al pago con una repotenciación de deuda que está vedada por las leyes nacionales.

Desde esta tónica, afirman que la determinación de fs. 1518/1523 vta. produce a sus representados un pronunciado agravamiento de la obligación que les compete como obligados al pago de las costas y ello independientemente de la mora. Para probar tal aserto, efectúan los cálculos pertinentes, discriminando la evolución del JUS y de la tasa activa por el periodo que abarca de junio de 2007 hasta agosto de 2013.

Expresan que mantienen la cuestión federal e introducen una nueva por arbitrariedad sorpresiva.

II. 1. En primer término, corresponde señalar que la cuestión reviste aristas de excepcionalidad, por tratarse de materia en principio ajena al ámbito casatorio, en virtud de lo prescripto por el Art. 58 de la Ley Arancelaria, en orden a la irrecurribilidad de los honorarios regulados por las Cámaras de Apelaciones, Tribunales de Instancia única o por el Tribunal Superior.

Por ende, reservada –por vía de regla- al ámbito de actividad de los jueces de grado.

Tal límite está referido a la regulación en sí misma, tanto respecto de su monto, cuanto a las pautas ponderadas por el tribunal para su determinación. No obstante, se admite su tratamiento cuando se advierte que la fijación cuestionada afecta principios, derechos o garantías constitucionales, en supuestos de irrazonabilidad o por apartarse de las prescripciones legales (cfr. R.I. Nº98/08, 218/11, 168/13, y Acuerdos Nº21/07, 55/13, 5/14).

2. Tal es el caso de autos, donde la queja radica en una presunta ilegal actualización de estipendios profesionales fijados en base a la modalidad de regulación por unidad de honorarios “JUS”, alegando la errónea aplicación de la ley o la doctrina legal en punto a los Arts. 8° y 9° de la Ley 1.594 como, asimismo, la violación de los Arts. 7° y 10° de la Ley 23.928 –sustituidos por Ley 25.561- y la inaplicabilidad del Art. 619 del Código Civil de Vélez Sársfield [actual Art. 766 con diferente redacción].

3. Y, en este sentido, cabe rememorar que una de las funciones esenciales de la casación consiste en el control del estricto cumplimiento de la ley y de la doctrina legal. Es la más antigua misión que lleva a cabo dicho instituto, e implica cuidar que los Tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas sin violarlas, ni desinterpretarlas (cfr. HITTERS, Juan Carlos, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, La Plata: 1998, págs. 166 y 259, y en Ac. 12/12, entre otros).

En cumplimiento de esta función debe determinarse si media, en el caso, la infracción legal denunciada.

4. Que, al ingresar al tratamiento de los agravios planteados por los recurrentes, como primer medida, cabe señalar que la Ley Arancelaria Nro. 1594 plasma pautas generales y constituye una guía para cuantificar los estipendios de los profesionales intervinientes en los pleitos.

A partir de ella, se encarga al juez la tarea de regular los honorarios, desde una estructura cimentada fundamentalmente en el monto involucrado en el pleito.

El conjunto de los artículos de la normativa en cuestión permite llegar a una retribución justa y razonable, para otorgarle validez constitucional. (Acuerdo Nro. 5/09 del registro de la Secretaría Civil).

Su articulado tiende a preservar dos principios fundamentales:

"[…] por un lado, resarcir con justicia la labor del profesional y, por el otro, no crear a través de esta legislación una ley de privilegio o una ley que, en definitiva, pudiera estar en contra de los intereses de la comunidad […]" (Cfr. Tratamiento en general del proyecto de ley 1663 Periodo legislativo 1984 T. XII pág. 24. Expte. D-044/84).

5. Así, en nuestra ley de aranceles se regulan los honorarios de los abogados desde una estructura cimentada en: 1) una modalidad porcentual en la que se establece un mínimo y un máximo en función del monto del proceso como garantía para quienes deben soportar el pago del honorario y para sus beneficiarios (Art. 7° Ley 1.594) y pautas independientes de esa cuantía (Art. 6°, b) a f) con la que puede ocurrir que, en atención a ellas y a pesar de la identidad de valores económicos en debate, los honorarios puedan ser distintos; y 2) el empleo de una unidad de honorarios para aquellos casos en los cuales se establecen los mínimos legales o mínimos y máximos por labores extrajudiciales.

Respecto de la modalidad porcentual se establece en el Art. 7°:

"Los honorarios de los abogados, por su actividad durante la tramitación del asunto o proceso en primera instancia, cuando se tratare de sumas de dinero o bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, serán fijados entre el once por ciento (11%) y el veinte por ciento (20%) del monto del proceso. Si en el pleito se hubieren acumulado acciones o se hubiere deducido reconvención, se regulará el honorario teniendo en cuenta el resultado de cada acción. El honorario de los profesionales de la parte que pierda el pleito totalmente, se fijará tomando como mínimo el setenta por ciento (70%) del mínimo de la escala de este artículo, y como máximo el máximo de dicha escala."

El artículo transcripto reglamenta un porcentaje mínimo (11%) y otro máximo (20%) que el judicante deberá considerar a la hora de determinar los emolumentos profesionales por las actuaciones en los procesos susceptibles de apreciación pecuniaria y por las tareas desarrolladas hasta el pronunciamiento de mérito en primera o única instancia, siendo tarifadas las etapas recursivas (segunda o ulterior instancia) por la vía del Art. 15° de la L.A.

La elección del porcentaje a determinar en un supuesto concreto depende del criterio judicial y de las circunstancias del caso sobre la base de las pautas orientadoras normadas en el Art. 6°.

Este Cuerpo ha expresado, sobre este aspecto, que el Art. 7° de la Ley arancelaria local

"… establece una escala flexible y objetiva, que obliga al juez a aplicar una alícuota porcentual -cuyos límites mínimos y máximos no puede franquear sin violar la ley-, utilizando la elasticidad que esa misma escala le posibilita, en función de la totalidad de las pautas extraeconómicas contempladas en el Art. 6 (cfr. "Las escalas de honorarios, los mínimos y los límites de la discrecionalidad judicial"; Ure, Carlos E. - Finkelberg, Oscar G.; SJA 22/12/2004 -JA 2004-IV-6 predicho en Acuerdo Nro.5/09 ya cit.).

Lógicamente, en cada caso se tendrá en cuenta también el carácter de la actuación del letrado (Art. 10), si actúa mediante litisconsorcio (Art. 12°), las etapas laboradas (Art. 37 y ss.) y el tipo de proceso, debiéndose considerar, asimismo, que existen juicios con contenido pecuniario que se tarifan con las particularidades prescriptas en otras normas (por ej. Arts. 33, 35, 40 de la L.A.).

Además, para la aplicación de las escalas se debe establecer la base regulatoria sobre la cual extraer el porcentaje legal. Y ello obliga a recurrir de modo inevitable a lo establecido en el Art. 20°:

"En los juicios en que se reclame valor económico, la cuantía del asunto es el monto de la demanda, de la reconvención o el que resulte de la sentencia si este es mayor. En el caso de sumas de dinero, la base regulatoria para determinar los honorarios de los profesionales intervinientes está integrada, también, por los intereses devengados o los que se hubieran devengado en caso de rechazo total o parcial de la demandada a la fecha de cada regulación" (T.O. Ley 2933).

Como, asimismo, a lo dispuesto en el Art. 24 para aquellos asuntos en que versaren muebles o inmuebles, en los cuales la base regulatoria se determinará de conformidad con el procedimiento allí establecido.

Contrariamente a lo reseñado, cuando se deban regular los honorarios mínimos a percibir por la labor judicial y mínimos y máximos por asuntos extrajudiciales nuestra ley arancelaria remite a un sistema de retribución tarifada que está determinada sobre la base

de un número de “JUS”.

El Art. 8° del citado ordenamiento instituye con la denominación de “JUS” la unidad de honorario profesional del abogado o procurador que representa el UNO POR CIENTO (1%) de la remuneración total asignada al cargo de juez letrado de Primera instancia de la provincia, debiendo el Tribunal Superior de Justicia informar, del primero al quinto día de cada mes, a todos los organismos judiciales y a los colegios de abogados y procuradores de cada circunscripción judicial su valor.

Seguidamente, el Art. 9° fija los mínimos que correspondan por la labor judicial en causas susceptibles de apreciación pecuniaria, mínimos en asuntos no susceptibles de ser valorados económicamente y mínimos y máximos por la labor extrajudicial.

La norma contiene una unidad de medida estipendial denominada JUS arancelario que será tomada como patrón a los fines de computar los estipendios mínimos que correspondan por la labor judicial y mínimos y máximos por la extrajudicial. Es decir, refiere a una unidad de medida destinada a establecer un módulo con la finalidad de computar los emolumentos profesionales.

Tal patrón arancelario, pues, goza de la movilidad del nivel remunerativo de los jueces, periódicamente ajustables. Es decir, el JUS tiene un mecanismo propio de actualización, conforme se incrementen los salarios de los magistrados.

Con esta manda se asocia a magistrados y abogados bajo la misma suerte de incremento de sus retribuciones, con lo cual se reafirma el principio de que, a más de ser los principales colaboradores directos de aquéllos, están asimilados a éstos en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele (cfr. BERIZONCE, Roberto–MÉNDEZ, Héctor, Honorarios de abogados y procuradores: Ley 8904, Librería Editora Platense, La Plata, año 1979, pág. 51).

En suma, dicha modalidad se sustenta en un sistema de corrección automática cuyo objetivo es mantener el valor del honorario y de esta manera protegerlo de las variaciones económicas. De esta forma la base regulatoria se establece sobre los valores reales cercanos a la fecha de regulación. (Cfr. C.S.J.N. Fallo: 297:152).

La exposición de motivos de la Ley 1.594 es clara al respecto:

“[…] se ha querido instituir este JUS estableciéndolo en un porcentaje que automáticamente esté actualizado y conforme la realidad económica del país y de la Provincia al establecerlo en el 1% de la remuneración total asignada al cargo del juez letrado en Primera instancia de la Provincia del Neuquén […] En definitiva, el JUS es una unidad que tiene un sistema de actualización automática con la cual los jueces deben tomar la pauta para la regulación de honorarios […] (Tratamiento en particular ley 1.594).

Incluso, este sistema de retribución tarifada mínima guarda un razonable equilibrio con los intereses en juego y el debido respeto a la dignidad profesional de los abogados; es que este honorario básico, en tanto remuneración de un trabajo personal, es la reglamentación de la garantía constitucional a una “justa remuneración”.

“El mínimo contribuye a la dignidad del profesional, ofreciendo la posibilidad de acceder a una vida decorosa (Cfr. Julio Federico Pasarón; Guillermo Mario Pasaresi, Honorarios Profesionales, Ed. Astrea, Bs. As. 2008, pág. 29).

6. Ahora bien, este mecanismo de regulación, que crea una unidad de medida arancelaria inmune a la erosión del proceso inflacionario, fue establecido para los supuestos expresamente contemplados en el Art. 9 (reitero: mínimos que correspondan por la labor judicial en causas susceptibles de apreciación pecuniaria, mínimos en asuntos no susceptibles de ser apreciados económicamente y mínimos y máximos por la labor extrajudicial) pero no para aquellos asuntos, con base económica, que superan aquel monto mínimo pues, en dicho caso, escapa a la previsión legal de las citadas normas, debiéndose aplicar la modalidad porcentual prescripta por el Art. 7° de la Ley arancelaria local.

7. Sumado a lo expuesto, cabe destacar que, más allá de que para su estimación se debe recurrir –en los casos establecidos por ley- al valor JUS aquí analizado, los honorarios deben ser expresados en moneda de curso legal.

La existencia de esta unidad arancelaria no significa que la estimación deba fijarse en JUS, sino que su monto debe traducirse a la moneda de curso legal, esto es pesos. (Cfr. Maria Claudia del Carmen PITA, Honorarios, abogados, procuradores y auxiliares de justicia, Ed. la Ley, Bs. Aires 2008, pág. 61).

8. Y si bien nuestra ley arancelaria no establece de modo expreso –como lo hacen sus pares de otras provincias- que la regulación de honorarios deberá contener bajo pena de nulidad el monto expresado en pesos o moneda de curso legal –tal como lo apunta el Sr. Fiscal General en su dictamen de fs.

1663/1665 vta.-, tal aserto puede inferirse de los propios términos de la normativa cuando establece:

“[…] En ningún caso los honorarios de los abogados serán fijados en sumas inferiores de DIEZ JUS en los procesos de conocimiento […] sin perjuicio del sistema porcentual establecido en las disposiciones siguientes, los honorarios mínimos que les corresponden percibir a los abogados y procuradores por su actividad profesional resultarán del número de JUS que a continuación se detalla […] (Cfr. Art. 9° ya cit. de la L.A., la negrita me pertenece).

9. A lo dicho no obsta la base que se haya tenido en cuenta para determinar la suma resultante; ya que cualquiera fuera ella (la unidad del Art. 9°, la escala del Art. 7° con su correlativo Art. 20° o el procedimiento previsto en el Art. 24° para determinar el valor

de los muebles e inmuebles) forzoso es concluir que dicho monto debe ser inequívocamente traducido en moneda corriente (Cfr. S.C.B.A. causa P. 47.356, “Ugalde, Sandra Luciana. Denuncia” (22/02/1994).

10. Y si esta solución todavía ofrece algún reparo, la interpretación armónica e integral de la ley arancelaria viene a clarificar el tema.

El Art. 49 establece la forma de actualizar los honorarios profesionales regulados firmemente pasado el lapso que ella indica y los mecanismos normados en sus incisos a) y b) –aunque el primero ha perdido virtualidad por la aplicación de la Ley 23.928- sólo pueden hacer referencia a sumas de dinero, ya que si se sostiene que el honorario puede regularse en JUS y que el valor de esa unidad determina el monto al momento de quedar firme, se podría llegar a concluir que queda en letra muerta su texto, en tanto existiría un mecanismo automático de actualización que nada tiene que ver con sus previsiones; o –aún más insostenible-, que sea posible una doble actualización acumulativa: una por el incremento del JUS y otra por la previsiones del Art. 61 de la L.A –también carente de virtualidad por la ley nacional citada-.

La doctrina y jurisprudencia han aclarado que:

“Si bien esta modalidad contiene un mecanismo propio de actualización, nada tiene que ver con los indicados en los arts. 24 o 54 de la Ley arancelaria de la provincia de Bs As -Arts. 49 y 61 de la Ley 1.594-. (Cfr. JUAN MANUEL HITTERS- SILVINA CAIRO, Honorarios de Abogados y Procuradores, Ed. Lexisnexis, Bs. As. 2007, pág. 105 y S.C.B.A. causa P. 47.356 “Ugalde, Sandra Luciana. Denuncia. 22/02/1994).

De ahí que resulta tan importante que las normas contenidas en la ley arancelaria deban ser interpretadas armónicamente, para evitar hacer prevalecer unas sobre otras, con el propósito de resguardar el sentido que el legislador ha entendido asignarles y, al mismo tiempo, el resultado valioso o disvalioso que se obtiene a partir de su aplicación a los casos concretos. (Cfr. C.S.J.N. Vaggi, Orestes Juan c/ Tanque Argentino Mediano Sociedad del Estado TAMSE s/ cobro de pesos. 600/2004-V-40-ROR13/05/2008; Fallos: 330:1336; 329:4506; 329:94).

Por otro lado, la modalidad de regulación adoptada por la instancias anteriores quebranta la propia finalidad para la cual fue instaurado el sistema de “JUS” que fue “evitar la repetición de modificaciones y actualizaciones periódicas de este tipo de leyes” (Tratamiento en particular ley 1.594) cuando se está ante retribuciones sostén o pisos mínimos en la retribución profesional (el subrayado me pertenece).

11. Sumado a lo expuesto, cabe agregar que extrapolar la unidad de honorarios JUS a otros casos no contemplados por la normativa arancelaria, manteniendo su valor hasta el momento de quedar firme dicha regulación, implica servirse de la unidad de honorarios como una fórmula de repotenciación de la deuda que se encuentra prohibida por los Arts. 7° y 10° de la Ley 23.928 –sustituidos por Art. 4° de la Ley 25.561-.

Es que, a pesar de que la Ley 25.561 deroga el régimen de convertibilidad impuesto por la Ley 23.928 no modifica en lo sustancial los Arts. 7° y 10° de ésta última (Ver Art. 4° de la Ley 25.561) por lo que se mantiene la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa (C.S.J.N. “Gargano, Diego c/ Banco de la Nación Argentina s/ ejecución de honorarios” sent. 26/04/11 y dictamen de la Procuradora; “Bedino, Mónica Noemí c/ Telecom Argentina S.A. y otro s/ part. Accionario obrero” sent. Del 14/03/17 y dictamen de la Procuraduría General de la Nación”).

12. En resumen: asiste razón a los recurrentes respecto de la infracción legal denunciada. Las resoluciones de las instancias anteriores hacen depender el efecto cancelatorio de una obligación por una unidad de medida (JUS) distinta de la moneda de curso legal y con tal proceder no solo se incurre en la aplicación errónea de las propias disposiciones de la ley arancelaria local sino que, también refleja la violación del sistema republicano de división de poderes por arrogarse el Tribunal de grado y la Cámara confirmante facultades legislativas al admitir el ajuste por depreciación cuando es un acto reservado al Congreso Nacional por disposiciones constitucionales expresas y claras, pues es quien tiene a su cargo la fijación del valor de la moneda y no cabe pronunciamiento judicial ni decisión de autoridad alguna ni convención de particulares tendientes a su determinación (FALLOS 225:135; 226:261 y sus citas; 328:2567 y causas ya citadas precedentemente).

En virtud de las consideraciones vertidas y del criterio formulado, propongo al Acuerdo se declare procedente el recurso deducido a fs. 1601/1640, por los co-actores Fernando Muñoz de Toro y Alberto Artemio Rossi, en lo que respecta a la regulación de los honorarios profesionales.

En consecuencia, la sentencia en crisis deberá casarse, en el punto I, por haber mediado infracción legal -Art. 15°, inc. a), de la Ley 1.406- en relación con los artículos 8° y 9° de la Ley 1.594 y 7° y 10° de la ley 23.928 -sustituidos por Art. 4° de la Ley 25.561-.

Luego, a la luz de lo establecido en el Art. 17°, inc. c), de la Ley Casatoria, corresponde recomponer el litigio, mediante la modificación de lo resuelto sobre el tópico en el decisorio de fs. 1518/1523 vta.

Determinar, por consiguiente, que las regulaciones de los honorarios profesionales ya practicadas deben ser establecidas en

moneda corriente y no en unidades de honorarios –JUS- al tiempo en que cada una de ellas fuera fijada y siguiendo las pautas y escala allí establecidas en tanto no fueron materia del recurso extraordinario local aquí resuelto.

Entonces, con arreglo a lo considerado, corresponde devolver los autos al Juzgado a origen a fin que adecue las regulaciones de honorarios a lo aquí resuelto, debiendo hacer lo propio la Alzada con los regulados a fs. 1593.

III. A la tercera cuestión planteada, emito mi voto en el sentido que corresponde mantener las costas impuestas en la Instancia de origen y en la Alzada. Costas por su orden, en esta etapa, atento la naturaleza de la cuestión aquí planteada y por no haber mediado contradicción (Arts. 68, segunda parte, C.P.C.yC. y 12 de la L.C.). Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta etapa, Dres. ... y ... –en el doble carácter por los co-actores Muñoz de Toro y Rossi- en un 25% de la cantidad que deberá fijarse –por la cuestión traída en casación- para los honorarios de Primera Instancia, teniendo en cuenta el carácter asumido por cada profesional en esta etapa casatoria (cfr. Art. 15° de la Ley de Aranceles). Asimismo, disponer la devolución del depósito efectuado según constancia obrante a fs. 1599/1600 (Art. 11º L.C.). MI VOTO.

La señora vocal doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor OSCAR E. MASSEI y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad con el Señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso de Casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por los co-actores FERNANDO CARLOS MUÑOZ DE TORO Y ALBERTO ARTEMIO ROSSI a fs. 1601/1640, en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente, por haber mediado infracción legal -Art. 15°, inc. a), de la Ley 1.406- en relación con los artículos 8º y 9° de la Ley 1.594, y CASAR, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones Civil del interior –Sala II- obrante a fs. 1587/1593 vta., en cuanto a la regulación de honorarios, resuelta en el punto I. 2º) En virtud de lo dispuesto por el Art. 17°, inc. c), de la ley ritual, y sobre la base de los fundamentos vertidos en el presente pronunciamiento, RECOMPONER el aspecto casado, mediante la modificación de lo resuelto sobre el tópico en Primera Instancia, determinando, en consecuencia, que las regulaciones de los honorarios profesionales ya practicadas deben ser establecidas en moneda corriente, las que deberán adecuarse a lo aquí resuelto en ambas instancias. 3°) Mantener las costas impuestas en la Instancia de origen y las de Alzada. Costas por su orden, en esta etapa, atento la naturaleza de la cuestión aquí planteada y por no haber mediado contradicción (Arts. 68, segundo párrafo, del C.P.C.y C. y 12º de la Ley 1.406). 4º) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta etapa, Dres. Roberto Bernardino IZUEL y Laureano GUERENDIAIN –en el doble carácter por los co-actores Muñoz de Toro y Rossi- en un 25% de la cantidad que deberá fijarse –por la cuestión traída en casación- para los honorarios de Primera Instancia, teniendo en cuenta el carácter asumido por cada profesional en esta etapa casatoria (cfr. Art. 15° de la Ley de Aranceles). 5°) Disponer la devolución del depósito efectuado según constancia obrante a fs. 1599/1600 (Art. 11º L.C.). 6º) Regístrese, notifíquese y devuélvanse los autos al Juzgado 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. OSCAR E. MASSEI - DRA. MARIA SOLEDAD GENNARI

DRA. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"LOZANO GUSTAVO OSCAR C/ DASH S.R.L. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 392147/2009) – Acuerdo: 20/17b – Fecha: 11/08/2017

CONTRATO DE TRABAJO: 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.

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 condenaque 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 2007.

Texto completo:

ACUERDO N° 20: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los once (11) días del mes de agosto 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 EVALDO D. MOYA, con la intervención de la subsecretaria civil doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "LOZANO GUSTAVO OSCAR C/ DASH S.R.L. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expte. N° 392147 año 2009), en trámite ante la mencionada Secretaría de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 422/437 vta. la demandada Q.B.E. ARGENTINA ART S.A. plantea recurso por Inaplicabilidad de Ley, contra la sentencia de fs. 396/417 vta. dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala I de la ciudad de Neuquén, que confirma –por mayoría- la condena impuesta en la instancia anterior.

A fs. 442/451 vta. responde la parte actora. Peticiona que se desestimen los recursos impetrados con costas, haciendo lo propio la codemandada DASH S.R.L. a fs. 453/454 vta.

A fs. 463/466 vta. dictamina el Sr. Fiscal General.

A fs. 476/478 vta., por Resolución Interlocutoria N° 224/16, esta Sala declara admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley en base a las infracciones legales esgrimidas en orden a la aplicación temporal del Decreto N° 1694/09 y la Ley N° 26.773, e inadmisibles los restantes motivos casatorios denunciados.

A fs. 480 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. 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 Gustavo Oscar LOZANO para que se revise el grado de incapacidad permanente y definitiva derivada de un accidente de trabajo, y se condene a su ex empleador y a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo CNA (luego Q.B.E.) al íntegro pago de las prestaciones dinerarias previstas en la Ley 24.557.

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 haber sido chofer para la empleadora demandada, cumpliendo tareas de carga y descarga de baños químicos.

Que en ocasión de bajar un baño de 50 kg. del camión, el 27 de mayo del 2007, sintió un tirón en la columna lumbar y ardor en la zona de su espalda que le imposibilitó continuar con sus labores. Agregó que efectuada la denuncia ante la Comisión Médica se le determinó, en junio del 2008, que se trataba de una enfermedad inculpable, recurriendo tal decisión ante los Juzgados Laborales, en el entendimiento de padecer un 35 % de incapacidad, tal como lo certifica su médico tratante.

2. La demandada C.N.A. ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. (luego Q.B.E.) consintió la competencia provincial y negó la categoría profesional, fecha de ingreso al empleo, la mecánica del infortunio denunciado, la patología alegada, 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, casi un año después de su presunta ocurrencia, brindó las prestaciones adecuadas

a la dolencia. Y, luego, otorgó el alta médica porque consideró que era una patología inculpable de tipo preexistente. Agregó que el accionante, a la fecha del presunto siniestro, no se encontraba cubierto por los riesgos labroales, al no figurar en el listado de empleados denunciados por la patronal.

A fs. 85/92 vta. obra réplica de la codemandada DASH SRL.

3. A fs. 306/314 vta., en ocasión del alegato, la accionante peticionó la declaración de inconstitucionalidad del Art. 16 del Decreto 1694/09 y la aplicación inmediata de éste en este pleito.

4. La sentencia de Primera Instancia acogió el reclamo contra la A.R.T.

Sentó, como premisa fáctica, que las partes estuvieron contestes sobre la existencia de la relación laboral entre el actor y DASH S.R.L., y la subsistencia de contrato de seguro entre ésta y la Aseguradora codemandada.

Luego, analizada y valorada la prueba rendida en la causa, tuvo por ocurrido el infortunio laboral y su mecánica, y admitió la presencia de secuelas incapacitantes, producto del infortunio, en 32% del V.T.O. conforme Baremo 659/96.

En ocasión de cuantificar la condena analizó la ley aplicable y estableció la procedencia del Decreto 1694/09 y Ley 26.773 al caso, 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; 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. 16° del Decreto 1694/09 y Art. 17°, apartado 5, de Ley 26.773, en tanto –concluyó- que tales disposiciones al establecer su aplicación para los infortunios futuros, violan los Arts. 14bis, 19 y 28 de la Constitución Nacional.

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 activa del Banco Provincia de Neuquén S.A. y hasta su efectivo pago por la Aseguradora demandada.

A fs. 373/374 obra sentencia aclaratoria, tendiendo a Q.B.E. ART S.A. como continuadora de C.N.A. ART S.A., y declarándola condenada en autos.

5. A fs. 341/346 la Aseguradora desconforme, apeló la sentencia.

Los agravios radicaron en la inexistencia del actor como trabajador dentro de la nómina de la empleadora; la ocurrencia del accidente de trabajo alegado, la determinación del ingreso base mensual para el cálculo de la indemnización, la fecha de la constitución en mora para el cómputo de los intereses, y también se quejó porque se aplicó retroactivamente el Decreto 1694/09 y la Ley 26.773 para un infortunio sucedido antes de su sanción, cuando las propias normas no habilitan tal efecto, sino que expresamente disponen su vigencia para aquellos supuestos en que la primera manifestación invalidante se produzca después de su publicación en el Boletín Oficial.

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.

Al propio tiempo apeló que se haya aplicado el nuevo sistema de alícuotas al determinar los valores indemnizatorios.

También reprochó que se hayan declarado la inconstitucionalidad de dos normas de oficio, es decir sin petición de parte. Y por ello consideró que se conculcó su derecho de defensa y el principio de congruencia.

Finalizó sus gravámenes con el ataque al porcentaje de los honorarios regulados a todos los profesionales, los cuales, dice, exceden los parámetros de la ley arancelaria.

6. A fs. 396/417 vta. la Cámara de Apelaciones dictó sentencia que –por mayoría- confirmó la anterior.

Cabe consignar que en el fallo cuestionado, luego de convalidar la declaración de inconstitucionalidad de los Arts. 16° Decreto 1694/09 y 17°, 5 Ley 26.773 efectuada oficiosamente por el juez a quo, se concluyó en que su aplicación 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-.

7. A fs. 422/437 vta. la demandada QBE A.R.T. S.A. interpuso recursos Extraordinario 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 al Decreto 1694/09 y a la Ley 26.773.

Afirma que tanto el Art. 16 de la primera norma citada, como el Art. 17.5 de la segunda, disponen que será de aplicación para los accidentes acaecidos (o primera manifestación invalidante, si de enfermedades se trata) a partir de su sanción. Destaca que ambas normativas expresamente prescriben su irretroactividad, sin que su redacción dé lugar a otra interpretación.

Agrega que las normas transgredidas regulan 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.

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, destacando que la cuestión aquí traída ya fue motivo de resolución por parte de este Alto Cuerpo in re: “Nuñez Urra” Acuerdo N° 5/17 y “Ozorio Escubilla” Ac. N° 6/17, por lo que he de reproducir los argumentos allí expuestos, al tiempo de emitir mi voto en aquéllas oportunidades.

1. El concreto tema traído a resolver refiere a la vigencia temporal de la Ley 26.773 y del Decreto N° 1.694/09, 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).

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.)

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. Osea 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 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.

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 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 se haya aplicado el nuevo sistema de alícuotas y adicionales, al momento de determinar los valores indemnizatorios porque constituye una interpretación errónea de la normativa. (cfr. fs. 344 vta.)

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. 341/346, y revocar –en lo pertinente- el pronunciamiento de Primera Instancia.

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 2007.

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.

En suma. A tenor de las consideraciones vertidas, se propone al Acuerdo: a.- Declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada Q.B.E. A.R.T. S.A., a fs. 422/437 vta.; y en consecuencia, casar parcialmente el decisorio recaído a fs. 396/417 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 Aseguradora demandada, a fs. 341/346, y la revocación parcial, por añadidura, de la resolución de fs. 324/334, 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 establecer el monto de la condena que deberá calcularse sobre la base de lo indicado en el considerando IV y las demás cuestiones ajenas a la materia aquí traída que han devenido firmes. Resaltando que, atento el resultado que se impone en esta etapa de procedencia recursiva, la determinación del derecho de fondo aplicable al caso, incide en todos los rubros que, a la luz de la mentada aplicación, conformarán la liquidación a practicarse; c.- Mantener la imposición de las costas ante la Primera Instancia e imponer en el orden causado las provocadas en la Alzada y en la instancia extraordinaria local; todo conforme lo expresado en el punto 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. 420 y 469 (Art.11° de la Ley 1.406). MI VOTO.

El señor vocal Dr. EVALDO D. MOYA dice: Comparto los fundamentos y la solución propuesta por el Dr. RICARDO T. KOHON en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada Q.B.E. A.R.T. S.A., a fs. 422/437 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 I- obrante a fs. 396/417 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. 341/346, y revocar parcialmente, por añadidura, la resolución de fs. 324/334, 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 considerando IV y las demás cuestiones ajenas a la materia aquí traída que han devenido firmes. Resaltando que, atento el resultado que se impone en esta etapa de procedencia recursiva, la determinación del derecho de fondo aplicable al caso, incide en todos los rubros que, a la luz de la mentada aplicación, conformarán la liquidación a practicarse. 3°) Atento el modo en que se resuelve, readecuar la imposición de las costas, y así: mantener las impuestas en la

Primera Instancia; 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: ... –letrado apoderado de la Aseguradora demandada-, ... –letrado patrocinante de la misma parte-; ... – en el doble carácter por la parte actora- y ... – en el carácter de patrocinante de la codemandada DASH S.R.L.-, 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° de la Ley de Aranceles). 6º) Disponer la devolución del depósito efectuado según constancias obrantes a fs. 420 y 469, 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. RICARDO T. KOHON - Dr. EVALDO D. MOYA

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"AMOROSI AGUSTINA ARIAN C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI5 EXP 412682/2010) acumulado con los autos "BRIZUELA CINTHIA GABRIELA C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 412682/2010) – Sentencia: 130/17 – Fecha: 06/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. AUTOMOVIL. MOTOCICLETA. SEMAFORO. MANIOBRA IMPRUDENTE. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA. RECHAZO DE LA DEMANDA. DISIDENCIA.

1.- El conductor del automóvil demandado contaba con la habilitación del semáforo, de tal forma ha logrado acreditar la eximente alegada, esto es, la culpa de la víctima, quien conducía la motocicleta. En efecto, a partir del único testimonio quedó acreditado en autos que la demandada venía por calle Lastra y que cuando el semáforo la habilitó dobló hacia la izquierda, sin que existan otros elementos a valorar al respecto, en tanto el perito con especialidad en accidentología sostuvo que "no se puede determinar la mecánica del accidente". (del voto del Dr. Pascuarelli, en mayoría).

2.- En el caso, no se ha acreditado que el accionar de las actoras, quienes se transportaban en una motocicleta, haya incidido causalmente en la provocación del daño, 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. (del voto de la Dra. Pamphile, en disidencia).

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “AMOROSI AGUSTINA ARIAN C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (JNQCI5 EXP 412682/2010) acumulado con los autos “BRIZUELA CINTHIA GABRIELA C/ QUIROGA CLAUDIA VIVIANA Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (JNQCI5 EXP 450202/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 351 las actoras apelaron la sentencia de fs. 342/350 vta. que rechaza las demandas iniciada por las mismas contra Claudia Viviana Quiroga, Daniel Gustavo Fuentes y Escudo Seguros S.A., con costas.

A fs. 377/379 vta. expresaron agravios. Se quejan porque la A-quo sostuvo que las accionantes no habían logrado acreditar la culpa de la demandada.

Alegan, que la Jueza de grado no tuvo en cuenta la naturaleza objetiva de la responsabilidad del caso y aplica erróneamente el art. 1.113, 2° parte, 2° párrafo del C.C., en tanto su análisis fue puramente subjetivo.

Manifiestan, que las eximentes de responsabilidad deben ser acreditadas en forma concluyente y categórica por quien las invoca, y apreciadas con carácter restrictivo.

Sostienen, que conforme lo expuesto por la Jueza no se encontraba probada la estricta mecánica del accidente. Dicen, que puede inferirse que el vehículo de la demandada quizás inicialmente estaba habilitado por la luz del semáforo, permaneció un espacio de tiempo indeterminado ocupando la intersección para luego retomar la marcha y que cuando se produjo la colisión con la motocicleta de las actoras, para tal momento, ésta ya estaba habilitada por el semáforo que regula el tránsito de la ruta.

Expresan, que los dichos de la demandada y la prueba ofrecida por aquella de ninguna manera descartaran que las actoras cruzaran la intersección habilitadas por el semáforo. Dicen, que existió violación al art. 44 de la Ley Nacional de Tránsito y que no se logró demostrar que las actoras hubieran cruzado la intersección en violación a la señal del semáforo ni que incurrieran en una conducción negligente susceptible de configurar la eximente de culpa grave.

A fs. 381/385 vta. la contraria contestó los agravios. Solicita su rechazo, con costas.

A fs. 352 el letrado de la actora apeló sus honorarios por bajos y los de los restantes intervinientes por altos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar la apelación de las actoras. En el caso de autos, se encuentra controvertida la habilitación lumínica del semáforo y consecuente atribución de responsabilidad.

1. En primer lugar, respecto a la aplicación al caso de autos del art. 1.113 del Código Civil, y la valoración de la prueba, esta Alzada sostuvo: “Vale recordar el texto expreso del artículo 1.113 del Código Civil: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...”. (cfme. arts. 17 y 19 de la Const. Nac.; 23 y 24 de la Const. Prov.; 512, 901 y ss., 1.067, 1.068, 1.069, 1.109, 1.111 y 1.113 del Cód. Civil; 41 y 64 ley 24.449; y 163 inc. 5, 377 y 386 del Cód. Procesal)”.

“Para la atribución de responsabilidad civil, cualquiera sea el supuesto que se trate, exige ineludiblemente: a) la existencia y acreditación del daño causado, b) la antijuridicidad de ese daño producido por una acción u omisión, c) la existencia de factor de atribución, y d) un nexo causal adecuado entre el acto u omisión antijurídica y el daño causado. En la especie de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, se encuentra la derivada de accidentes de tránsito.

En particular, el último requisito debe ser dilucidado, analizando cuales son los hechos probados en la causa, y de ellos determinar de acuerdo al curso ordinario de las cosas, cual es más probablemente la causa del daño por el que se reclama indemnización, pudiendo surgir una causal de exención de responsabilidad por falta de relación de causalidad, tal el caso del hecho del perjudicado. En ese caso, la actuación liberatoria no necesariamente debe tratarse de un acto culposo ni de un caso fortuito, bastando para interrumpir el nexo causal con que se trate de un hecho de la víctima que sea objetivamente antijurídico. La culpa de

la víctima a la que alude el artículo 1113 del Código Civil no coincide necesariamente con la noción de culpa del artículo 512 del mismo ordenamiento, sino que ha de considerarse a estos fines todo hecho de la víctima que pueda ser considerado concausa exclusiva o concurrente del daño, exista voluntariedad o no de la victima (p. 27, 50 y 553, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Marcelo López Mesa).

En la voz de la jurisprudencia: “Es así que cuando el daño obedece al “riesgo o vicio” de la cosa, estamos ante una responsabilidad objetiva del dueño o guardián, generadora per se del deber de resarcir, salvo que se demuestre que la conducta de la víctima o de un tercero extraño por quien no debe responder interrumpió total o parcialmente el nexo causal entre el hecho de la cosa y el daño producido, o sea que tales procederes se constituyeron en una causa adecuada del perjuicio diferente del “riesgo” o “vicio” de la cosa”. (SCJBA, 19.5.92, Novoa c. Moscuzza y Cía., DJBA 143-4841; CNCiv, sala D, 17.5.90, Garcia c. Casasco, LL 1991-C-328; etc.)”, (Sala III, en autos “MUÑOZ SOTO VICTOR MANUEL C/ CARINAO CARINAO RENE RAFAEL Y OTRO S/ D. Y.P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, Expte. Nº 473183/2012).

A partir de las consideraciones expuestas, corresponde analizar en el caso de autos la eximente alegada por los demandados, esto es, la culpa de las víctimas (fs. 42/43 vta. y fs. 68 de estos autos y 32/34 vta. y 48 vta. del Expte. N° 450202/11 agregado por cuerda).

Luego, en punto a la atribución de responsabilidad cuando el lugar del hecho se encuentra reglado por semáforos en funcionamiento, esta Sala sostuvo: ”En una intersección reglada por semáforos, la prioridad de paso otorgada por la señalización lumínica desplaza a las demás preferencias establecidas en las leyes de tránsito y a las presunciones jurisprudenciales elaboradas en la materia, por lo que carece de trascendencia el carácter de embestidor o la localización de los daños en los vehículos para determinar la responsabilidad.

La violación de la señal lumínica es una falta gravísima en la circulación y difícil de prever para el conductor que tiene expedito el paso por la luz verde. No es carga de quien demanda probar la infracción, sino que pesa sobre el demandado la de acreditar la incidencia total o parcial de la culpa de la víctima. (CNCiv., Sala D, “FERNANDEZ, Manuel y otros s/ COBRO DE SUMAS DE DINERO”, 28/02/07)”, (“BARRETO FERNANDO MARIANO CONTRA VILLAVICENCIO ZACARIAS FACUNDO Y OTRO S/ D.Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, Expte. Nº 376576/8).

En virtud de lo expuesto, adelanto que el recurso no resulta procedente.

Ello, porque a partir del testimonio de la Sra. Patricia Cecilia Torres (fs. 206) quedó acreditado en autos que la demandada venía por calle Lastra y que cuando el semáforo la habilitó dobló hacia la izquierda. Cabe señalar que no existen otros elementos a valorar al respecto, en tanto el perito con especialidad en accidentología sostuvo que “no se puede determinar la mecánica del accidente” (fs. 232).

Sin perjuicio de lo expuesto, nada dicen las recurrentes y en consecuencia no rebaten lo expresado por la A-quo respecto que “No obstante y conforme lo explica la testigo Torres, el vehículo Peugeot se encontraba habilitado por el semáforo para avanzar y girar hacia la izquierda, quedando parado o prácticamente parado por contingencias del tránsito sobre la ruta. No obstante y pudiéndose inferir de ello, que en ese momento el semáforo podría haber habilitado el paso a la motocicleta, viendo que los vehículos se encontraban sobre la ruta parados o demorados por el tránsito, debió su conductora, o bien no pasar o tomar todas las precauciones para no chocar con los vehículos que circulaban en sentido contrario” (fs. 348).

Es que las apelantes se limitan a exponer su versión de los hechos en punto a la habilitación del semáforo (cfr. fs. 378), la cual no se encuentra corroborada por la prueba producida en ambos expedientes. Pero sí se encuentra probada la versión de la demandada por la declaración de la testigo Torres, en cuanto a que contaba con la habilitación del semáforo de tal forma que acreditó la eximente alegada.

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de las actoras.

2. En punto al recurso arancelario del letrado del actor por considerar bajos sus honorarios, conforme surge de fs. 368 el mismo renunció a cobrarle a sus mandantes los estipendios que le fueran regulados a su cargo. En consecuencia, atento la forma en que se resuelve, el tratamiento de este agravio resulta inoficioso.

Luego, en cuanto a la queja de las actoras por considerar altos los honorarios de los letrados, realizados los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta las labores efectuadas por los letrados y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, las regulaciones efectuadas porcentualmente se encuentran dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), por lo que también corresponde su confirmación.

Respecto a los honorarios de los peritos psicólogo y médico de fs. 368, cabe tener en consideración que, si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los peritos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes

profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP Nº 385961/9).

Sentado lo anterior y de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que el porcentaje de la regulación atacada por la parte actora resulta ajustado a derecho por lo que se impone su confirmación.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por las actoras Agustina Arian Amorosi y Cynthia Gabriela Brizuela a fs. 373/379vta. y rechazar las apelaciones arancelarias de las actoras y su letrado, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 342/350vta. en todo cuanto fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada a las actoras vencidas (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- Disiento con la solución propuesta por mi colega.

Comparto, en cambio, lo aseverado por las actoras recurrentes en punto a que la Sra. Magistrada no tuvo en cuenta la disposición del art. 1113 del Código Civil, expresamente invocada en la demanda y plenamente aplicable a un siniestro vial entre un automotor y una motocicleta, como ocurrió en el supuesto que nos ocupa.

Situados en el ámbito de la responsabilidad objetiva, y por aplicación de la norma antedicha, los demandados sólo podían exonerarse de responsabilidad acreditando la existencia de la eximente alegada, esto es, culpa de la víctima.

Sin embargo, no han logrado hacerlo. Doy razones:

Es cierto que, como dice la Sra. Jueza, del testimonio de la Sra. Torres –único testigo presencial- se desprende que el automóvil Peugeot estaba habilitado por el semáforo (ver acta hoja 206 y vta.), pero de sus dichos no surge que la motocicleta no lo estuviera también, máxime cuando no hay prueba acerca de la sincronización, sentido de giro, ni tiempos del semáforo.

Al respecto, la pericia accidentológica agregada en el expediente acumulado “Brizuela”, indica: “...no se puede determinar quién tenía derecho de paso concedido por los semáforos. No obstante, cabe hacer un comentario a los dichos de la demandada en su contestación: ‘... el vehículo que se encontraba de frente, se detuvo abruptamente antes de terminar de cruzar, motivo por el cual me detuve detrás del mismo, por un instante, no se precisar la duración....’ es posible pensar que en ese ínterin el semáforo para los que circulaban por Gobernador Anaya en sentido norte-sur haya cambiado a verde, con lo cual los hechos relatados por la actora pueden haberse producido” (ver hoja 185, Expte. Nº 450202/11).

El testimonio antes aludido, a mi criterio, no permite concluir que la motocicleta haya actuado, en el momento de los hechos, con imprudencia o temeridad. En este aspecto, no puede pasarse por alto que el punto de impacto se localiza en el carril de circulación de las actoras, a 1,90 metros de la línea imaginaria oeste de la calle Anaya (ver croquis realizado por la prevención policial en la hoja 149vta. e informe pericial de hojas 231/5 y 276/77).

Cierto es que -según también expresó la testigo Torres- ese día hubo un amontonamiento de autos, lo cual hizo que el auto prácticamente se detuviera en la ruta. Sin embargo, conforme manifestara la propia accionada al contestar demanda, el accidente ocurre cuando esta última había reanudado la marcha con el propósito de doblar a la izquierda (“...ni bien el vehículo reanudó su marcha, lo seguí detrás; siendo mi intención tomar la calle lateral a la ruta Teodoro Planas...”, ver hoja 42).

Esta maniobra es de sumo riesgo, puesto que necesariamente lleva a invadir el carril contrario para llevarla a cabo, todo lo cual imponía mayor celo y precaución en la conducción del rodado.

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 de las actoras 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).

Este criterio del TSJ ha sido reiterado en un pronunciamiento reciente en el que dejara sin efecto un fallo de esta Sala. Sostuvo puntualmente: "...resulta desacertado colocar en cabeza de la víctima la carga de probar la culpa o negligencia del dueño o guardián de la cosa riesgosa, por inversión del onus probandi producto de una presunción de culpa elaborada a partir de la condición de 'embistente' que se atribuye a la damnificada, si tal proceder implica neutralizar en ese supuesto el sistema de imputación por riesgo elegido para resolver el caso, conforme el cual, quien acciona en función del Art. 1113, segundo apartado, segundo párrafo del C.Civil solo debe probar el daño, la relación causal, el riesgo de la cosa y el carácter del dueño o guardián del demandado.

Probado estos extremos y no habiéndose acreditado la eximente alegada corresponde condenar al titular del automotor conforme la regla del artículo 1113 del Código Civil, la cual –reitero- no se destruye por meras inducciones o indicios o excusa no acreditada ni definida, sino sólo ante pruebas que otorguen fuerza a la eximición de responsabilidad atribuida al dueño o guardián de la cosa generadora del daño" (Ac. 19/16, "VÁZQUEZ, ROSANA CONTRA PADILLA, JUAN CARLOS SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE").

Conforme ha quedado expuesto, de la relatada mecánica del accidente no surge con la certeza requerida la culpa de la víctima; no ha quedado acreditado que realizara una maniobra antirreglamentaria. Esto no se desprende en forma categórica de las constancias de la causa.

En definitiva: "Probado el contacto del rodado de la demandada con la motocicleta del actor y no habiéndose invocado ni probado eximente de responsabilidad alguno al contestar la acción, corresponde condenar al titular del automotor conforme la regla del artículo 1113 del Código Civil, la cual no se destruye por meras inducciones o indicios o excusa no acreditada ni definida, sino sólo ante pruebas que otorguen fuerza a la eximición de responsabilidad atribuida al dueño o guardián de la cosa generadora del daño" (C.N.Civ., sala C, Miotto, Jorge Omar c. Vulcano, Catalina y otros 10/12/2008, La Ley Online, AR/JUR/26116/2008).

Al ser ello así, corresponde revocar el decisorio de grado en lo que refiere a la atribución de responsabilidad y establecerla en cabeza de las accionadas.2.- Paso ahora a analizar el capítulo indemnizatorio.

Agustina Arian Amorosi:

2.1.- Según la pericia médica de la hoja 256/261 la movilidad activa y pasiva de la actora se encuentra comprometida con limitación funcional de rodilla izquierda, lo cual reporta una incapacidad del 10%. El dolor y edema en rodilla surge también de la historia clínica agregada en las hojas 115/119, 168/170 y 302/306.

Ahora bien, a los fines de obtener los parámetros que integren la fórmula matemática, la cual ayuda como pauta para cuantificar el daño, es correcto diferenciar aquel porcentaje de incapacidad que, efectivamente tiene injerencia en el rubro en análisis ("daño físico", en la terminología del actor), del resto de las secuelas que deben ser ponderadas al momento de abordarse el rubro extrapatrimonial de los daños. Lo contrario podría llevar a la superposición de rubros y la consecuente duplicidad en la reparación. Por tal razón, en el caso, las cicatrices serán ponderadas al analizar el daño moral (cfr. "CAYHUEQUE", EXP Nº 467003/2012).

Cynthia Gabriela Brizuela:

Conforme el informe pericial, la actora padece daño orgánico cerebral que le provoca un 15% de incapacidad. El perito indica que existe relación cronológica de las dolencias de la actora con el accidente relatado, señalando que las constancias de Hospital Bouquet Roldán refieren a la región afectada. Alude que la lesión se encuentra objetivada en estudios complementarios de diagnóstico solicitados por el perito, cuyos informes transcribe y signos clínicos (hojas 231/234 y 243, Expte. Nº 450202/11).

En autos no 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 deban ser dejadas de lado.

En el caso de las lesiones físicas, en principio, la indemnización por incapacidad sobreviniente cubre el quebranto patrimonial derivado de las limitaciones que se verifican una vez reanudadas las tareas o constatada la definitiva imposibilidad de hacerlo

(citado en Zavala de González, Matilde, “Daños a las personas-Integridad psicofísica”, Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, 1990, t. 2a, pp. 243).

Pero tal resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412).

Se 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 considerar, 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 privado (U.A.A. C/ P.J.J. Y OTRO S/D.Y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, EXP Nº 425060/2010).

En este contexto, la utilización de la fórmula matemático financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivización del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial (“Villalba Miguel Ramon C/Cadesa S.a. S/ Accidente Accion Civil” P.S 1998 -V- 995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula.

Así lo hemos entendido puntualmente, al señalar: “la indemnización por incapacidad sobreviniente tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también la proyección que aquélla tiene con relación a todas las esferas de su personalidad, es decir, la disminución de su seguridad, la reducción de su capacidad vital, el empobrecimiento de sus perspectivas futuras, etc. (conf. Llambías, J. J., "Tratado de Derecho Civil -Obligaciones", t. IV-A, pág. 120, n.º2373; Kemelmajer de Carlucci, en Belluscio - Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", t. 5, pág. 219, n.º 13; Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", t. III, pág. 122; Borda, G. A., "Tratado de Derecho Civil Argentino -Obligaciones", t. I, pág. 150, n.º 149; Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños", t. II-B, pág. 191, n.º 232; Alterini-Ameal-López Cabana, "Curso de Obligaciones", t. I, pág. 292, n.º 652)”.

En razón de lo expuesto, aplicando la fórmula matemático financiera como pauta orientativa, teniendo en cuenta la edad de la accionante al momento del evento dañoso (22 y 21 años, respectivamente), la incapacidad padecida, las secuelas y limitaciones funcionales para distintos aspectos de su vida, el salario mínimovital y móvil vigente al momento del accidente (Res. Nº 2/09 del CNEPYSMVYM) y las circunstancia probatorias de este caso, entiendo que corresponde fijar la reparación por daño físico para Agustina Arian Amorosi en la suma de $70.000,00.- y para Cynthia Gabriela Brizuela en la suma de $100.000.- (art. 165 del C.P.C. y C).

2.2.- Cabe considerar, además, que el perito informa que es aconsejable que la actora Amorosi sea sometida a un tratamiento de rehabilitación kinesio-fisiátrico. Estima por lo menos 40 sesiones a un valor aproximado de $150 por sesión, de modo que estimo prudente hacer lugar a los gastos por tratamiento médico futuro, acorde a lo señalado por el experto, por la suma de $6.000,00.-

Para el caso de Cynthia Brizuela, el perito médico señala que el tratamiento a realizar es de tipo medicamentoso para calmar el dolor, y estima su valor en la suma de $500 por el plazo de dos meses. De forma tal que habrá de reconocerse por este rubro el importe de $1.000,00.

También se encuentra acreditada la necesidad de que ambas actoras realicen tratamiento psicoterapéutico (ver hoja 201 vta. y 192 de ambos expedientes), por lo que se reconocerá por este item $3.600,00.- para Agustina y $3.000,00.- para Cynthia, tal como lo sugiere la perito psicóloga en cada caso.

2.3.- En cuanto al daño moral, cuadra señalar que el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, “Daños a la personas, Integridad Psicofísica”, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. pág. 466).

Como ha quedado señalado, en el caso de autos se ha acreditado la existencia distintas secuelas: Agustina Amorosi presenta limitaciones en sus movimientos a raíz de la limitación funcional de su rodilla izquierda, lo cual provoca dificultad en la realización de actividades físicas, como correr y saltar, a más de dos pequeñas cicatrices en sus rodillas. Mientras que Cynthia Brizuela presenta cefalea crónica y dificultades cognitivas postraumáticas crónicas.

Así, teniendo en cuenta la índole del hecho generador, las secuelas del accidente, los sufrimientos a los que se han visto expuestas las actoras, y las indemnizaciones otorgadas en otros supuestos resueltos por esta Cámara, estimo prudente y de equidad, fijar la indemnización por daño moral en la suma de $15.000,00.- para cada una de las actoras.

2.4.- En punto al daño psicológico y estético, he de recurrir a Matilde Zavala de González, en cuanto explica que el daño requiere "algo" susceptible de menoscabo: así, el daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aun en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial en comparación con el estado precedente al hecho.

Las nociones sobre daño-lesión y daño-consecuencia se complementan, con tal de que se acepte (según doctrina absolutamente mayoritaria) que la cuantificación se decide por los efectos nocivos, no por la pura lesión a un interés.

Siempre que se enfoque la responsabilidad en su función de reparación y, por eso, necesariamente traducida en una obligación resarcitoria, tendremos que: la indemnización es la consecuencia jurídica —en el sentido de efecto de derecho— de una consecuencia fáctica, la cual precisamente versa sobre un daño resarcible. (cfr. Zavala de González Matilde, “Relevancia cuantitativa del daño”, RCyS 2012-II, 95).

En esta línea, como ha señalado la Sala II, “el daño psíquico y otros cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales “al proyecto de vida”- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptuación autónoma.

Así: “La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión” (“Daño Moral” Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)….” (cfr. autos “Defrini” 19/08/2008).

Desde esta perspectiva, la pretensión en el sentido de que se indemnice el daño psicológico y estético en forma autónoma, no puede prosperar.

2.5.- En cuanto a los gastos de farmacia, asistencia médica, vestimenta y traslado, hemos sostenido que este rubro no exige la prueba inequívoca de la existencia de erogaciones; éstas pueden presumirse.

Pero como toda presunción, debe derivarse de circunstancias probadas. Por ejemplo, cuando de la naturaleza y gravedad de las lesiones sufridas o de los tratamientos a los que ha debido someterse, cabe inferirlos.

Por lo tanto, surgiendo que las consecuencias del accidente tuvieron entidad, teniendo en cuenta el período de convalecencia, estimo prudente fijar por este rubro la suma de $3.000,00.- para cada una.

2.6.- Por último, Cynthia Brizuela reclama gastos de reparación de la moto. El perito mecánico señaló las partes que eran necesarias reponer y su costo, de modo que este rubro se fija en la $1.603,00.- conforme lo allí dictaminado (ver hoja 185).

A su vez, el experto consideró que la reparación podía llevarse a cabo en dos días, por lo cual, sumado al tiempo que podría insumir la espera del turno en el taller, se establece por privación de uso la suma de $1.000,00.

En resumidas cuentas, el daño total padecido por Agustina Arian Amorosi se fija en la suma de $97.600,00.- y por Cynthia Gabriela Brizuela en la suma de $124.603,00.-, con más los intereses que se calcularán desde la fecha del evento dañoso hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.

Atento la forma en que se resuelve, las costas de Primera Instancia y las de la Alzada serán soportadas por las demandadas vencidas.

Finalmente, las apelaciones arancelarias devienen abstractas, toda vez que deberán regularse nuevos emolumentos acordes al sentido del presente pronunciamiento (art. 279, CPCC). MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. Jorge PASCUARELLI, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta Sala I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por las actoras Agustina Arian Amorosi y Cynthia Gabriela Brizuela a fs. 373/379 vta., así como las apelaciones arancelarias de las mismas y de su letrado, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs.

342/350vta. en todo cuanto fue materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a las actoras vencidas (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la actuación en la instancia de grado (art. 15 L.A.).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a 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

"URBINA CARLOS MAURICIO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI5 EXP 353627/2007) y su acumulado "CASTILLO TEODORO YANCO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD EXTRACONT. ESTADO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 353627/2007) – Sentencia: 131/17 – Fecha: 06/07/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. PRIORIDAD DE PASO.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda por daños y perjuicios iniciada por el acaecimiento del evento dañoso en el que los actores fueron embestido por un móvil policial que accede a la encrucijada por la derecha y el taxi por la izquierda, pues el principio de la prioridad de paso de quien circula por la derecha no puede sortearse con facilismo acudiendo a la ruptura de la simultaneidad en el arribo. (del voto del Dr. Pascuarelli).

2.- La regla general determina que la prioridad de paso la tiene el vehículo que circula por la derecha, en el caso, el móvil policial de la demandada. (del voto de la Dra. Pamphile, por sus fundamentos).

3.- La velocidad apunta a la previsibilidad, concretamente, en este caso, a la posibilidad de ser visto. Y, en las particularidades del cruce, en el que el móvil policial tenía prioridad y además circulaba por una calle de jerarquía superior, el principio de confianza legítima hacía prever que nadie que circulara por la calle Tierra del Fuego, transpondría la arteria de doble circulación, sin adoptar los máximos recaudos de precaución. (del voto de la Dra. Pamphile, por sus fundamentos).

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "URBINA CARLOS MAURICIO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI5 EXP 353627/2007) y su acumulado "CASTILLO TEODORO YANCO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD EXTRACONT. ESTADO" (EXP. 346033/2006) 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. 914/924 vta. obra copia de la sentencia por medio de la cual la A-quo rechazó las acciones de daños y perjuicios promovidas por Teodoro Yanco Castillo y Susana Costich, como así también por Carlos Mauro Urbina contra la Provincia del Neuquén, con costas, encontrándose acumuladas a los presentes, las actuaciones "Castillo Teodoro Yanco y Otro c/ Pcia. Del Neuquén s/ DyP", Expte. N° 346033/06.

A fs. 926 el actor Urbina dedujo recurso de apelación y a fs. 960/965 vta. expresó agravios.

Se queja, porque considera que a los fines de determinar la procedencia y validez del reclamo del actor deberá estarse a las pruebas accidentológica, médica y psicológica y no solo a las afirmaciones de la parte demandada.

Sostiene, que se acreditó en autos a través de la pericia accidentológica y mecánica, que el actor desarrollaba una velocidad autorizada y que el móvil de la demandada circulaba a más de 70 km/h. Además, que el móvil policial embiste al actor luego de haber cruzado la bocacalle encontrándose en cercanías de finalizar el paso, llegando al cordón cuneta de la esquina próxima.

Alega, que el móvil policial cruzó la bocacalle a alta velocidad, sin balizas, luces ni sirena.

Luego, dice que desde la modificación del Código Civil y los fallos dictados tanto a nivel provincial como nacional, la prioridad de la derecha ha sido dejada de lado, atendiendo a principios de realidad y congruencia, los cuales determinan la continuidad en la cadena causal.

Además, manifiesta que resulta fundamental lo expuesto por el perito en cuanto establece que en la colisión la camioneta Ford no sólo fue el agente embistente sino que además fue el protagonista energético de la mecánica del accidente.

Se refiere a lo expuesto por el perito ... en cuanto sostuvo que la distancia de impacto desde el cordón cuneta oeste es de 6mts. Dice, que considerando que la calle posee 9mts. de ancho, el actor ya se encontraba terminando de cruzar el carril del demandado, es decir que el mismo, si no hubiera excedido la velocidad poseía espacio y tiempo para evitarlo.

También, se refiere a las consecuencias médicas y psicológicas que el accidente trajo aparejadas al actor.

A fs. 926 la letrada del actor en autos apela sus honorarios por bajos y los de la demandada y citada en garantía por altos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar la apelación del actor Urbina.

En el caso de autos, el recurso se circunscribe a la atribución de responsabilidad, en tanto no se encuentra discutido en esta instancia el acaecimiento del evento dañoso como tampoco que al momento del hecho el móvil policial conducido por el Sr. Zenteno circulaba en dirección oeste este por la calle Richieri, y el taxi conducido por el Sr. Urbino lo hacía por calle Tierra del Fuego. Es decir que el móvil policial lo hacía por la derecha y el taxi por la izquierda (cfr. fs. 919 vta.).

En el caso de autos, se encuentra controvertida la atribución de responsabilidad y la queja del actor se funda, principalmente, en que llegó primero a la encrucijada y en la calidad de embistente del móvil policial, quien sostiene además que conducía en exceso de velocidad.

En punto a la prioridad de paso, esta Sala expresó: "[…] como surge de las ideas transcriptas precedentemente, el principio de la prioridad de paso de quien circula por la derecha no puede sortearse con facilismo acudiendo a la ruptura de la simultaneidad en el arribo."

"Esto incluso ha sido remarcado por el TSJ, en el precedente que cita la demandada en su responde (fs. 407 vta), al señalar: "debe tenerse en claro que en el sistema de preferencia de la derecha-izquierda cuando éste es el único legalmente previsto- la circunstancia de que preferente y no preferente lleguen al límite del área de conflicto antes o después, no es relevante. Si arriba antes quien accede desde la derecha, le asiste la facultad de seguir, puesto que ello no representa más que el ejercicio del privilegio reglamentario; si lo hace después, puede proseguir confiando legítimamente en que el contendiente le cederá el paso, por lo cual, si este último prosigue, incurre en ilícita invasión de la zona habilitada al libre paso del contendiente y, de verificarse el siniestro, cargará con la presunción de causalidad y culpabilidad (Ibídem)."

"En consecuencia, la manda legal obliga al conductor que viene por la izquierda a permitir que pase primero el que viene por la derecha porque cuenta con prioridad de paso, más allá de quien esté más cerca o más lejos de la encrucijada, debate éste que, como veremos más adelante, resulta zanjado por los expresos términos de la normativa vigente" (Ac. 48/13)."

"Por ello si, en definitiva, como hemos dicho, la regla bajo análisis sólo cede ante circunstancias extremas debidamente probadas en el proceso, justamente, lo que falta en este proceso es la acreditación de las circunstancias extremas que permitan el apartamiento de la regla", ("MOLINA KARINA ARACELI C/ ALAMO FEDERICO MARIA Y OTROS S/ D. y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP Nº 403709/2009), ("SAAVEDRA ELIZABETH MARINA C/ FILIPPONI ENRIQUE S/ D.Y P.X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE", EXP Nº 448230/2011).

En el caso de autos, conforme surge de la resolución de fs. 63 y vta. que obra en las actuaciones caratuladas “Dirección de Tránsito Neuquén s/ Investigac. Lesiones graves accidente de tránsito”, Expte. N° 36593/2006, que tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia de Instrucción N° 4 de esta Ciudad, “A fs. 59/60, se glosó el informe accidentológico del que surge que el móvil policial es quien accede a la encrucijada desde la derecha respecto a la trayectoria del taxi, motivo por el cual, ostenta prioridad de paso […]. Que de la lectura de la pieza hasta aquí reseñada y de la dinámica del accidente, surge que la prioridad de paso la tenía el móvil policial, y sumado a ello, el hecho que venía circulando con las balizas encendidas, denota que circulaba por razones de servicio”.

Además, tal como lo expuso la Sentenciante a fs. 919 vta., el Sr. Heriberto Ismael Molina, dijo que observó que el móvil policial venía por calle Richieri en sentido este, mientras que el taxi lo hacía por calle Tierra del Fuego hacia el sur. Además, que el móvil circulaba con balizas únicamente y que cuando el taxi llega a la intersección su conductor acelera la marcha para alcanzar a pasar y en consecuencia el chofer del móvil realiza una maniobra para esquivarlo, y al respecto nada dijo el apelante, limitándose a señalar la calidad de embistente del móvil policial y el exceso de velocidad.

Luego, sin perjuicio que al momento del accidente ambos vehículos desarrollaban velocidades superiores a las permitidas (fs. 920), en punto a la calidad de embistente, esta sala sostuvo: “El carácter de embestido o embistente no resulta determinante a los fines de la atribución de responsabilidad, máxime cuando quien gozaba del derecho de prioridad de paso era la demandada (…)”.

“La calidad de embistente no varía la solución en tanto, conforme se ha señalado en criterio que comparto: “Si la demandada interfirió la trayectoria del automotor que tenía expedito el cruce de la bocacalle…la argumentación basada en el resultado que arrojara la prueba de pericia de ingeniero mecánico, en punto a que el actor reviste la calidad de agente activo de la colisión y el demandado la calidad de sujeto pasivo, pierde totalmente entidad pues la parte actora no reviste la condición de embestidora jurídica. El hecho de resultar el actor embestidor mecánico, no siempre fluye que se derive para él una consecuencia desfavorable, desde que para que ello ocurra es menester que coincida el concepto de embestidor mecánico con el de embestidor jurídico. La razón es simple: el primero refiere una calidad puramente física; el segundo una jurídica. En otros términos, aquel apunta a la sola materialidad, mientras que éste hace a la responsabilidad. Decidir si coinciden o no es materia específica de valoración judicial. Aferrarse ciegamente al mundo físico para decidirse siempre por la responsabilidad del embestidor (no obstante la innegable presunción que pesa sobre él) lleva a desnaturalizar la ciencia jurídica y a sacar conclusiones que, en supuestos como el de autos, van contra lo que indica la lógica y el curso normal de las cosas. Frecuentemente sucede (y así es en el presente caso) que el embestidor resulta, en buena medida, un agente pasivo; es el objeto impactado el que se coloca sorpresiva e indebidamente en su camino” (cfr. PS-2008-T°II-F°393/398)(…)”.

“Es que la prioridad de paso es un principio importantísimo en materia de ordenamiento vehicular y desde ello “…nada mejor para evitar la eventualidad que obligar a quien circula sin prioridad de paso a que detenga su marcha, aun si ha llegado antes al cruce, cuando advierte que no podrá superarlo sin que el vehículo que lo hace con prioridad detenga o aminore su marcha”.

“A los efectos de la resolución judicial, adoptar como pauta de inicio del razonamiento que la parte que carecería de la prioridad de paso resulta responsable, tiene su fundamento en las normas de tránsito citadas; a saber, en primer lugar, el carácter absoluto asignado por el art. 41 y, en segundo término, en la disposición del art. 64 que se la asigna a quien carecía de la prioridad de paso, la presunción de responsabilidad”, (“MABELLINI PEDRO CONTRA BOSSERO SERGIO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE”, EXP Nº 370142/8 y “SAN MARTIN PABLO C/ MELLADO ANA MARIA ISABEL Y OTRO S/ D.y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, EXP Nº 423955/2010).

Por otra parte, la apelante al expresar agravios peticiona que se considere el informe pericial accidentológico del Ing. ..., pero nada dice en cuanto a lo expuesto por la Sentenciante a fs. 922 al señalar “no habrá de considerarlo, en tanto el perito equivoca la trayectoria de los vehículos, toda vez que sostiene que el taxi circulaba por la calle Tierra del Fuego en dirección norte a sur y el móvil policial por la calle Richieri en dirección este-oeste, cuando este último lo hacía por esa misma arteria pero en dirección oeste-este”.

A partir de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso del actor.

En punto a las apelaciones arancelarias de los honorarios correspondientes a la letrada del actor Urbina por bajos, y de los demandados y citadas en garantía por altos, 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, 12, 20 y 39), por lo que también corresponde su confirmación.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación deducidos por el actor y su letrada a fs. 960/965 vta. y 926, y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 914/924 vta. en todo cuanto fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada al actor vencido (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios por la actuación en esta etapa en un

30% de los de primera instancia.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo: Coincido con la solución propuesta por mi colega.

En efecto, la regla general determina que la prioridad de paso la tiene el vehículo que circula por la derecha, en el caso, el móvil policial de la demandada.

Ahora bien, es claro que el dispositivo preferencial supone la existencia de una situación de "normalidad", "habitualidad" o "previsibilidad" en su aplicación.

Justamente, el desarrollo de una velocidad excesiva que impactara en las condiciones de previsibilidad y normalidad, a punto tal de mutar el escenario tenido como hipótesis de regulación, impediría aplicar esas reglas, por cuanto el presupuesto fáctico sería otro.

Es que la preferencia se basa "…en una cuestión de visibilidad; como los vehículos que circulan por la derecha llevan el volante del lado izquierdo, el ángulo de visibilidad es mayor hacia el lado derecho, pues tienen todo el parabrisas para poder divisar el obstáculo, mientras que en el lado izquierdo pueden surgir dificultades por el marco lateral de la carrocería…" (cfr. LÓPEZ MUÑIZ-GOÑI, Miguel, Derecho y técnica de la circulación; Gesta, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1964, t. II, ps. 196).

Ahora: ¿podemos decir que en el caso analizado, el demandado desplegaba una velocidad excesiva que impide aplicar las reglas de preferencia, en tanto mutó el escenario previsto por las normas de tránsito aplicables al caso?

Definitivamente, no.

En efecto, por una parte, como indica mi colega, el recurrente no contrarresta los argumentos dados por la magistrada para apartarse de la pericia que pretende hacer valer.

Pero, además de ello, debo hacer notar que los restantes peritajes obrantes en esta causa y en sede penal, no son contestes en las velocidades desplegadas; y aún cuando se indica que eran superiores (tanto la del actor como la del demandado) a las reglamentadas para las bocacalles, lo cierto es que no se acreditó que el actor se vio imposibilitado de visualizar al móvil policial.

En este sentido, como también señala mi colega, el testigo Molina, que estaba en la calle Richieri entre Bahía Blanca y Tierra del Fuego, divisó al móvil policial, siendo trascendente a este efecto, además, la circunstancia de que se encontraba utilizando las balizas, según el testigo refiere.

Además, Molina también indica que "cuando el taxi llega a la intersección, su conductor acelera la marcha para alcanzar a pasar…".

Y agrega luego: "Cabe mencionar que al hacer la aparición el taxi en la esquina, su conductor tenía tiempo a frenar, pero no lo hizo, sino que aceleró el vehículo, creo se hubiera evitado la colisión o el móvil lo hubiera esquivado…"

No advierto, entonces, que la velocidad desplegada mutara el escenario; insisto en que la velocidad apunta a la previsibilidad, concretamente, en este caso, a la posibilidad de ser visto.

Y, en las particularidades del cruce, en el que el móvil policial tenía prioridad y además circulaba por una calle de jerarquía superior, el principio de confianza legítima hacía prever que nadie que circulara por la calle Tierra del Fuego, transpondría la arteria de doble circulación, sin adoptar los máximos recaudos de precaución.

Todo ello determina que, conforme las circunstancias del caso, no se hayan infringido las pautas sentadas por el TSJ y por esta Sala, en punto a la prioridad de paso; máxime teniendo en cuenta que, en el precedente del Máximo Tribunal Provincial, se sostuvo que: "constituye presupuesto de aplicación de esta norma que el vehículo no preferente pueda ver a aquél que tiene la prioridad reglamentaria". Esta condición se hallaba presente en el caso. (cfr. "Marcilla", Ac. 48/13).

En resumidas cuentas, la prueba arrimada a la causa no resulta suficiente para considerar que medió en el caso una alteración en las condiciones de previsibilidad y normalidad, a punto tal de modificar el escenario tenido como hipótesis de regulación.

Desde esta perspectiva, entonces, el pronunciamiento de la magistrada se presenta como un razonamiento correcto que aplica razonablemente las disposiciones normativas vigentes a las circunstancias acreditadas en la causa.

Con estas consideraciones y compartiendo los desarrollos de mi colega, adhiero a su voto, expidiéndome en el mismo sentido. MI VOTO.

Por lo expuesto, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar los recursos de apelación deducidos por el actor y su letrada a fs. 960/965 vta. y fs. 926 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 914/924vta. en todo cuanto fue materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al actor (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios por la actuación en esta etapa en un 30% de los de primera instancia.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI
Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"VALDES GUSTAVO ENRIQUE C/ VALERIO RICARDO ANTONIO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 412481/2010) – Sentencia: 147/17 – Fecha: 27/07/2017

ACCIDENTE DE TRANSITO. FACTORES DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. PRIORIDAD DE PASO. CULPA DE LA VICTIMA. LUCES REGLAMENTARIAS. CULPA CONCURRENTE.

1.- El artículo 1113 del Código Civil, precepto aplicable en un accidente de tránsito, supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida. Desde esta perspectiva, lo que cabe analizar es si ha mediado un actuar negligente y antirreglamentario del actor, que haya incidido causalmente en el accidente.

2.- El exceso de velocidad no se encuentra acreditado suficientemente, tampoco que se encontrara alcoholizado, siendo insuficiente a estos efectos la prueba testimonial. Por otra parte la ausencia de luces, aún cuando implica culpa, en su manifestación de negligencia y/o imprudencia, en cuanto dificulta la visualización del rodado, no puede determinar una incidencia causal del 50%.

3.- En el accidente de tránsito protagonizado en autos resulta como principal responsable el demandado, toda vez que el hecho de que sea el vehículo "embestido" en nada influye, puesto que fue su imprudente accionar –al no respetar la prioridad de paso y adoptar las precauciones propias de una maniobra de riesgo- el que lo colocó en tal situación. La única culpa acreditada de la víctima, consiste en la ausencia de luces reglamentarias, lo que tiene influencia causal en el evento, en tanto ha obstaculizado su visualización, máxime cuando el accidente se produjo en horas de la noche. Pero acotado a estos términos, es claro que la incidencia causal es menor, por lo que entiendo que la atribución de responsabilidad debe efectuarse en un 10% en cabeza del actor y en un 90% en cabeza del demandado.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VALDES GUSTAVO ENRIQUE C/ VALERIO RICARDO ANTONIO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI3 EXP 412481/2010) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Ambas partes apelan el pronunciamiento en lo que hace a la atribución de responsabilidad, en especial, en cuanto al análisis de

la concurrencia y alcance de la eximente “culpa de la víctima”.

El magistrado considera que el demandado, pese a circular por la derecha, perdió la prioridad, por intentar girar.

Esta circunstancia determina su responsabilidad en el accidente, aunque atenuada por la concurrencia de culpa en el actuar de la víctima.

El Sr. Juez tiene por acreditado que el Sr. Valdes conducía alcoholizado, a exceso de velocidad y sin las luces reglamentarias.

Establece, en consecuencia, una responsabilidad concurrente en el 50%, para cada una de las partes.

1.1. Al expresar sus agravios, la actora cuestiona el análisis de su conducta.

Sostiene que el estado de ebriedad no ha sido acreditado mediante test, sino sólo a partir de testimonios.

Indica que, además, no se ha explicado como tal estado influyó causalmente en el accidente.

Por otra parte, cuestiona que se le achaque exceso de velocidad, cuando la prueba pericial no pudo establecerla.

Además, con relación a las luces, indica que, como se ha probado en la causa penal, tenía roturas en su frente y lateral.

Expone que el razonamiento judicial efectuado carece de sustento en las constancias de la causa.

Desde otra perspectiva, esgrime que la culpa de la víctima para actuar como eximente debe ser una circunstancia inevitable e imprevisible, extremos que no concurren en el caso.

Por último, sostiene que la decisión peca de incongruencia y no tiene sustento en las constancias de la causa.

1.2. El demandado, partiendo de la establecida maniobra de giro, entiende que las circunstancias analizadas por el magistrado en el marco de la eximente, determina que la responsabilidad deba ser atribuida en su totalidad al actor.

2. Como se ha señalado, llega firme a esta instancia que el demandado intentó girar a la izquierda y que, por lo tanto, perdió la prioridad de paso.

Su maniobra, catalogada a partir de las disposiciones de tránsito como riesgosa, exigía que adoptase los máximos recaudos de prudencia.

En este caso, al no tener prioridad debió ceder el paso a la motocicleta, lo que no hizo.

2.1. Ahora bien, sobre la base de esta presunción de responsabilidad corresponde determinar si es acertado el razonamiento del magistrado en punto a la existencia y alcance de la eximente culpa de la víctima.

El artículo 1113 del Código Civil, precepto aplicable al caso, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida.

Desde esta perspectiva, lo que cabe analizar es si ha mediado un actuar negligente y antirreglamentario del actor, que haya incidido causalmente en el accidente.

En este punto, tengo claro que el exceso de velocidad no se encuentra acreditado suficientemente.

Más allá del testimonio de Vega Juan de Dios, lo determinante en el caso, es la prueba pericial accidentológica, la cual es precisa al indicar “No se puede informar respecto de la velocidad a la que circulaban los vehículos ya que no se cuenta con indicios como lo serían las dimensiones de las huellas de frenada, lo cual permitiría arribar a tal determinación”.

Y esto es importante, porque al responsable no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido: De ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente (cfr. C.S.J.N. FALLOS: 324:2666, citado en ACUERDO 57/06, del registro de la Secretaría Civil del TSJ).

Y esto no podría ser de otra manera, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, constituyendo una excepción al régimen de responsabilidad: la acreditación de la culpa de la víctima constitutiva de la causal de eximición de responsabilidad prevista en el final del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil debe ser definitiva en cuanto a no dejar dudas sobre su ocurrencia (cfr. SCJBA, 16-2-2000, “Brian de Chistriansen, Silvia c/ Gozzi, Hernando” LLBA 2000-850).

Del mismo modo, entiendo que no se encuentra acreditado que se encontrara alcoholizado, siendo insuficiente a estos efectos la prueba testimonial.

Es que, fuera de esto, ninguna constancia se encuentra agregada en la causa. En este punto debo advertir, que la historia clínica a la que hace alusión la magistrada y que obra en hojas 152 y ss. se refiere a una atención de fecha 08/02/2003, contando el actor con 27 años.

El accidente que se debate en esta causa, tuvo lugar el 06/09/2008, contando, en ese entonces, con 32 años de edad.

2.2. Distinto es el caso de la ausencia de luces.

La perito determinó al presentar su informe y, con fundamento en la planilla obrante en hojas 192, que la motocicleta no poseía luces al momento de producirse el impacto.

La pericia no mereció impugnación alguna por parte del actor y tampoco cuestionó el resultado de la prueba informativa a la Dirección de Tránsito.

Lo dicho, unido a la circunstancia de que el testigo Jara, dijo "ver salir a una moto sin luces de la despensa", determina que deba tenerse por acreditado la inexistencia de luces reglamentarias.

Ahora, tampoco puedo dejar de sopesar, que Jara dice que lo vio salir sin luces, desde su casa, con lo cual, no puede establecerse que la ausencia de las mismas, haya sido determinante en el accidente en punto a inhibir totalmente la visualización.

Por ello, esta infracción, aún cuando implica culpa, en su manifestación de negligencia y/o imprudencia, en cuanto dificulta la visualización del rodado, no puede determinar una incidencia causal del 50%.

3. El análisis de estos elementos, determinan que el principal responsable del accidente sea el demandado.

Y aquí debo señalar que, en estas circunstancias, el hecho de que sea el vehículo "embestido" en nada influye, puesto que fue su imprudente accionar –al no respetar la prioridad de paso y adoptar las precauciones propias de una maniobra de riesgo- el que lo colocó en tal situación.

Por lo demás y, como reiteradamente lo hemos señalado, lo relevante no es la calidad de embistente mecánico, sino la de embistente jurídico: "…"Si la demandada interfirió la trayectoria del automotor que tenía expedito el cruce de la bocacalle… la argumentación basada en el resultado que arrojara la prueba de pericia de ingeniero mecánico, en punto a que el actor reviste la calidad de agente activo de la colisión y el demandado la calidad de sujeto pasivo, pierde totalmente entidad pues la parte actora no reviste la condición de embestidora jurídica. El hecho de resultar el actor embestidor mecánico, no siempre fluye que se derive para él una consecuencia desfavorable, desde que para que ello ocurra es menester que coincida el concepto de embestidor mecánico con el de embestidor jurídico. La razón es simple: el primero refiere una calidad puramente física; el segundo una jurídica. En otros términos, aquel apunta a la sola materialidad, mientras que éste hace a la responsabilidad. Decidir si coinciden o no es materia específica de valoración judicial. Aferrarse ciegamente al mundo físico para decidirse siempre por la responsabilidad del embestidor (no obstante la innegable presunción que pesa sobre él) lleva a desnaturalizar la ciencia jurídica y a sacar conclusiones que, en supuestos como el de autos, van contra lo que indica la lógica y el curso normal de las cosas. Frecuentemente sucede (y así es en el presente caso) que el embestidor resulta, en buena medida, un agente pasivo; es el objeto impactado el que se coloca sorpresiva e indebidamente en su camino" (cfr. PS-2008-T°II-F°393/398)…." (cfr. esta Sala I, "MABELLINI PEDRO CONTRA BOSSERO SERGIO Y OTROS S/DAÑOS YPERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR C/LESION O MUERTE" EXP Nº 370142/8).

En definitiva, entiendo que la única culpa acreditada, consiste en la ausencia de luces reglamentarias, lo que tiene influencia causal en el evento, en tanto ha obstaculizado su visualización, máxime cuando el accidente se produjo en horas de la noche.

Pero acotado a estos términos, es claro que la incidencia causal es menor, por lo que entiendo que la atribución de responsabilidad debe efectuarse en un 10% en cabeza del actor y en un 90% en cabeza del demandado.

4. Los desarrollos anteriores dan respuesta a ambos recursos.

Por estas consideraciones, propongo al Acuerdo se revoque parcialmente el pronunciamiento de grado y en lo que es materia de recurso, se establezca la atribución de responsabilidad en un 10% a cargo del actor y en un 90% a cargo del demandado.

En atención al modo que se resuelve, las costas de ambas instancias estarán a cargo de la parte demandada.

En cuanto a la apelación arancelaria, debiéndose adecuar la totalidad de las regulaciones a lo aquí resuelto, su tratamiento deviene abstracto. 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 parcialmente el pronunciamiento de hojas 431/437 vta., estableciendo la atribución de responsabilidad en un 10% a cargo del actor y en un 90% a cargo del demandado.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada, en atención al modo que se resuelve (art. 68 del CPCC).

3.- Adecuar las regulaciones de honorarios a lo aquí resuelto, una vez practicada la planilla de liquidación del capital con más los intereses devengados.

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- 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

"AHUMADA HORACIO Y OTRO C/ ROCO MARCELO ADOLFO Y OTRO S/ DESALOJO POR FINALIZACION DE CONTRATO LOCACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 502866/2014) – Sentencia: 154/17 – Fecha: 01/08/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

JUICIO DE DESALOJO. CONTRATO DE LOCACION. FINALIZACION. POSESION. CARGA DE LA PRUEBA.

Resulta ajustada a derecho la sentencia dictada por el juez de grado que hace lugar a la demanda iniciada por los actores y condenó a los ocupantes a que hagan entrega del inmueble en cuestión, conjuntamente con los bienes muebles e inmuebles identificados en el contrato de arrendamiento, bajo apercibimiento de desahucio, pues los apelantes no rebaten lo expuesto por la A-quo en cuanto a que "no se ha probado un grado de avance del trámite administrativo iniciado a medidos del año 2.013" a los fines de obtener el reconocimiento de la Comunidad, limitándose a señalar que estaba parado por razones políticas y que subsanaron varias observaciones. A partir de ello y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1° de la ley 26.160 y 2 de la ley 23.302, no corresponde enmarcar las presentes actuaciones en el contexto de posesión de las tierras como propiedad originaria, tal como pretende el recurrente. Es que la simple manifestación de ser poseedor carece de la fuerza probatoria suficiente como para que se rechace la acción de desalojo. En consecuencia, será indispensable que el accionado acredite que existen circunstancias inequívocas que justifican sacar fuera de la órbita del desalojo el conflicto posesorio que, precisamente, quedaría planteado a partir de las probanzas aportadas.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "AHUMADA HORACIO Y OTRO C/ ROCO MARCELO ADOLFO Y OTRO S/ DESALOJO POR FINALIZACION DE CONTRATO LOCACION" (JNQCI6 EXP 502866/2014) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 654/661 vta. la A-quo dictó sentencia e hizo lugar a la demanda iniciada por los actores y condenó a Marcelo Adolfo Roco y/o cualquier ocupante y personas identificadas a fs. 229/242 y 326 a que hagan entrega a los actores del inmueble identificado como una fracción de terreno de la chacra Peñihuen, de 120 has. aproximadamente, identificado como NC 06-RR-12-3856-0000, Lote Quince –B, conjuntamente con los bienes muebles e inmuebles identificados en el contrato de arrendamiento de fecha 1° de

julio de 2007, bajo apercibimiento de desahucio.

A fs. 671 apeló el demandado Marcelo Roco por derecho propio.

A fs. 692/705 expresaron agravios los demandados.

Se quejan de la valoración de la prueba. Dicen, que no se valoró que el contrato de arrendamiento es simulado, que no cumple con los recaudos legales, que es nulo por no advertirse que no figuran las firmas, especialmente la de Marcelo Roco, lo cual resulta corroborado por el testimonio de Virginia Pérez.

Alegan, como primer agravio, que no se cumple con el formalismo de que todas las fojas del contrato estén firmadas lo que se suma a la simulación. Dicen, que si bien no se cuestionó la firma inserta en la última foja, no consta la firma en las demás por lo cual el contrato es nulo. Expresan, que las obligaciones contractuales no fueron reconocidas por Marcelo Roco, conforme la absolución de posiciones de fs. 544. Agregan, que del análisis de la cláusula 11 del contrato y los recibos de fs. 35/52 surge una incongruencia porque si el arrendador fija un precio en dinero pero le entrega dinero que recibe del arrendatario en concepto de pasturas o forrajes y luego para desalojarlo presenta un contrato de arrendamiento y recibos que son incompatibles precisamente con el objeto del contrato, queda claro que el contrato fue simulado o nulo.

En segundo lugar, se agravian porque se sostuvo que es necesario que la parte demandada pruebe la efectividad de la posesión que invoca. Dicen, que es un argumento reprochable porque del testimonio de Virginia Pérez surge que en el año 2000/1 Roco ya estaba en la chacra realizando actos posesorios. Además, que no se valoraron los testimonios de Jaque, Sanhueza, Ruret y Canelli respecto a la posesión de la chacra desde hace más de veinte años.

Luego, se quejan porque no comparten el criterio de la A-quo respecto a que excede el marco cognoscitivo de la acción de desalojo cualquier análisis relacionado con el reconocimiento de la comunidad y el otorgamiento de la personalidad jurídica. Dicen, que no se valoró el testimonio de los cuatro testigos que desvirtúan la declaración de la Sra. Pérez.

En cuarto lugar, se agravian por el criterio que se tuvo al referirse a la ocupación de las tierras por Roco y otras personas, al considerar que se trata de actos que no resultan ajenos al contrato de arrendamiento porque el contrato es del año 2007 a 2009 y los testigos se refieren a actos anteriores.

Dicen, que el animus domini está probado por las declaraciones de los testigos y que no comparten el criterio de la A-quo respecto a que no estaban organizados como comunidad, que el testigo Canelli se refiere a su organización, que si bien no demostraron un avance del expediente N° 5730-003252/2013 de Personería Jurídica, estaba paralizado por razones políticas y que subsanaron varias observaciones, además que en el legajo 12221 el Sr. Marcelo Roco fue sobreseído y que iniciaron una acción procesal administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia. Agregan, que han intentado llegar a un acuerdo y solicitan una audiencia para ello.

A fs. 707/710 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar el recurso.

Luego, como señala la parte actora al contestar el traslado de la expresión de agravios, cabe señalar que a fs. 671 únicamente apeló el demandado Marcelo Roco por derecho propio, no así los restantes codemandados.

Luego, el memorial del recurrente no contiene una crítica concreta y razonada, conforme exige el art. 265 del C.P.C. y C. Es que los agravios expuestos deben alcanzar un mínimo de suficiencia técnica en los términos del art. 265 del C.P.C. y C. porque: “Es carga de quien pretende la modificación de una resolución efectuar la crítica concreta y razonada que sirva para demostrar lo equivocado de la misma, tal como señala el art. 260 del Código Procesal al referirse al contenido de la expresión de agravios. No cumple con la obligación legal el apelante que deja incólume, por falta de crítica, un aspecto de la resolución que tiene andamiento suficiente para constituirse en su soporte jurídico o lógico” (JUBA, CC0101 MP 109630 RSD-125-99 S 27-4-1999, autos: “Parisi, Humberto y otros c/ Cooperativa de Obras y Servicios Públicos Batan Ltda. s/ Acción de amparo”, entre otros)”, (“QUINTANA CARLOS DAMIAN CONTRA I.A.D.E.P. S/SUMARISIMO ART.47 LEY 23551”, EXP Nº 414540/10).

En el caso, el memorial de la recurrente no contiene una crítica concreta y razonada, conforme exige la norma citada, sino que, por el contrario, sólo trasluce una disconformidad con lo decidido y no considera ni rebate los fundamentos de la decisión de la A-quo, referidos a la falta de inscripción de la Comunidad, la valoración de la pericial caligráfica, los efectos de la autenticidad de la firma del demandado en el contrato y la falta de acreditación de la simulación, así como la queja no demuestra la errónea valoración de las testimoniales.

Así, los apelantes no rebaten lo expuesto por la A-quo en cuanto a que “no se ha probado un grado de avance del trámite administrativo iniciado a medidos del año 2.013” a los fines de obtener el reconocimiento de la Comunidad, (cfr. fs. 661) limitándose

a señalar que estaba parado por razones políticas y que subsanaron varias observaciones (fs. 702). A partir de ello y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1° de la ley 26.160 y 2 de la ley 23.302, no corresponde enmarcar las presentes actuaciones en el contexto de posesión de las tierras como propiedad originaria, tal como pretende el recurrente.

Además, la Sentenciante refiriéndose a las declaraciones de los testigos Pérez y Muñoz Baltar dice que: "Estas declaraciones y el resultado de la pericia caligráfica, acreditan la celebración del contrato por Roco como arrendatario, y a partir de allí, la justificación de la ocupación de este último y su familia en el lugar, como tenedores del predio, con anterioridad incluso, a la firma del contrato de julio de 2007" (fs. 659), y el recurrente insiste en la inexistencia de la firma de algunas hojas del contrato (fs. 694), pero nada dice en cuanto a que sus dichos resultan insuficientes a los fines de desvirtuar la inexistencia y validez de la relación contractual en tanto el planteo al respecto fue realizado extemporáneamente (cfr. fs. 656vta.), y conforme lo dispuesto por el artículo 277 del C.P.C. y C. el tribunal no puede fallar sobre cuestiones no propuestas oportunamente en primera instancia.

Asimismo, la crítica resulta improcedente teniendo en cuenta el resultado de la pericia caligráfica, en cuanto a la autenticidad de la firma del demandado, y los dispuesto por los artículos 1026, 1028, 1029, 1031, 1033 y concordantes del Código Civil, en especial respecto a que el reconocimiento de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido.

Tampoco el apelante se refiere a lo expuesto por la Sentenciante en cuanto a que la simulación no fue acreditada y "se presenta como contradictoria con el fin buscado en autos, esto en tanto que, aún si hubiese existido una relación de trabajo que se quiso evitar con la firma del contrato con Violante ("causa simulandi" v. fs. 234), esto no modifica el carácter de tenedores del inmueble por parte de quienes lo ocupan, sin que se haya alegado la mentada relación laboral continuara o que se haya formulado un reclamo al respecto" (fs. 656 vta.). Repárese, que al alegar la simulación en la contestación de demanda se sostuvo "[…] que obtuvo la firma de ese contrato por parte de ROCO para evitar la relación de trabajo", (fs. 234). Al respecto, la crítica del recurrente resulta insuficiente para conmover esos fundamentos dado que sólo alega la falta de firmas de los ejemplares donde surgen las obligaciones contractuales (fs. 694).

Además, la Jueza de grado dice que "la firma de los recibos por parte de Roco de fs. 35/52 no resulta contraria a lo acordado en el contrato, por lo que no se evidencia como pauta de la alegada simulación" (fs. 657) y el recurrente alega la supuesta incongruencia entre la cláusula 11 del contrato y los recibos de fs. 35/52, expresando que si dentro de un contrato de arrendamiento el arrendatario debe dar cuentas de su producción, dando un porcentaje y solicitar dinero para su producción, como también tener vacunos y dar cuenta de los mismos, el verdadero espíritu del contrato pierde vigencia (fs. 696). Al respecto, cabe señalar que el recurrente no efectúa ninguna consideración que logre conmover las conclusiones de la A-quo en cuanto a que ello es lo acordado en el contrato en cuestión y que no puede ser tomada como reveladora de una supuesta simulación del acto (cfr. fs. 657). En definitiva, las expresiones del apelante sólo denotan una discrepancia en la valoración de los elementos de prueba obrantes en la causa.

Asimismo, con relación a lo expuesto por la Jueza de grado en cuanto a que:

"Frente a la claridad y precisión de los dichos de los testigos Perez y Muñoz Baltar, las declaraciones de los testigos de la demandada presentan imprecisiones, y no resultan claras respecto a la causa u origen de la ocupación de la tierra que descriptas", (fs. 660 vta.) sólo señala que es reprochable (fs. 702), y se limita a decir que la Sentenciante omitió valorar el testimonio del Sr. Daniel Jaque y dice que son contestes las declaraciones de los testigos Rosa Verónica Sanhueza, Daniela Yanet Rouret Contreras y Marcelo Eduardo Canelli pero ello no es lo que surge de dichas testimoniales.

Por ejemplo, la Sra. Sanhueza dijo que viven en el lugar aproximadamente 15 personas pero luego al ser preguntada cuántas personas viven en la chacra Peñihuen dijo que aproximadamente 5 personas (Marcelo, su hijo, Doña Elsa Roco y el tío), (fs. 554), el Sr. Canelli expresó que son 30 o 40 personas (fs. 699), y la Sra. Rouret Contreras dijo que son entre 10 y 15 personas (fs. 556). Ninguno de los testigos precisó más al respecto.

Asimismo, tampoco se refiere a las testimoniales con relación a la causa u origen de la ocupación de las tierras, ni a la falta de acreditación de la interversión del título.

Por otro lado, nada dice el apelante en cuanto a que "los testigos referidos han descripto actos posesorios del Dr. Violante, y los demás hechos mencionados por el demandado, como la falta de intercambios epistolares por el vencimiento del contrato, o el manejo de la producción, se condicen con la informalidad que puede presumirse en el desarrollo de la relación contractual, a partir de la buena relación y familiaridad de trato entre Roco, Mardones y Violante, que no solo ha mencionado el demandado, sino también descripto algunos de los testigos (v. fs. 470, 475, 553, 558)", (fs. 657).

Además, la A-quo señala que "Incluso, uno de los testigos dijo haber escuchado que el predio había sido propiedad de Violante, otro dijo que escucho que este último estaba en la chacra con la familia Roco, y otro relató que le dio asesoramiento por ser ingeniero agrónomo cuando Violante se lo pidió; y si bien lo aclaró en qué carácter consideró el testigo que aquél requirió sus

servicios, lo puntual en autos, es que evidencia la toma de decisiones sobre la tierra por parte de una persona ajena a la Comunidad, que fue titular del predio, lo que repercute en la prueba de la posesión animus domini invocada".

En punto a ello, nada dice el apelante, quien se limita a disentir con la valoración de los testimonios efectuada por la A-quo.

A partir de lo expuesto, es que las consideraciones del apelante sólo constituyen una mera discrepancia en la valoración que realizó la Jueza de grado de las pruebas aportadas y producidas en autos, que no logran conmover sus conclusiones.

Entonces, como sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el memorial de agravios "[…] presenta defectos de fundamentación pues no contiene —como es imprescindible— una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el a quo, lo que se traduce en ausencia de tratamiento de algunos de los argumentos expuestos en el fallo, sin que la mera reedición de objeciones formuladas en instancias anteriores resulte suficiente para suplir las omisiones aludidas (Fallos: 289:329; 307:2216 y 325:3422)", (FALLOS 334: 1302).

De tal manera, corresponde desestimar la apelación en tanto no cumple con la carga establecida en el art. 265 del C.P.C. y C.

Asimismo el Tribunal Superior de Justicia tiene dicho que: "[…] resulta insuficiente la manifestación de la accionada que es poseedora animus domini para que, por esa sola circunstancia, quede relevada de la carga de probar la verosimilitud de su afirmación, obligando al actor a recurrir a las acciones reales o posesorias para recuperar el inmueble, en atención a que lo que decide un pleito es la prueba y no las simples manifestaciones unilaterales de las partes. Sostener lo contrario, implicaría desnaturalizar la misma acción de desalojo."

"[…] conforme resulta de la prueba rendida y surge de los términos de la sentencia de Primera Instancia, los extremos alegados por la accionada no han sido acreditados como para enervar la procedencia de la acción de desalojo, y de esa forma demostrar su derecho a retener la cosa. A ella le incumbía la carga de la prueba del carácter que adujo revestir y en cuyo mérito fundó su situación de repulsa. Por ello, y en tanto el corpus no hace presumir el animus domini, era la accionada quien debía probar. A lo que se suma –como se apuntó- el reconocimiento que hiciera del derecho sobre la cosa en el I.P.V.U.N. (Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., LL 1996 D, 574)."

"27) Que, asimismo, insisto en el aludido límite, por cuanto la simple manifestación de ser poseedor carece de la fuerza probatoria suficiente como para que se rechace la acción de desalojo. En consecuencia, será indispensable que el accionado acredite que existen circunstancias inequívocas que justifican sacar fuera de la órbita del desalojo el conflicto posesorio que, precisamente, quedaría planteado a partir de las probanzas aportadas. Pues la sola invocación del carácter de poseedor no es suficiente, ya que tal estado debe quedar fehacientemente demostrado."

"28) Que de lo dicho hasta aquí, resta concluir que la posesión no se presume. Entonces, será necesario acreditar que ambos elementos que la integran -corpus y animus- confluyen indudablemente, para decidir que la relación posesoria invocada es inequívoca […]", (Ac. 1/06, autos "OBISPADO DE NEUQUÉN CONTRA CAMPOS MERCEDES Y OTRO SOBRE DESALOJO", Expte. nro. 498-año 2003; citado por esta Sala en autos "ALARCON MONICA CRISTINA C/CASIANO EVANGELINA S/ DESALOJO FINAL. CONTRATO LOCACION", EXP Nº 464827/2012).

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por el Sr. Marcelo Roco a fs. 671 y fundado a fs. 692/705 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 654/661vta. en lo que fue materia de recurso y agravios.

Imponer las costas al recurrente vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Coincido con la solución propuesta por mi colega, toda vez que el recurso no contiene argumentos suficientes capaces de revertir los sólidos fundamentos del fallo de grado.

Sostuvo la magistrada que el desalojo era procedente, atento el vencimiento del contrato de arrendamiento suscripto por el Sr. Roco, cuya invalidez o simulación no logró acreditarse en esta causa. Para así decidir, valoró el resultado de la pericia caligráfica, y los testimonios de Pérez y Muñoz Baltar.

Consideró también que el planteo de inexistencia del contrato era extemporáneo y que la causa simulandi invocada era contradictoria con el fin buscado, en tanto no modificaría el carácter de tenedores del predio por parte de quienes lo ocupan.

Luego de dejar sentado que excede a este proceso cualquier análisis y decisión relacionada al reconocimiento de la Comunidad Indígena y el otorgamiento de personería jurídica, como así también la definición de la posesión y propiedad comunitaria de aquellas tierras -que se dicen- tradicionalmente ocupadas o el acceso a otras, se encarga de analizar la verosimilitud del planteo invocado por los accionados.

En cuanto a la posesión previa alegada por el Sr. Roco y los demás ocupantes como integrantes de una comunidad, sostuvo que dicha posesión no se presume por la sola manifestación de pertenecer a la mentada comunidad. En suma, que se trata de verificar

la seriedad o verosimilitud de la defensa posesoria.

Luego de valorar los testimonios, ofrecidos por ambas partes, concluyó "...

Entonces no alcanza la invocación de la ocupación alegada y retrotraída a 1969 o 1970, desde que para oponerse al desalojo invocando la calidad de poseedores, los demandados deben probar un mejor derecho que el que detenta el mero tenedor, esto por cuanto la mera ocupación no permite inferir el animus domini.....si bien las declaraciones de los testigos de ambas partes describen que Roco y otras personas han ocupado y ocupan las tierras objeto del desalojo –entre otras-, dicha ocupación no resulta suficiente para acreditar el ejercicio de actos que exterioricen el ejercicio de posesión animus dómini del inmueble, y menos que, en este limitado marco cognoscitivo del desalojo, permitan sostener que, prima facie, se advierta que la situación o relación de los demandados con el predio pueda incluirse en el concepto de propiedad originaria que, en esta instancia judicial, se alegó al contestar la demanda. La ocupación de las tierras por Roco y otras personas, la crianza y venta de animales, los cultivos, referidos por los testigos de la demandada, y hasta la construcción de corrales por parte de Carmen Mardonez y Agustin Mardones, mencionada por el testigo Carnelli, tampoco permiten tener por acreditada la posesión invocada como defensa, teniendo en cuenta que todos ellos configuran actos que no resultan extraños a la relación de arrendamiento que se acreditó con la firma del contrato y la declaración de los testigos Perez y Muñoz Baltar, ni a los trabajos y construcciones que Pérez describió que se hicieron por cuenta y orden de Violante".

En su recurso de apelación, los recurrentes insisten en que no se tuvieron en cuenta los cuatro testimonios ofrecidos por la parte demandada y que dan cuenta de que la ocupación por parte de la Comunidad data de 30 años.Desde mi punto de vista, la jueza no pasó por alto tales declaraciones, sino que no las estimó suficientes para acreditar prima facie una posesión animus domini o la propiedad originaria de la tierra.

Nótese que es el propio demandado Roco, alegando su calidad de Lonco de la Comunidad Mapuche, quien alegó "mi madre y mi tío fueron los primeros que se asentaron en la zona de conflicto, entre los años 1969 y 1970, cuando todo era terreno fiscal" (ver hoja 174).

De modo que, de sus propios dichos, no puede colegirse la preexistencia de la alegada ocupación a la conformación del estado neuquino. No surge una ocupación inmemorial o ancestral.

Es que "...el término "tradicionalmente" que se utiliza, es para que se entienda que el reconocimiento no es de las tierras que ocupan en la actualidad pero que no hubieren sido poseídas ancestralmente" (PUJOL DE ZIZZIAS, Irene,

Relevamiento de las tierras de las comunidades indígenas y respeto de los derechos y garantías constitucionales, Cita Online: AP/DOC/1231/2014).

No puede dejar de mencionarse, tampoco, la orfandad probatoria en que incurren los demandados: se los declaró negligentes en la producción de la prueba instrumental en poder de terceros e informativa (ver hoja 629 y vta.), y tampoco ofrecieron, por ejemplo, pericia antropológica, o algún otro elemento de prueba que permita demostrar, al menos prima facie, la verosimilitud de laocupación tradicional que invocan (veáse que en otras presentaciones judiciales si ofrecieron dicha prueba –hoja 220-).

Por ende, y sin desconocer la doctrina de la Corte Suprema que, con sustento en el art. 75, inc.17, de la Constitución Nacional, el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los arts. 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, y la ley 26.160 y sus modificatorias, sostuvo que: "cuando existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud suficiente que las tierras puedan formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida precautoria de desalojo" (Corte Suprema de Justicia de la Nación • 10/11/2015 • Martínez Pérez, José Luis c. Palma, América y otros s/ medida cautelar s/ casación • LA LEY 03/12/2015, 7 • AR/JUR/46003/2015), coincido en que la opacidad probatoria a la que hiciera mención, impide considerar este caso subsumible en tal doctrina.

Nótese que en dicho precedente, la Procuradora –a cuyo dictamen remitió la Corte- tuvo especialmente en cuenta un informe del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, consistente en el relevamiento territorial de la parcela en disputa y del cual surgía el especial lazo material y simbólico que mantenían los integrantes de la comunidad con las tierras que ocupan.

Ningún informe de las mentadas características obra en esta causa, ni tampoco puede inferirse –reitero, con los escasos elementos de prueba aportados- ese especial vínculo con la tierra (véase que aquí el demandado afirmó, refiriéndose al inmueble: "... si no me lo pagan no se lo puedo ceder", hoja 544 vta).

Por estas razones, y las que ha señalado mi colega, coincido en que el recurso debe ser desestimado.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el Sr. Marcelo Roco a fs. 671 y fundado a fs. 692/705 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 654/661vta. en lo que fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas al recurrente vencido y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 68 del C.P.C. y C.).
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

"CARRASCO HECTOR JESUS C/ ZILLE S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 377365/2008) – Sentencia: 156/17 – Fecha: 01/08/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. ACUERDO DE PARTES. NULIDAD DEL CONVENIO. PRESENCIA DEL TRABAJADOR. SINDICATO. REPRESENTACION COLECTIVA. FALTA DE CONSETIMIENTO ESCRITOR DE LOS INTERSADOS. DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

Resulta ajustada a derecho la sentencia que declara nulo el acuerdo por el cual las partes resolvieran la relación laboral, pues los representantes sindicales actuaron ante la Subsecretaría de Trabajo provincial sin el consentimiento escrito de los interesados, dado que las firmas insertas en los anexos no pueden tener entidad como consentimiento de lo actuado, no habiéndose ratificado nunca el acuerdo celebrado por parte de los trabajadores involucrados, por lo que debe ser entendido el mismo, en atención a las manifestaciones de la empleadora, como despido sin justa causa del demandante.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Agosto del año 2017
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "CARRASCO HECTOR JESUS C/ ZILLE S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (JNQLA2 EXP 377365/2008) 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 de grado que hace lugar en parte a la demanda y condena al pago de $ 6.116,20.- en concepto de rubros indemnizatorios (antigüedad, sustitutiva de preaviso, vacaciones, SAC, entre otros) y rechaza la solidaridad de YPF con la empresa Zille S.R.L., apela ésta última.
Señala que se trató de una extinción por mutuo acuerdo y que no existe perjuicio alguno para el actor, por cuanto además de seguir trabajando, recibió una cuantiosa gratificación. Cita a continuación lo decidido por el TSJ en el Acuerdo 14/05.
Dice que se equivoca la sentencia al declarar nulo el acuerdo por el cual las partes resolvieran la relación laboral, puesto que hay que tener en cuenta que el Sindicato bien puede representar los intereses individuales.
Según entiende, la desvinculación entre Zille e YPF podría haberse instrumentado bajo el art. 247LCT, sin embargo el actor junto al resto del personal, negoció y obtuvo una desvinculación por mutuo acuerdo. Y añade que el actor lo ratificó personalmente, cobró la gratificación, solicitó el archivo de las actuaciones y se opuso recién dos años después y por carta documento.
Insiste que la voluntad no está viciada y que la sentencia al prescindir de la rúbrica individual, habilita el reclamo de nulidad.

Cita el art. 43 de la ley orgánica de la Subsecretaría de Trabajo y señala que la sentencia prescinde de que la asociación gremial puede invocar la representación de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores.

Agrega que los trabajadores prestaron su conformidad con su propia firma inserta en los anexos del acta.

Impugna la base de cálculo de la sentencia para determinar la MRMNH, puntualmente un adicional no remunerativo por comidas. Asimismo, se agravia del cálculo efectuado respecto del SAC sobre preaviso y el devengamiento de intereses.

Corrido el traslado de ley, la contraria guarda silencio.

2.- El recurso no habrá de prosperar.

Tal como señalara en la causa "SOSA JULIO C/ EMPRESA ZILLE S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (EXP Nº 377383/8), comparto la posición sostenida por quienes lideraran las mayorías en autos "Cañicura c/Zille" y "Bravo c/Zille", supuestos análogos al presente. He de remitirme entonces a sus desarrollos, los que haré míos en este caso.

En efecto, el art. 241 de la LCT, al reglamentar la extinción expresa por voluntad concurrente de las partes, exige: 1) que el acto se instrumente por escrito; 2) por escritura pública o ante autoridad judicial o administrativa del trabajo y 3) con la presencia personal del trabajador, todo ello, a fin de garantizar las condiciones en que el trabajador formulará su manifestación de voluntad.

Situados en el ámbito de los acuerdos resolutorios expresos, la presencia personal es ineludible.

Y, tal como lo señalara la Dra. Clérici, en términos que –como adelantara- hago propios:

"La norma del art. 241 de la LCT resulta clara en orden a que aquellas convenciones en que las partes, por mutuo acuerdo, ponen fin al contrato de trabajo, no sólo deben formalizarse por escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo, sino que deben contar con la presencia personal del trabajador, bajo pena de nulidad.

Tanto Juan Carlos Fernández Madrid ("Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1966) como Julio Armando Grisolía ("Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Ed. Abeledo Perrot, 2008, T. II, pág. 1226/1227) son contestes en que el acto requiere siempre de la presencia del trabajador, lo cual excluye la posibilidad de que sea representado por un apoderado.

En autos, el acuerdo de fs. 206 fue celebrado entre la empleadora y representantes del Sindicato de Petróleo y Gas Privado de Río Negro y Neuquén, quienes ni siquiera indican que cargos o que representación sindical ejercen.

De ninguna manera la firma del actor en el Anexo A de fs. 210 puede entenderse como integrativa del acuerdo celebrado, ya que no existe referencia a que acta acuerdo se está refiriendo, ni se sabe que es lo que ha suscripto el trabajador desde el momento que en ella sólo consta el nombre de la persona, su número de CUIL, la categoría y número de legajo, con más una suma de dinero en carácter de gratificación. Ello sin dejar de advertir que la suscripción de tal anexo, incluso si se pudiera entender como referido al acuerdo de fs. 206, no reemplaza a la presencia del trabajador en el acto.

Pero, además de la ausencia del trabajador, circunstancia que determina que el acto carezca de uno de sus recaudos esenciales para su validez, ha existido una extralimitación en el ejercicio de sus funciones por parte de los representantes sindicales, que también acarrea la nulidad del acto.

Al sindicato se le reconoce un amplio poder de representación de los trabajadores en el ejercicio de los derechos colectivos de la categoría profesional en la que actúa; pero un limitado poder de representación en cuanto al ejercicio de los derechos individuales de sus afiliados (cfr. Cornaglia, Ricardo, "Derecho Colectivo del Trabajo Derecho Sindical", Ed. La Ley, 2010, pág. 381).

La reglamentación de la Ley 23.551 (art. 22 del Decreto nº 467/88) establece que para poder actuar representando intereses individuales de los trabajadores como es el supuesto de autos, donde se trata de la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo- el sindicato, aún contando con personería gremial, debe tener el consentimiento del trabajador otorgado por escrito.

Jurisprudencialmente se ha determinado que "la representación de los intereses individuales de los trabajadores requiere -si la asociación sindical tuviere personería gremial- la acreditación del consentimiento por escrito de los interesados"(CSJ Santa Fe, sentencia del 3/4/1996, "Bianco c/ Municipalidad de Venado Tuerto")

En el sub lite falta también este recaudo ya que los representantes sindicales que actuaran ante la Subsecretaría de Trabajo provincial no acreditaron contar con el consentimiento escrito de los interesados, dado que las firmas insertas en los anexos no pueden tener entidad como consentimiento de lo actuado conforme ya lo explicara, no habiéndose ratificado nunca el acuerdo celebrado por parte de los trabajadores involucrados.

Tal circunstancia trae también como consecuencia la nulidad del acuerdo, toda vez que los representantes sindicales carecieron de mandato para decidir la extinción del contrato de trabajo.

Frente al acto nulo no resulta de ninguna gravitación -a mi criterio- que el demandante haya percibido las sumas depositadas en concepto de gratificaciones por cese. Ello así desde el momento que la gratificación importa una liberalidad por parte del empleador, que voluntariamente la otorga en reconocimiento de alguna circunstancia y a cuenta o "compensable" conforme reza el

acta de fs. 206 por créditos futuros de los trabajadores, por lo que la percepción de sumas dinerarias en tal concepto no tiene virtualidad para convalidar un acuerdo celebrado sin la presencia del trabajador, requerida bajo pena de nulidad.

Consecuentemente resulta ajustado a derecho lo decidido por la sentencia de grado en orden a la invalidez del acuerdo suscripto entre la demandada y los representantes sindicales, debiendo ser entendido el mismo, en atención a las manifestaciones de la empleadora, como despido sin justa causa del demandante…"

En similar línea sostuvo el Dr. Medori:

"…Del mismo modo que la voluntad concurrente de las partes puede dar nacimiento y vida a la relación contractual laboral, por el mismo medio puede extinguirla, consecuencia lógica del principio de libertad contractual (art. 1.200 del Cód. Civ.). En este sentido, el mutuo acuerdo disolutivo es un negocio bilateral extintivo de la relación de trabajo que deroga (quita vigencia) a la norma (puesta por el negocio contractual laboral) constitutiva de dicha relación.

Este acuerdo de voluntades enderezado a dejar sin efecto la relación obligatoria constituye un acuerdo o pacto liberatorio, cuya finalidad es poner término a una relación laboral ya iniciada. El que imbuido de la especial finalidad tuitiva de la disciplina, está sujeto al cumplimiento de severos requisitos formales, bajo pena de nulidad. Los requisitos exigidos son: la realización por escrito, mediante instrumento público, ya sea mediante escritura pública, ante un escribano, o bien ante la autoridad judicial o administrativa, y con la presencia personal del trabajador. Se trata de recaudos respecto de la forma del acto, no de su prueba, vale decir: con carácter constitutivo o ad solemnitatem, por lo que su inobservancia trae aparejada la invalidez del acto. (p. 61 y ss., Rev. Dcho. Lab. 2000-1, Extinción del contrato de trabajo- I, Rubinzal-Culzoni)…"-

"… La jurisprudencia nacional ha dicho en casos similares que: "La exigencia legislativa de la presencia personal del trabajador para la validez formal y sustancial del acto jurídico de extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de partes (art. 241, L.C.T.) no se suple con la participación de las autoridades de la asociación gremial respectiva en la celebración del acuerdo." (Referencia Normativa: Ley 20744 Art. 241 (t.o.) Scba, L 46244 S, 16/07/1991, Juez: Negri (sd), Caratula: Carrizo, Andrés Avelino C/ Volkswagen S.A. Y Ot. S/Despido, Publicaciones: AyS 1991-II, 494, Mag. Votantes: Negri - Salas - Mercader - Laborde Pisano- LDT).

"Resulta conveniente recordar que la norma en cuestión -art. 241 LCT-, exige que la extinción por mutuo acuerdo del contrato de trabajo se realice bajo determinadas solemnidades (formalización mediante escritura pública, o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo, con presencia personal del trabajador), y determina que el incumplimiento de tales requerimientos conlleva la nulidad del acto. Las especiales formalidades con que el ordenamiento laboral rodea a la extinción del vínculo por mutuo acuerdo, han sido impuestas por la ley en beneficio exclusivo del trabajador, encontrándose orientadas a preservar el contenido auténtico de la manifestación de voluntad del trabajador, a prevenir la consumación de fraudes en su perjuicio, y a otorgarle certeza y seguridad jurídica en la celebración del acto, presentándose de este modo las formalidades requeridas, como una manifestación más de la finalidad tuitiva que impregna al derecho del trabajo." (DRES.: DATO GOANE GANDUR, MONTEROS LUIS HORACIO C/SANATORIO SARMIENTO S.R.L. s/COBRO DE PESOS, 27/02/2007{F}, Sentencia Nº: 55, Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y Contencioso Administrativo-LDT)…" (cfr. "Bravo c. Zille", Sala III, 13/12/12).

Y como señalara también la Dra. Clérici en autos "BARROSO C/EMPRESA ZILLE SRL", Expte. Nº 377382/2008, "...la solución a dar a estas actuaciones es igual a la propiciada en el fallo transcripto, toda vez que los hechos son los mismos.

A ello agrego que el propio trabajador desconoce las facultades de los representantes sindicales para rescindir en su nombre el vínculo laboral, alegando que se trata de un acto personalísimo (fs. 9)". En esta causa, ver hoja 32.

"En cuanto a la solicitud de archivo de fs. 48, no surge de ella la ratificación pretendida por la demandada, ya que solamente se hacer referencia a que el trabajador ha percibido la segunda cuota del total de la liquidación final, solicitando el archivo de las actuaciones". Con relación a este expediente, ver hoja 390.

"Entiendo pertinente recordar, ante la insistencia de la recurrente en el exceso de rigor formal y el principio de primacía de la realidad, que el derecho del trabajo efectiviza a nivel infraconstitucional el principio protectorio afincado en al art. 14 bis de la Constitución Nacional. Tal como lo señala Juan Carlos Fernández Madrid, las reglas de aplicación del principio protectorio giran alrededor de la centralidad y la dignidad del ser humano, siendo su aspecto más relevante el principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 12, LCT) –cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo", Ed. La Ley, 2009, T. I, pág. 293".

"La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala VI), con voto del Dr. De La Fuente, en autos "Velazco c/ Celulosa Jujuy S.A." (sentencia del 14/10/1998), determinó que resultaba nulo, de nulidad absoluta, un acuerdo novatorio de condiciones de trabajo en razón de que, en violación de la normativa vigente, se perjudicó grave y notoriamente al trabajador, sin que éste obtuviera ningún beneficio o ventaja a cambio. Textualmente se dijo en el fallo citado: "El referido acuerdo novatorio resulta violatorio del principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 12 LCT) en cuanto Velazco a través de dicho acuerdo está

renunciando a derechos que le son indisponibles y el empleador no ha arrimado ningún elemento de prueba que acredite que el actor ha obtenido a cambio contraprestaciones o ventajas que descartan la existencia de una renuncia prohibida". Y en autos "Bariain c/ Mercedes Benz Argentina S.A." (14/5/1985, LT XXXIII, pág. 539), la misma Cámara, con voto del Dr. Capón Filas, señaló que el punto de partida para el análisis de supuestos como el de autos es que en una relación laboral una de las partes está en condiciones de imponer su voluntad sobre la otra y que hay que interpretar restrictivamente los alcances de un consentimiento que puede no ser tal".

"Salvando la distancia existente entre los precedentes señalados y la situación que se analiza en estas actuaciones, dado que se trata de hechos no del todo iguales, lo importante, en mi opinión, es que las bases sobre las que podría sustentarse un análisis del caso a la luz del principio de primacía de la realidad no se encuentran acreditadas en autos".

"Si bien la demandada invoca, como parte del acuerdo, la continuidad de la relación laboral con otra empresa de la actividad, nada dice el acuerdo respecto a la transferencia del contrato de trabajo, sino que se alude, lisa y llanamente, a la finalización de la relación de trabajo. Tampoco se ha demostrado que en la realidad ello sucediera". Por el contrario, en esta causa, la empresa OPS SRL informa que el actor jamás trabajó en dicha empresa (ver hoja 195).

"Destaco aquí que lo determinante hubiera sido la transferencia del contrato de trabajo, pero de ninguna manera podría considerarse, aunque se probara, que la contratación del trabajador por otro empleador pueda significar una ventaja para éste, desde el momento que se pierde en esta caso todos los beneficios derivados de la antigüedad en el empleo. Además de no conocerse ni la categoría laboral ni la remuneración con que habría sido contratado en su nuevo trabajo".

"Tampoco la percepción de las sumas acordadas en sede administrativa por parte del trabajador resulta de relevancia para el caso ya que ellas son manifiestamente inferiores a las indemnizaciones que le corresponde en razón de la ruptura del contrato de trabajo".

"Luego tampoco puede entenderse que existe un exceso de rigor formal cuando se aplica una norma que prevé expresamente la nulidad de lo actuado sin la presencia del trabajador. No sólo porque se trata de una disposición del legislador que así lo ha determinado, sino también porque la razón de este rigor en la sanción tiene su fundamento en la hiposuficiencia del trabajador, que el derecho del trabajo trata de superar a través de sus normas protectorias".

"Insisto, el trabajador no se encontró presente en el momento del acuerdo, ni otorgó mandato expreso a los representantes sindicales, por lo que mal puede entenderse que voluntariamente prestó conformidad con el acuerdo arribado. Héctor J. Scotti es terminante cuando afirma que la extinción por mutuo acuerdo expreso no se reputará válidamente cumplida si se realiza mediante documento privado o cuando la presencia del dependiente sea suplida por la de un apoderado, sin importar las facultades que posea (aut. cit. "Extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2001-I, pág. 48)".

Los términos en los que ha quedado trabada la litis me persuaden de que esta es la solución adecuada a las circunstancias del caso. Estas razones son enteramente trasladables a este análogo caso que nos toca decidir (no advierto en los aspectos a resolver, particularidad alguna que justifique una decisión dispar).

En mérito a ello, entiendo que la decisión de la magistrada se ajusta a derecho y a las circunstancias del caso, por lo que debe ser confirmada.

Tampoco es óbice para ello, la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia; ello así, en tanto las particularidades que rodearan ese supuesto no son las de este caso.

Señaló con acierto el Dr. Medori que: "…en aquel se garantizaba el acceso a los puestos de trabajo en la nueva concesionaria y el reconocimiento de la antigüedad anterior, lo que no se ha acreditado en forma alguna en los presentes. En referencia se dijo "Es mi parecer que, frente a la preservación del empleo que se lograra a raíz de los acuerdos y recaudos antes aludidos, evitando de tal modo la posibilidad de despidos masivos de trabajadores del sector del transporte urbano de pasajeros, acceder al planteo que postulan los reclamantes, desvirtuaría llanamente el instituto y finalidad de la indemnización por despido incausado, que no es otra que compensar los daños comunes emergentes, justamente, de la situación de despido. Supuesto, este último que, conforme se ha visto, no se configura en la especie. En ese mismo orden de ideas sostengo que, en el caso, no se ha visto menguado el orden público laboral, al propender los acuerdos "marco" celebrados entre los distintos sectores sociales ya mencionados, a la conservación de las fuentes de empleo, valor que adquiere una importancia no desdeñable en la materia aquí tratada".

3.- Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, entiendo que es acertada la liquidación que dispone la magistrada, teniendo en cuenta que la remuneración tomada a los efectos del cálculo de la indemnización por despido es habitual a tenor de la propia documentación glosada, percibiendo mensualmente un adicional por comidas.

Si bien el apelante critica esta decisión, no indica cual sería, a su criterio, la mejor remuneración mensual, normal y habitual que

debiera considerarse, sino que su crítica pretende la exclusión del adicional antedicho.

Tal como señalara la Dra. Clérici en la causa "BARROSO", ya citada: "...La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido conceptos importantes a tener en cuenta en oportunidad de otorgar carácter remunerativo o no a una prestación otorgada por el empleador. Así, al fallar la causa "Pérez c/ Disco S.A." (sentencia del 1 de septiembre de 2009), la Corte rescató que la LCT establece que habrá de considerarse salario o sueldo "la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo", concepto que coincide con la definición internacionalmente aceptada del Convenio nº 95 de la OIT, cuyo art. 1º caracteriza al salario como "la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por un acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo… por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar". También puso de manifiesto lo dispuesto por los arts. 6º y 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a que el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo, y que debe considerarse salario o remuneración la prestación debida por el empleador al empleado. Por ello, la Corte Suprema, en el fallo señalado, fulminó como inconstitucional la naturaleza no remuneratoria de los vales alimentarios explicando, con argumentos que también son de peso para el sub lite en atención al planteo de la demandada, que nominar como beneficios sociales a dichos vales importa mutar al trabajador en beneficiario de tales prestaciones y al empleador en beneficiador social; suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte del empleador, traduce una calificación que resulta "poco afortunada, carente de contenido y un evidente contrasentido".

"...Iguales consideraciones merece el adicional por comida, sobre el que también esta Sala II se ha pronunciado, aunque con referencia al CCT 536/2008.

En autos "Martínez c/ Perfil S.R.L." (expte. n° 413.499/2010, P.S. 2012-IV, n° 147) se dijo que "En el ya citado precedente "Pérez c/ Disco" (TySS 2009, pág. 775), cuya doctrina fuera posteriormente ratificada en "González c/ Polimat" (sentencia del 19/5/2010, LL diario del 8/6/2010, pág. 7), el máximo tribunal nacional fue terminante respecto a que "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doc. "Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación", Fallos 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje de nomen iuris sería inconstitucional (Fallos 329:3680)" y que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio de retribución justa" (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, considerando 11). Asimismo, surge de los fallos señalados que el concepto de remuneración debe ser interpretado a la luz de lo previsto en el art. 103 de la LCT, coincidente con la definición que de ese instituto trae el Convenio n° 95 de la OIT".

"Analizadas, entonces, las previsiones convencionales cuestionadas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no cabe sino concluir, en coincidencia con la a quo, que el bono de paz social y normal desarrollo de las operaciones, cuya vigencia prorroga el art. 14 bis del CCT 536/8, como las viandas compensables en dinero que refiere el art. 34 del mismo convenio, el beneficio del art. 34 bis, la asignación por alimento/vianda –refrigerio del art. 60 y la vianda del art. 80, todos del convenio citado, constituyen una ganancia para el trabajador que reconoce como exclusiva fuente el contrato de trabajo y la prestación laboral del trabajador, por lo que su naturaleza es remunerativa, de acuerdo con el art. 103 de la LCT... Tampoco incide sobre la calificación de remunerativos de los conceptos convencionales el hecho que hayan sido establecidos como no remunerativos por la convención colectiva de trabajo ya que, tal como lo ha señalado la CNAT, la negociación paritaria no debe contener cláusulas que resulten violatorias del orden público laboral, por lo que la asignación del carácter de beneficio social a determinadas prestaciones como producto de la negociación colectiva no obliga al juez, quién lo puede incluir como parte de la remuneración (cfr. Sala X, "Brunetti c/ Telecom Argentina", 31/8/2011, LL on line AR/JUR/48447/2011; Sala II, "Giunta Parodi c/ Telecom Argentina", 30/3/2012, LL on line AR/JUR/9923/2012)".

De lo dicho se sigue que la mejor remuneración mensual, normal y habitual considerada en el fallo de grado es correcta.

4.- Plantea el quejoso que corresponde aplicar el criterio de normalidad próxima para liquidar "el preaviso, integración, etc... conforme fuera liquidado oportunamente por la empresa".

Si bien la sentencia de grado liquida estos rubros tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, se observa que no es posible acoger el agravio, puesto que para el cálculo que propone el apelante con sustento en el criterio de normalidad próxima, necesariamente debe computarse el salario de septiembre de 2005 (la relación laboral finalizó con fecha 30 de septiembre de 2005) y dicho recibo no ha sido acompañado por la accionada a esta causa, jugando entonces lo prescripto por

los art. 21 y 38 de la ley 921. Al ser ello así, no corresponde apartarse del monto considerado por la magistrada.

De todas maneras, tampoco se observa –y mucho menos el recurrente demuestra-, que si se tomara en cuenta el recibo correspondiente a agosto de 2005 o bien, el promedio de los últimos seis meses, como propone el quejoso, el monto resultante fuera inferior al considerado en el decisorio (ver hojas 89/95).

5.- En cuanto al SAC s/ preaviso, entiendo que la queja tampoco será procedente.Esta Alzada tiene dicho al respecto: "...aún cuando es cierto que la sustitución del preaviso tiene carácter indemnizatorio, se ha resuelto: "Toda vez que la indemnización prevista por el artículo 232 L.C.T. se debe calcular en base a la remuneración que le hubiera correspondido al dependiente en caso de otorgársele efectivamente el preaviso, resulta ajustada a derecho la condena al pago del SAC sobre tal indemnización sustitutiva, pues de lo contrario implicaría que en caso de no otorgarse el preaviso se abonaría una suma inferior a los supuestos en que efectivamente se goza, consecuencia que no se compadece con la norma citada" (CNATr., Sala III, sent. 73.554 del 24/3/97, "B.J" 1998-206/207 citado en Ley de Contrato de Trabajo-pág.528-Miguel Angel Sardegna-Editorial Universidad).

En igual sentido "A la indemnización sustitutiva del preaviso debe sumársele la parte proporcional del aguinaldo, pues en caso contrario no sería completa, por tratarse éste último de un salario diferido. Empero, dado su carácter resarcitorio no genera a su vez salario anual complementario" ("Nuevas Modalidades del Contrato de Trabajo..." Victor Hugo Alvarez Chavez-Rubinzal Culzoni - pág. 161).

Respecto al tema jurisprudencialmente se ha señalado: "En igual sentido, desde que el sueldo anual complementario, pese a que se perciba dos veces al año, se devenga día a día, no existe fundamento legal alguno que autorice a desestimar su incidencia en la base de cálculo del preaviso" (Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X- 27/10/1997- Márquez Aranguri, Julio C. c. Centro Gallego de Buenos Aires en: DJ 1999-3, 150 L.L. On line).

"El sueldo anual complementario debe integrar la indemnización por falta de preaviso, dado que el aguinaldo se gana o devenga día a día, de modo que se incorpora día a día a la remuneración del prestador de servicios, sin que su pago diferido (carácter general de las remuneraciones), altere su naturaleza." (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Dolores 28/08/1984 Villareal, Víctor H. c. Neyra, Osvaldo -L.L.On line).

"A la indemnización sustitutiva del preaviso debe sumársele la parte proporcional del aguinaldo pues en caso contrario no sería completa por tratarse este último de un salario diferido." (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 05/08/1980 Ortega, Oscar c. Somisa DT 1981-A, 131 - DJBA 119, 665-L.L.On line)" (Sala II, "MATUS C/SEGUMAR SRL", Expte. EXP Nº 353055/7).

Aplicando estos lineamientos al supuesto de autos, se concluye en la improcedencia del agravio también en este aspecto.

Por último, el agravio correspondiente a los intereses aplicables a las multas (art. 2 ley 25.323 y 80 LCT), no reúne los requisitos del art. 265 CPCC, desde que el decisorio apelado no acoge ninguno de esos rubros.

Por estas consideraciones propicio el rechazo del recurso interpuesto. Las costas de la presente instancia se imponen a la apelante perdidosa (art. 17, ley 921). TAL MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recuso de apelación deducido por la codemandada y confirmar la sentencia de grado, en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, ley 921).

3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en 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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"EXTER NEUQUEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 503217/2014) – Sentencia: 157/17 – Fecha: 01/08/2017

DERECHO CIVIL: Obligaciones de dar sumas de dinero.

ADMINISTRACION PÚBLICA. FACULTADES DE LA ADMINISTRACION. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTRATACION DIRECTA. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. FALTA DE ACUERDO DE VOLUNTADES. FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO. NULIDAD DE LA CONTRATACION. JUEZ. FACULTADES DEL JUEZ.

1.- La Administración Pública no es libre para decidir, sino en tanto y en cuanto cumpla con los objetivos o cometidos previstos en las normas que regulan su actuación (principio de legalidad). Desde esta perspectiva, se encuentra sujeta, en todos los casos, a los principios del ordenamiento jurídico y a los procedimientos que éste establece para el cumplimiento de sus fines.

2.- La formación de la voluntad de las partes surgirá de un procedimiento escrito tramitado en un expediente administrativo, mediante el cual la Administración exprese su voluntad de contratar, de recurrir a un procedimiento excepcional –tal el caso de la contratación directa- justifique su proceder, establezca las condiciones de contratación, seleccione un cocontratante, y suscriba el contrato que evidencie el acuerdo de voluntades al cual han arribado las partes intervinientes. En el caso, el acuerdo de voluntades no existió.

3.- Las contrataciones administrativas deben concretarse con apego a las formas requeridas por la ley porque, de lo contrario, se las tendrá por inválidas o inexistentes.

4.- La circunstancia de que la formación e incluso la expresión de la voluntad administrativa se encuentren reguladas jurídicamente, da lugar a que las trasgresiones a ese ordenamiento puedan constituir vicios que afecten la validez y la eficacia de dicha voluntad.

5.- Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto, supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública, y por tanto impone al juez la obligación de declarar su nulidad.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "EXTER NEUQUEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" (JNQCI1 EXP 503217/2014) 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 al Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La Provincia demandada, apela la sentencia dictada en esta causa.

Indica que la declaración de incompetencia del TSJ en la causa Rossomano es irrelevante para determinar el derecho aplicable al caso.

Explica que, más allá de la declaración de incompetencia, es reiterada su doctrina en punto a que la validez de las contrataciones dependen del cumplimiento de las formalidades y exigencias legales, siendo relevantes las de derecho público local.

Sostiene que no se observaron ninguna de las disposiciones contenidas en la Ley 2141 de administración financiera y su reglamentación.

Indica que no se han acreditado las circunstancias que justificaban este tipo de contratación. Se refiere a la razonabilidad de los precios y la ausencia de parámetros.

Entiende que, toda vez que de la pericia contable y de lo manifestado por las partes, surge claro que no se ha dado cumplimiento a las formas esenciales de contratación la demanda debe ser rechazada en todas sus partes, con costas.

Sustanciados los agravios, con contestados en hojas 299/300.

Sostiene que la crítica es insuficiente para contrarrestar los argumentos de la sentenciante, por lo que pide que el recurso sea desestimado.

Así planteada la cuestión, entiendo que le asiste razón al recurrente en sus planteos. Explicaré las razones que me llevan a acoger las críticas y revocar el pronunciamiento en todas sus partes.

2. En primer lugar, debo señalar que la Administración Pública no es libre para decidir, sino en tanto y en cuanto cumpla con los objetivos o cometidos previstos en las normas que regulan su actuación (principio de legalidad).

Desde esta perspectiva, se encuentra sujeta, en todos los casos, a los principios del ordenamiento jurídico y a los procedimientos que éste establece para el cumplimiento de sus fines.

Es que como “expone Héctor Escola, dos voluntades distintas concurren a la formación del contrato administrativo: por una parte, la de la administración pública, sujeto necesario de este tipo de contratos; y por la otra, la de los particulares que contratan con ella. Ambas voluntades deben entrelazarse para dar lugar a la voluntad común del contrato administrativo y en la que éste consiste. Sin embargo, este entrelazamiento, no puede efectuarse de cualquier modo, según el deseo de los contratantes, sino que se encuentra regido por el derecho administrativo, a partir de normas que dan lugar a diversos procedimientos que variarán de acuerdo a los diferentes casos. (Cfr. Escola Héctor, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", Tomo I, Parte General, págs. 202 y ss.).

En este orden, el proceso de formación de la voluntad administrativa, presenta la particularidad de ser un procedimiento regulado jurídicamente por normas de distinto nivel. La circunstancia de que la formación e incluso la expresión de la voluntad administrativa se encuentren reguladas jurídicamente, da lugar a que las trasgresiones a ese ordenamiento puedan constituir vicios que afecten la validez y la eficacia de dicha voluntad.

Y todas estas cuestiones vinculadas con la voluntad administrativa, dan lugar a sostener con todo acierto, tal lo efectúa Garrido Falla, que en definitiva, y respecto de la administración pública, el consentimiento se resuelve en todos los casos, en una cuestión de procedimiento y de competencia, concepto que incluye asimismo, el proceso de formación del contrato como tal. (Cfr. op. cit. págs. 293 y ss.)…” (cfr. STJ Ac. 786/01).

2.1. Ahora bien, en este caso y con excepción de lo actuado en los expedientes 5200 004373/11, 5200 005044/11; 5200005045/11, 5200 004790/11, 52004893/11 5200 005036/11 y 5200 005043/11 (sobre cuyo análisis volveré más adelante), no ha existido ningún acto administrativo que habilitara al actor a realizar los trabajos: En todos los casos, los expedientes se abren con un pedido de pago de facturas por trabajos ya llevados a cabo (como ejemplo, valga lo actuado en expte. 5200009390/2011).

Esto hace que sea aplicable aquí, lo también indicado por el TSJ en autos “Godoy”:

“…Es sabido que la ley 1284 define al contrato administrativo como “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa” (art. 37 inc. c).

En este contexto, la formación de la voluntad de las partes surgirá de un procedimiento escrito tramitado en un expediente administrativo, mediante el cual la Administración exprese su voluntad de contratar, de recurrir a un procedimiento excepcional –tal el caso de la contratación directa- justifique su proceder, establezca las condiciones de contratación, seleccione un cocontratante, y suscriba el contrato que evidencie el acuerdo de voluntades al cual han arribado las partes intervinientes.

En el caso, el acuerdo de voluntades no existió.

XI.- Se puede concluir entonces que no se ha dado cumplimiento con las formalidades exigidas por las normas pertinentes.

Tal falta de cumplimiento, impacta en forma directa sobre la alegada contratación por cuanto impide tener por acreditada su existencia.

Asimismo, ha de señalarse en relación al actor, que la exigencia de buena fe y diligencia del particular se acentúa en el caso de los contratistas o potenciales contratistas del Estado, que poseen un deber de diligencia calificado (Fallos 319:1681).

Es que quien contrata con la Administración o pretende hacerlo, tiene el deber de conocer la exigencia normativa del procedimiento administrativo al que se somete y no puede ampararse en el incumplimiento de la legalidad administrativa para obtener beneficios.

El apego al principio de legalidad, impone a la Administración Pública, la exigencia de una estricta sujeción a la normativa que lo habilita a contratar.

Del mismo modo, exige al contratista, en su rol de colaborador del Estado, conocer y respetar dicha normativa.

En definitiva: las contrataciones administrativas deben concretarse con apego a las formas requeridas por la ley porque, de lo contrario, se las tendrá por inválidas o inexistentes.

En consecuencia, y siendo que la validez de los contratos que la Administración celebra, se encuentra supeditada a la legalidad de la forma y procedimientos de contratación, las irregularidades que surgen en el caso – inexistencia de acto administrativo que exteriorice la voluntad de la demandada de contratar con la actora y la autorice a llevar adelante las obras en cuestión- se proyecta sobre los supuestos contratos, privándolos de toda validez.

Así, la existencia de un contrato presupone la concurrencia de voluntades y, en el caso de los contratos administrativos, la voluntad contractual del Estado, para ser considerada tal, exige que se cumpla con el procedimiento regulado jurídicamente por normas de distinto nivel.

Como se señalara, la circunstancia de que la formación e incluso la expresión de la voluntad administrativa se encuentren reguladas jurídicamente, da lugar a que las trasgresiones a ese ordenamiento puedan constituir vicios que afecten la validez y la eficacia de dicha voluntad.

Por lo tanto, no habiéndose cumplido, en el caso, con los procedimientos que habilitan a una contratación directa, mal podría sostenerse que ha concurrido “la voluntad” del Estado para contratar. Desde esta perspectiva, el vicio existente en la formación de la voluntad administrativa, desde el inicio, impide situar la cuestión en la órbita contractual. En consecuencia, la pretensión formulada en esos términos, debe ser desestimada…” (cfr. Ac. 58/2017).

2.2. Es que en definitiva, en este caso no se han cumplido las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.

Y como también reiteradamente ha señalado nuestro TSJ, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia” (Fallos 323:1515, 323:3924 y 324:3019 entre otros).

Y, en nuestra Provincia, la Ley de Administración Financiera (2141) y el Reglamento de Contrataciones (Decreto 2758/95 y sus modificatorios) fijan los principios generales a los que deben ajustarse las contrataciones. Establece como regla general que todo contrato debe hacerse por licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos, y por remate o licitación pública cuando se deriven ingresos.

Es claro que tal regla tiene sus excepciones, y así el art. 64 de la Ley 2141 establece que puede contratarse directamente cuando –entre otras causas- medien probadas razones de urgencia, o caso fortuito, no previsibles, o no sea posible la licitación o el remate público, o su realización resienta seriamente el servicio, hasta el tope de lo establecido en el artículo 1 del Anexo II del Reglamento de Contrataciones.

Este tope ha sufrido sucesivas modificaciones (conf. Decretos 1871/04, 1076/05, 83/07, 109/08, 789/08, 119/09 y 2103/09). Finalmente se estableció –en lo que aquí interesa- que para las contrataciones de trabajo de refacción, reparaciones y/o mantenimiento con destino a edificios escolares el monto para contratación directa era hasta $200.000 y para las contrataciones directas que superen los $10.000, se imponía indefectiblemente una compulsa de precios con no menos de tres presupuestos.

Insisto que, con excepción de los expedientes citados precedentemente (aunque con los reparos que efectuaré más adelante) tales condiciones no se cumplieron.

Por lo tanto, al igual que el TSJ en la causa “Godoy” ya citada, se impone concluir que la demanda que se ha interpuesto con causa contractual no puede prosperar.

3. Desde otro –aunque relacionado- vértice de análisis, debo señalar que siquiera se encuentra fundada concretamente la urgencia para eludir el procedimiento licitatorio.

La urgencia, como sostiene Dromi, “es una cuestión de hecho, concreta, actual, que debe ser examinada en particular por la autoridad competente, debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos". En igual sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que la urgencia, invocada como razón de excepción al procedimiento de Licitación Pública, para ser probada requiere de estudios técnicos objetivos previos y serios que la califiquen como cierta (P.T.N. Dictamen 77:265 entre otros).

Pero, a más de ello, debo detenerme en los montos comprometidos.

Nótese que esta demanda se promueve por la suma de $847.763 (hojas 74), monto que excede holgadamente los autorizados para una contratación directa, aún con el cumplimiento de un concurso de precios.

Y señalo esto, por cuanto impacta en especial en el tratamiento de los expedientes 5200 004373/11, 5200 005044/11, 5200 005045/11, 5200 004790/11, 5200 4893/11, 5200 005036/11 y 5200 005043/11, en tanto si bien allí sí se dispuso la contratación directa mediante el método del concurso de precios, no puedo evitar advertir el desdoblamiento en las contrataciones.

En efecto, dispone el art. 76 del Reglamento de Contrataciones "La facultad de contratación directa no rige para las erogaciones que fuere menester ejecutar con destino a la realización de un trabajo o servicio determinado, cuando el conjunto de los mismos supere la cantidad indicada en el inciso d) del artículo 1º de este Reglamento, aunque individualmente consideradas no alcancen a dicha cifra."

Y lo que aquí emerge, es que la sumatoria de dichas contrataciones supera los $200.000 ($243.774).

Todos estos expedientes se iniciaron con una solicitud similar, entre el 10/01/2011 y el 11/02/11, dictándose la totalidad de las resoluciones que ordena la contratación directa entre los días 25/02/11 y 11/03/11 (puntualmente, se inician los días 10/01; 18/01; 27/01; 9/02 y 11/02. Las resoluciones son adoptadas con fecha 25/02; 03/03; 4/03; 9/03 y 11/03).

En todos los casos, el requerimiento de servicio es similar y para ser prestado en establecimientos educativos.

Desde esta perspectiva el recurso al fraccionamiento o desdoblamiento en las contrataciones es contrario al ordenamiento legal y, por lo tanto, no advirtiéndose razón alguna que lo justifique, entiendo que tampoco puede ser cohonestado.

Nótese que, justamente, en la guía para la gestión de trámites administrativos de la Contaduría General de la Provincia se indica que "Se considera que existe esta figura cuando dentro de un mismo período y/o actuación se compra al mismo proveedor. Se presume que tal accionar se debe a la intención de disminuir los importes de las adquisiciones con el objetivo final de evitar determinadas formas de contratación" (cfr. http://www.contadurianeuquen.gob.ar/wp-content/uploads/ 2016/09/guia-tramites-administrativos-marca-nueva.pdf).

Es que, cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto, supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública.

Y aún cuando se disintiera con la interpretación que efectúo del artículo 76 y se entendiera que la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual: Por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal, el fraccionamiento de contrato impone al juez la obligación de declarar su nulidad.

4. A esta altura debo hacer dos consideraciones que entiendo pertinentes a los efectos de dar cierre a mi razonamiento.

4.1. Por una parte, que no podría invocarse en este caso y en contra de la demandada, la teoría de los actos propios.

Es que la mentada doctrina exige fundamentalmente la existencia de un accionar administrativo anterior válido (plenamente eficaz), desde donde el acto estatal ilegítimo no constituye acto propio.

Así como es cierto que los particulares pueden, por lo general, "desconocer los actos viciados de nulidad que han celebrado, tal facultad debe ser reconocida, a fortiori, en favor de la Administración, atento a que las nulidades administrativas afectan el interés público.

De lo contrario, de poco servirían las normas sobre competencia y procedimiento que ordenan el quehacer administrativo, si los particulares pudiesen de todos modos hacer valer los actos que las infringen por tratarse, en definitiva, de conductas imputables al Estado.

En este sentido debe recordarse que respecto de la Administración no rige la regla que impide invocar la propia torpeza, y además, al reputarse el derecho como conocido (art. 20 del Código Civil), nadie puede, en virtud de ello, alegar haber confiado en los actos ilegales del Estado. (Cfr. Mairal, Héctor "La doctrina de los propios actos y la Administración Pública", pág. 77).

En este orden y en definitiva, cuando la Administración invoca la nulidad del contrato que ha celebrado, aún frente a un contratante que ha cumplido todo o parte de su prestación, se impone aceptar la facultad de la administración de ampararse en ciertos vicios del procedimiento que no pueden ser desconocidos por su cocontratante, para anular el contrato resultante de dicha licitación.

Así, por lo demás, reiteradamente lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señalándose: "La falta de llamado a licitación previa para la celebración del contrato impugnado en autos, imperativamente exigible conforme ha quedado demostrado, acarrea la nulidad por la omisión de un requisito de forma esencial, siendo indiferente que haya tenido principio de ejecución puesto que si se trata de un procedimiento de orden público no puede omitirse el cumplimiento de las normas que lo reglamentan, que de otro modo, serían invalidadas..." (Fallos 294-69) "En materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos donde desarrolla su actividad, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que

somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a los contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal..." (Fallos 316-3157).

Porque "Siendo ésta un requisito indispensable para la validez de la contratación por precepto constitucional y resultando que no se hizo en forma, los funcionarios que lo han suscripto se han excedido en el uso de sus atribuciones legales, y en consecuencia el acto no obliga a la entidad jurídica en cuya representación intervinieron... la violación de las formalidades sustanciales de ésta, afectan directamente al interés público, y por ello puede ser invocada por el Ministerio Fiscal y aún declarada de oficio por el Juez..." (Fallos 179-249)…" (cfr. TSJ, causa Cotravi, ya citada).

La empresa no pudo desconocer el riesgo de la posterior declaración de nulidad, pues concurrió sin reservas.

4.2. Tampoco, podría abordarse desde la teoría del enriquecimiento sin causa.

Como sostiene el ya citado Mairal y se consignara en Cotravi, corresponde evaluar en cada caso concreto, las alternativas que se presenten, en tanto "la conducta dolosa del cocontratante, partícipe consciente en la causal de invalidez excluye, en principio, todo reclamo de su parte. Descartado el dolo del cocontratante, la teoría del enriquecimiento sin causa puede dar justa solución a aquellos casos en que la Administración resulta beneficiada por la prestación cumplida por su contraparte en un contrato inválido. Cuando falta tal beneficio (caso, por ejemplo, de los planos de una obra que la Administración desiste de llevar a cabo) restará la acción por daños y perjuicios para el cocontratante que fue inducido a realizar gastos por conducta administrativa cuya ilegalidad no podía conocer, con la posibilidad de graduar la indemnización en los supuestos de culpa concurrente. Dos circunstancias adicionales incidirán en la selección del remedio más justo: la gravedad del vicio de que adolece el contrato y el grado de avance de este último; cuanto menor sea la gravedad y mayor el avance, más fácil será oponer el estoppel a la pretensión administrativa de desconocer la validez del vínculo que la liga a su cocontratante. Por último, la posición procesal de las partes es también relevante, ya que no cabe impetrar el auxilio judicial para enriquecerse sin causa ni invocando la propia torpeza: de allí que si el contratista es cómplice en el vicio que afecta el contrato del cual la Administración recibió beneficios puedan ser igualmente rechazables la demanda de ésta por devolución de la parte ya pagada del precio, como la acción de aquel por cobro del saldo..." (cfr. op. cit. pág. 144).

Pero, además y quizás fundamentalmente, en tanto no ha sido introducido como pretensión.

El máximo órgano judicial nacional ha señalado que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también la carga de su prueba corresponde a la actora, no siendo procedente fundar una decisión condenatoria en los principios del enriquecimiento sin causa, toda vez que ello importaría una grave violación del principio de congruencia, si la actora fundó su demanda de "cobro de pesos" en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada (ver "Ingeniería Omega", Fallos 323:3924 y causa “FITTIPALDI”, del TSJ ya citada)…” (cfr. esta Sala I, “POZO MARIA PATRICIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS” JNQCI2, EXP Nº 502192/2014. Me remito a su lectura, en tanto otras de las consideraciones allí efectuadas, también son trasladables a este caso).

Por todas estas razones, propongo al Acuerdo se haga lugar al recurso de apelación, revocándose la sentencia en todas sus partes y disponiendo el rechazo de la demanda. Las costas de ambas instancias estarán a cargo de la actora vencida (art. 68 CPCC). 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 interpuesto por la demandada, y en consecuencia, revocar en todas sus partes la sentencia de hojas 276/280 vta. disponiendo el rechazo de la demanda.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 CPCC).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia recurrida, y establecerlos en las siguientes sumas: Para el Dr. ..., letrado patrocinante de la demandada, en la primer etapa del proceso, $80.000,00.-; para el Dr. ..., apoderado de la misma parte en la primera etapa y en doble carácter en las restantes, $255.700,00.-; para el Dr. ..., letrado patrocinante de la parte actora, $167.500,00.- (arts. 6, 7, 10, 20 y 38, LA). Y para el perito contador ..., la suma de $65.240,00.

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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"RODRIGUEZ MERCEDES DEL VALLE C/ ASOCIACIÓN MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (EXP JNQCI4 503421/14) y su acumulado "GARRIDO MANUEL JESUS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 505986/2014) – Sentencia: 158/17 – Fecha: 01/08/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.

AGENCIA DE DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE. CONTRATO DE FIDEICOMISO. PLAN DE FINANCIAMIENTO DE VIVIENDAS. CREDITOS INDIVIDUALES MANCOMUNADOS. CONDICIONES PARTICULARES PARA ACCEDER. ANALISIS DE LOS RECAUDOS. APTITUD CREDITICIA. DERECHO EN EXPECTATIVA. INEXISTENCIA DE DERECHOS ADQUIRIDOS.

Debe ser confirmada la sentencia que rechaza la demanda por cumplimiento de contrato, ya que surge del contrato de fideicomiso que los fiduciantes, entre los que se encuentran los actores, concurren en su carácter de postulantes a los créditos individuales mancomunados a otorgarse por la Agencia de Desarrollo Urbano Sustentable (ADUS), lo que significa que solo tenían una expectativa, y su situación estaba condicionada a una resolución de ADUS que les otorgue el crédito individual. En ese contexto, es claro que los actores no tenían derechos adquiridos –con el alcance que pretenden- mientras no se evaluara y aprobara su aptitud crediticia. En efecto, la resolución 131/11 del ADUS, no significó el otorgamiento de los créditos individuales mancomunados a los actores, sino que fue la autorización del inicio de la operatoria por el monto total de aquélla, pero sin otorgar los créditos a persona determinada, lo que ocurría luego del análisis individual de cada postulante por parte de ADUS para acceder al crédito.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RODRIGUEZ MERCEDES DEL VALLE C/ ASOCIACIÓN MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (EXP JNQCI4 503421/14) y su acumulado "GARRIDO MANUEL JESUS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (EXP JNQCI4 505986/2014), venidos a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- Los actores en ambas causas acumuladas apelan la sentencia dictada en autos que rechaza la demanda. Fundan agravios, en

similares términos, en las presentaciones de hojas 666/674 vta. y 675/683 vta., respectivamente.

Preliminarmente señalan que es falso que no se hubieran otorgado los 144 créditos mancomunados y que, si esto hubiese sido así, no podría haberse hecho la construcción del plan de viviendas. Añaden que la evaluación de la aptitud crediticia es previa al otorgamiento de los créditos individuales mancomunada y a la contratación de la obra.

En tal sentido, expresan que el art. 3 de la Resolución 131/11 dice "otórganse" 144 créditos individuales. A su criterio, esta resolución no aprueba el inicio de la operatoria, sino que da por cumplidos los requerimientos para iniciar el plan de viviendas, por considerar ADUS cumplidas las tres etapas establecidas en la Res. 157/07.

Continúan individualizando las tres etapas del fideicomiso. Señalan que la Resolución 131/11 mediante la cual se otorga el crédito, es un acto administrativo regular, y amparado por los principios de legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad y estabilidad. Entienden que la resolución ADUS 56/14 es inexistente pues la única forma de dejar sin efecto la Res. 131/11 es mediante una acción de lesividad. La Res. 56/14 conculca derechos subjetivos adquiridos por las resoluciones 437 y 131.

Plantean que la Resolución 157/10 consigna expresamente que las operatorias de financiamiento lo serán con créditos individuales mancomunados y para ello debe evaluar al postulante, pero una vez que lo otorgó, el postulante deja de ser tal, y no es tarea del fiduciante revisar si ADUS evaluó tempestivamente o no.

Desde su punto de vista, no caben dudas, a tenor de la resolución 157/07, 437/10 y 131/11, que los créditos fueron si o si otorgados como reza el art. 3 de la Res. 131; de otra forma la empresa constructora no podría haber cobrado la obra. Y para ello –afirman- la ADUS contaba con todos los legajos y documentación en su poder.

En virtud de ello, consideran que debió acogerse la demanda y condenarse a los accionados al cumplimiento del contrato.

Corrido el traslado de ley, en la hoja 685yvta. contesta AMUC, solicitando el rechazo de las apelaciones formuladas.

2.- Resumidos de este modo los agravios que vienen a consideración, preliminarmente se observa que se halla fuera de discusión que la Sra. Rodríguez tendría mas de 70 años al término del plazo de financiación previsto y que el Sr. Garrido había sido previamente adjudicatario de una vivienda social, financiada por el IPVU. Estas fueron las razones por las que se rechazó la postulación de los actores para acceder al crédito individual de financiamiento del plan 144 viviendas.

Tampoco los recurrentes controvierten la facultad de la ADUS para calificar la aptitud crediticia de los fiduciantes. Lo que está en juego, como apuntan los quejosos en las hojas 671 vta. y 680 y vta., es la oportunidad en que ello se hizo. Pues, para los actores, una vez otorgado el crédito -y usado y consumido para pagar la obra- adquirieron derechos subjetivos que no podían ser dejados sin efecto.

A mi juicio, no les asiste razón en sus planteos y el razonamiento seguido por la sentenciante debe ser confirmado. Explicaré por qué:

Son los propios apelantes quienes señalan que, conforme lo previsto en la Res. 157/07, en la tercer etapa del emprendimiento: "la ADUS realizará el análisis y la evaluación de los instrumentos y documentos agregados y, en caso de ser aprobado y no mediar objeciones de parte de la Subsecretaría, se librará una resolución por la cual se otorgará el financiamiento correspondiente para la obra propuesta...". Esta facultad del agente financiero, tal como estaba contemplada, habría de efectivizarse durante la tercer etapa y no antes, como parecieran sugerir los quejosos.

Surge del contrato de fideicomiso que los fiduciantes, entre los que se encuentran los actores, concurren en su carácter de postulantes a los créditos individuales mancomunados a otorgarse por ADUS, lo que significa que solo tenían una expectativa, y su situación estaba condicionada a una resolución de ADUS que les otorgue el crédito individual.

En dicho instrumento también se prevé que si el agente financiero ADUS resuelve que los fiduciantes no tienen aptitud crediticia, se rescinde el contrato "aceptando consecuentemente el mismo ser desafectado y reemplazado en forma automática", sin perjuicio de la restitución de las sumas aportadas más intereses (ver cláusula 13, inc. 13.3, hojas 59/63, 135/153).

El mencionado carácter se reitera en el contrato de compraventa celebrado con AMUC, donde se indica que "los comparecientes manifiestan que por escritura... se suscribió un contrato de fideicomiso donde los comparecientes... en carácter de postulantes a los créditos individuales para vivienda única, familiar y permanente, en el marco de la Ley Provincial 2460 a otorgarse por la ADUS y en carácter de futuros adjudicatarios de créditos individuales para vivienda única, familiar y permanente a designar por resolución de la ADUS, adquirieron el carácter de fiduciantes" (hojas 102/124vta).

En ese contexto, es claro que los actores no tenían derechos adquiridos –con el alcance que pretenden- mientras no se evaluara y aprobara su aptitud crediticia.

Tal como se señala en la contestación de agravios, la resolución 131/11 no significó el otorgamiento de los créditos individuales mancomunados a los actores, sino que fue la autorización del inicio de la operatoria por el monto total de aquélla, pero sin otorgar los créditos a persona determinada, lo que ocurría luego del análisis individual de cada postulante por parte de ADUS para acceder

al crédito.

Nótese que en los considerandos de la citada Res. 131/11, se indica: “por escritura número... se celebró el contrato de fideicomiso donde los fiduciantes son postulantes a créditos individuales para la vivienda única, familiar y permanente...es necesario proceder al inicio de la operatoria otorgando 144 créditos individuales hipotecarios mancomunados a los socios de la AMUC, revistiendo el carácter de beneficiarios una vez que acrediten aptitud crediticia...”.

La secuencia de la operatoria, se refleja también en los considerandos de la Res. 437/10: “la AMUC debe constituir un fideicomiso con los beneficiarios que postula ante la ADUS, con el objeto de adquirir el dominio fiduciario del inmueble sobre el que se emplaza el proyecto y desarrollar en forma integral y total el proyecto de construcción del conjunto habitacional de 144 viviendas e infraestructura denominado “Portal de AMUC...Que los asociados propuestos por la Entidad Intermedia, en su carácter de postulantes a los créditos individuales hipotecarios mancomunados a otorgarse por el ADUS como asistencia financiera para la ejecución de sus vivienda, se encuentran sujetos a revisión y evaluación de sus aptitudes crediticias por parte de este organismo” (el subrayado, es propio. Ver hojas 199/200).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, considero que los recurrentes no han logrado poner en crisis los fundamentos que sustentan el fallo de grado, en tanto se concluye que: “...De los instrumentos citados no hay constancia ni compromiso que sugiera que el crédito individual para cada fiduciante había sido ya otorgado, pues el propio contrato prevé que los adjudicatarios de los créditos serán designados por resolución de la ADUS, y tanto así que el propio contrato prevé la rescisión parcial cuando alguno de los partícipes no obtenga el crédito por no tener aptitud o calificación crediticia suficiente, siempre determinada por la ADUS, lo que aparece lógica consecuencia de que era este organismo quien financiaría la construcción de las viviendas. No encuentro en el texto de los contratos ninguna evidencia que permita concluir que tanto la señora Rodríguez como el señor Garrido eran adjudicatarios de los créditos, y aparece con claridad que ellos mismos conocían que esa calificación crediticia sería evaluada por la ADUS.

...Como se advierte, la conducta de las demandadas se ajustó a lo convenido pues no surge de los contratos que vincularon a las partes que se garantizara la asistencia crediticia sin más recaudo que la firma del contrato de fideicomiso y aún de la transmisión de la propiedad fiduciaria del inmueble en su mayor fracción..

...Sin embargo no hay en este caso un derecho crediticio de los señores Rodríguez y Garrido, pues tanto el contrato de fideicomiso como las resoluciones citadas condicionaban el otorgamiento de los créditos a la evaluación de la capacidad crediticia, de manera que en tanto ese derecho no existía como reconocido y además ningún crédito les fue otorgado, no aparece fundado el reclamo de la tutela de los derechos adquiridos”.

Esta solución, por lo demás, resulta acorde al criterio fijado por esta Alzada en casos con cierta similitud al presente, al señalar:

“...conforme resulta del contrato vigente entre la accionada y la mutual, los fiduciantes estaban sujetos a la aprobación de la aptitud crediticia, razón por la cual mal puede esgrimirse la existencia de un derecho adquirido cuando dicho pronunciamiento todavía no había sido dado” (Sala II, “BERROCAL”, Expte. Nº 504350/2014 y “DÍAZ de QUINTANA”, Expte. Nº 502233/14. En ambos casos se les objetaba a los fiduciantes ser propietarios de otros inmuebles).

Y en otra oportunidad, se señaló: “Conforme lo puse de manifiesto, en el sub lite el recaudo que se tiene por incumplido es la edad máxima del titular del crédito al momento de su cancelación (70 años), toda vez que teniendo en cuenta el plazo de financiamiento (20 años), al momento de la cancelación del préstamo la actora contaría con 82 años de edad, no pudiendo establecerse una financiación menor ya que la amparista no se encuentra en condiciones de afrontar con sus ingresos una cuota y un interés mayores que los que corresponden al plazo de 20 años”.

“El recaudo referido se vincula directamente con la posibilidad de recupero del crédito otorgado, en atención a contar con fondos para la financiación de otro planes de vivienda, por lo que en si mismo no aparece como ilegítimo o irrazonable, por lo menos con la nitidez que exige una acción de amparo”.

“La versión que da la amparista al contestar la expresión de agravios no se encuentra acreditada. No aparece probado que la A.D.U.S. haya otorgado un crédito a la actora, antes bien, su postulación a tal fin fue rechazada”.

“La resolución que se informa a fs. 53 otorga 144 créditos individuales mancomunados hipotecarios por un monto global, lo que no impide que estos créditos fueran asignados a los fiduciantes de acuerdo con su capacidad crediticia, la que tenía que ser evaluada por el mismo agente financiero, conforme se pactó”. (Sala II, “CERVIÑO”, Expte. Nº 502734/2014).

Por todas estas consideraciones, considero que los recursos deducidos por los actores deben ser desestimados, con costas (art. 68 CPCC). TAL MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar las apelaciones deducidas por los actores y confirmar la sentencia de grado, en cuanto fue materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a los apelantes vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.).

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. Insértese copia en el expediente acumulado “GARRIDO MANUEL JESUS C. ASOCIACION MUTUAL UNIVERSITARIA DEL COMAHUE Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” (EXP JNQCI4 505986/2014).

5. 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

"INFANTE OSCAR DANIEL C/ FUNDACION ISI COLLEGE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES” - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 468879/2012) – Sentencia: 165/17 – Fecha: 03/08/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO. INDEMNIZACION POR DESPIDO. REGISTRACION DE LA RELACION LABORAL. MULTA. CERTIFICADO DE SERVICIOS. APLICACION DEL CONVENIO COLECTIVO. OPORTUNIDAD.

1.- Si recién al apelar se individualiza el convenio colectivo que se entiende aplicable, introduciendo cuestiones que hacen a la categorización de las tareas, en tanto las cuestiones planteadas remiten ineludiblemente al examen de componentes fácticos y circunstanciales que por su naturaleza, debieron haber sido puestos a consideración del magistrado de grado, no habiéndolo hecho, por aplicación del art. 277 del C.P.C.C., no pueden ser abordados en esta instancia recursiva.

2.- El art. 16 de la ley 24.013 que “Cuando las características de la relación existente entre las partes pudieran haber generado en el empleador una razonable duda acerca de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976), el juez o tribunal podrá reducir la indemnización prevista en el artículo 8, hasta una suma no inferior a dos veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976)….” Luego, la alegada duda acerca de la naturaleza de la relación es insuficiente para fundar la eximición solicitada; tal como se analizara en la sentencia de grado, mediante fundamentos que se hallan a esta altura firmes, el accionado no logró probar motivos justificados para resistir el reclamo, todo lo cual torna viable el plus indemnizatorio en cuestión. Estos argumentos, son trasladables a la multa prevista en el art. 80, determinan que los agravios no puedan ser receptados.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "INFANTE OSCAR DANIEL C/ FUNDACION ISI COLLEGE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (JNQLA3 EXP 468879/2012) 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:

1. Contra la sentencia que hace lugar a la demanda, interpone recurso de apelación la accionada.

Sostiene que no es aplicable el convenio colectivo señalado por la actora, sino el 318/99 correspondiente a los establecimientos educativos de enseñanza privada, objeto principal de la fundación.

Luego indica que el actor sería encuadrable en la categoría 5º del personal de mantenimiento, por lo cual, las diferencias serían menores a las establecidas en la sentencia.

También se queja de que se hayan impuesto las sanciones correspondientes a la ley 24.013 y art. 80 de la LCT.

Dice que el art. 16 de la ley 24.013 establece las facultades del magistrado para reducir o dejar sin efecto la sanción cuando se trate de situaciones dudosas o confusas.

Dice que la prueba que cita el magistrado no es contundente. Se refiere al alcance de la prueba testimonial, de lo cual, ante la falta de precisión, su mandante pudo considerar que no se trataba de una relación laboral.

De allí que se agravia de la imposición de las multas y de los plazos acordados para dar cumplimiento con la entrega de certificados.

Dice que hace falta realizar una serie de procedimientos, a más de conocer la decisión definitiva acerca del encuadre, por lo que el plazo establecido en cinco días es exiguo.

Por último, efectúa un planteo en punto a la tasa de justicia y contribución al colegio de abogados, las que solicitan se establezcan a su cargo, por la proporción en la que prospera la demanda, decidiéndose en igual sentido con relación a las costas.

Los agravios, son contestados en hojas 172/173.

2. Así planteada la cuestión, desde ya debo adelantar que los agravios no podrán prosperar.

Y esto así, fundamentalmente, en cuanto la invocación que se efectúa en esta instancia, no ha sido sometida a consideración del magistrado de grado.

Nótese que recién aquí se individualiza el convenio colectivo que se entiende aplicable, introduciendo cuestiones que hacen a la categorización de las tareas; sin embargo nada de esto fue planteado –en subsidio, dada la defensa principal- en la instancia de grado.

Resulta oportuno recordar que el art. 8 de la LCT prevé que no estarán sujetas a prueba en juicio aquellas convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales, "que hubieran sido debidamente individualizadas".

Y esto último no se verifica, toda vez que la norma recién es invocada al apelar: En este caso, nada indicó el demandado, limitándose a decir que el invocado por el actor no era aplicable, sin dar fundamentación alguna. Desde aquí, las cuestiones planteadas remiten ineludiblemente al examen de componentes fácticos y circunstanciales que por su naturaleza, debieron haber sido puestos a consideración del magistrado de grado. No habiéndolo hecho, por aplicación del art. 277 del C.P.C.C., no pueden ser abordados en esta instancia recursiva.

3. En cuanto a la aplicación de las multas, debo señalar que no ha sido motivo de agravio la declaración judicial en el sentido de que las partes se hallaban vinculadas por una relación de trabajo en los términos de la L.C.T.

De allí que las consideraciones efectuadas en punto al alcance de las testimoniales rendidas, son insuficientes para fundar la eximición pretendida.

Como se advierte de los términos del recurso, no se cuestionan los requisitos formales de procedencia, sino que se solicita que, en uso de las facultades judiciales, se morigere su importe.

En efecto, dispone el art. 16 de la ley 24.013 que "Cuando las características de la relación existente entre las partes pudieran haber generado en el empleador una razonable duda acerca de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976), el juez o tribunal podrá reducir la indemnización prevista en el artículo 8, hasta una suma no inferior a dos veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976)…."

Luego, la alegada duda acerca de la naturaleza de la relación es insuficiente para fundar la eximición solicitada; tal como se analizara en la sentencia de grado, mediante fundamentos que se hallan a esta altura firmes, el accionado no logró probar motivos

justificados para resistir el reclamo, todo lo cual torna viable el plus indemnizatorio en cuestión.

Estos argumentos, que son trasladables a la multa prevista en el art. 80, determinan que los agravios no puedan ser receptados.

4. En cuanto al plazo dispuesto para la entrega de los certificados, debe ponderarse que “el último considerando del dec. 146/2001 dispone: “Que, por último, deviene necesario establecer el plazo perentorio dentro del cual elempleador, una vez producida la disolución del vínculo laboral por cualquier causa, deberá hacer entrega al trabajador de los instrumentos a que hace alusión el artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. por decreto 390/76) y sus modificatorias, como paso previo a que se torne operativo el procedimiento contenido en el último párrafo del mencionado artículo 80, incorporado por el artículo 45 de la ley 25.345.”.

Tal como se deduce sin dificultad del último considerando del decreto citado, la finalidad que la reglamentación persigue es evitar contratiempos o dificultades que pudieren impedir al empleador cumplir la obligación a su cargo relativa a la entrega de los certificados del art.80, L.C.T. dentro del reducido plazo que normalmente los trabajadores le otorgan para la confección y entrega de tales constancias. Para ello, le confiere el generoso plazo de treinta días, durante el que debería poder solucionar cualquier eventual dificultad referida a la obtención de la información necesaria para expedir los certificados en cuestión (C. N.A.T., Sala III, sent. n° 84.720, 15/04/03, “Blanco, Ernesto Carlos Benito c/Club San Jorge S.A. Cía. de Capitalización y Ahorro”).

Dicho en otros términos: la norma reglamentada otorga al empleador un plazo de dos días hábiles para cumplir el requerimiento del trabajador relativo a la entrega del certificado o cargar con la indemnización fijada; la brevedad de ese plazo puede así explicar la interposición de otro plazo antes de que aquel requerimiento quede habilitado ya que, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación del art. 80 de la L.C.T. puede incluir la necesidad de regularizar el vínculo (para estos fines un plazo idéntico es otorgado por la Ley de Empleo). 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.

De tal modo, luce razonable concluir que la intimación fehaciente a que alude tanto la norma originaria como su reglamentación sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez que haya transcurrido el plazo de treinta días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye -desde el momento de la extinción- una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa (cfr. C.N.A.T., Sala III, sent. n° 85.785, 27/04/04, “Carabajal, Luis Raúl c/ La Internacional S.A. y otro”)….” (Cfr. Partes: Casuccio Eugenia c/ Mercadística Consultores en Comercialización S.A. y otros s/ despido, Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala/Juzgado: V Fecha: 17-sep-2013 Cita: MJ-JU-M-82510-AR | MJJ82510 | MJJ82510).

Por lo tanto, entiendo que el agravio no puede prosperar. Ello, más allá del eventual análisis que pudiera efectuarse –oportunamente y de producirse una dilación no imputable a la parte- en punto a la aplicación de astreintes, todo lo que al momento, es prematuro abordar.

5. En cuanto a las costas, no escapa a mi criterio que el monto por el que prospera la acción es inferior al reclamado.

Sin embargo, tal como reiteradamente lo hemos señalado, no resulta válido adoptar un criterio puramente aritmético o numérico para la fijación de costas, derivado sólo del cotejo entre el monto reclamado y el diferido a condena, toda vez que en lo sustancial (esto es, en cuanto a los derechos en juego) ha triunfado el demandante.

Asimismo, 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 cabe apreciar las posturas asumidas por las partes en sus respectivos escritos de constitución del proceso; entiendo que la imposición efectuada en la instancia de origen debe ser confirmada.

En cuanto a los planteos relativos a la tasa de justicia y contribución al Colegio de abogados, tal como reiteradamente hemos señalado, excede el ámbito recursivo ante esta Alzada, en cuanto vaya más allá de lo estrictamente referido a la imposición de costas. Es que, los planteos referidos a la base imponible o, al sujeto obligado al pago, deben canalizarse por la vía tributaria-administrativa.

En virtud de lo considerado, propongo rechazar el recurso de apelación, confirmándose el pronunciamiento en todo cuanto ha sido motivo de agravios. En cuanto a las costas de la Alzada deberán ser impuestas al recurrente en su calidad de 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.- Desestimar el recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de hojas

158/163vta. en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en 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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"MESSINEO RICARDO CESAR C/ BUNZLI ALDO SANTIAGO Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 377266/2008) – Sentencia: 169/17 – Fecha: 08/08/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DEMANDA. FALTA DE CONTESTACION. CONTRATO DE TRABAJO. RELACION DE TRABAJO. CAMPO. CONYUGE DE UN COPROPIETARIO. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- […] la falta de contestación de la demanda y consecuente declaración de rebeldía, no implica acceder automática y mecánicamente a las pretensiones de la parte actora, ya que los jueces tienen la facultad de rechazar los reclamos "en caso de existir auto contradicción en los fundamentos del escrito inicial o cuando la sinrazón surja palmariamente o bien los hechos no resulten fundamento de la pretensión o el hecho alegado en la demanda sea inimaginable, absurdo e imposible de concebir según la lógica y la experiencia" (cfr. CATrab Gral Roca, "Silva, Silvia Esther c. Sánchez, María Rosa s/ reclamo", Cita Online: AR/JUR/64558/2012).2.- Debe ser confirmada la sentencia que rechaza la demanda interpuesta por quien es cónyuge de uno de los cuatro condóminos, que desde el año 2002 eran copropietarios del campo donde dice haberse desempeñado como encargado y cuidador. Ello así, ya que según afirma el el propio actor, el demandado se desinteresó por el campo, lo abandonó. Concretamente señala "es llamativo que durante cerca de 17/18 años, o por lo menos desde el año 2008 (10 años)... el demandado Bunzli que niega la relación laboral siendo uno de los dueños del campo, no haya venido ni siquiera una sola vez a la estancia mencionada" (…).

De forma tal que las tareas que describen los testigos (desmonte, instalación de motor y solicitar asesoramiento para una explotación agropecuaria), mal pudieron ser ordenadas por el accionado sino por alguno de los otros condóminos.

Texto completo:

NEUQUEN, 8 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MESSINEO RICARDO CESAR C/ BUNZLI ALDO SANTIAGO Y OTRO S/ DESPIDO POR

FALTA DE REGISTRACION" (JNQLA2 EXP 377266/2008) 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 de grado que rechaza la demanda, el actor interpone recurso de apelación.

Lo agravia que la jueza realizara una interpretación de la ley muy parcial y favorable a la demandada, colocándose en defensora de quien no tuvo interés en defenderse.

Dice que su parte podría haber pedido que pasaran los autos a sentencia y no aportar ninguna prueba, no obstante produjo prueba que fortaleció lo sostenido.

Agrega que probó, sin necesidad de hacerlo, que se encontraba y se encuentra en el lugar de trabajo cuidando el porcentaje indiviso de las tierras que le corresponden al actor y esperando que se le reconozcan sus derechos frente a un demandado absolutamente desinteresado.

Señala que ante el abandono total por parte del demandado, su parte tiene como recurso seguir ocupando las tierras donde se le había dado trabajo. Aduce, asimismo, que se ha hecho una aplicación distorsionada de los arts. 30 de la ley 921, 22 y 23 de la LCT.

Luego critica el análisis que realizó la jueza de los testigos aportados por su parte, de los cuales surge con claridad que el actor trabajaba en el campo, y que se haya ignorado el informe de fs. 193 donde el Ing. Bravi manifiesta que el actor, en representación del establecimiento La Adelina, solicitó sus servicios profesionales para el asesoramiento sobre desarrollos ganaderos.

Objeta que se exija a su parte probar la existencia de un hecho controvertido, cuando en autos no existe controversia. Y que sin lugar a dudas los trabajos realizados benefician a los propietarios del campo.

Alega que es obvio que los propietarios debieron dejar a alguien para que las tierras no sean ocupadas, y esa tarea no debe presumirse gratuita.

También lo agravia que no se haya tenido en cuenta la escritura y facturas de comercios de Picún Leufú acompañadas, más aún frente a la falta de contestación de demanda que permite tener por cierta la versión del actor.

Corrido el traslado de ley, la contraria contesta agravios en la presentación de hojas 233/234 vta.

2.- Tal como surge del resumen de los agravios formulados en esta instancia por la recurrente, una parte importante de su queja gira en torno a los efectos y alcances que cabe conferir a la situación de contumacia en que incurre la parte demandada como consecuencia de la falta de contestación de demanda.

Al respecto, esta Alzada tiene dicho: "surge entonces que, si bien no lo dice expresamente la norma, debe interpretarse que los hechos invocados por el actor deben presumirse como ciertos, "salvo" prueba en contrario que desvirtúe aquellas afirmaciones..."

"…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, 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" (exp. 313033/4, de fecha 02/03/2006 y exp. 421147/201002 del 2/09/14, Sala II, exp. 401717/2009, Sala I, de fecha 24/04/15).

Ello significa que la falta de contestación de la demanda y consecuente declaración de rebeldía, no implica acceder automática y mecánicamente a las pretensiones de la parte actora, ya que los jueces tienen la facultad de rechazar los reclamos "en caso de existir auto contradicción en los fundamentos del escrito inicial o cuando la sinrazón surja palmariamente o bien los hechos no resulten fundamento de la pretensión o el hecho alegado en la demanda sea inimaginable, absurdo e imposible de concebir según la lógica y la experiencia" (cfr. CATrab Gral Roca, "Silva, Silvia Esther c. Sánchez, María Rosa s/ reclamo", Cita Online: AR/JUR/64558/2012).

Y bajo estos parámetros, entiendo que la solución acordada en la primer instancia, al rechazar la demanda, es la correcta, puesto que en este caso, el propio relato contenido en la demanda denota la inconsistencia del reclamo o, más bien, la impertinencia de los hechos alegados.

Se trata, el presente, de un caso con ciertas particularidades: el actor es cónyuge de uno de los cuatro condóminos, que desde el año 2002 eran copropietarios del campo donde dice haberse desempeñado como encargado y cuidador. En diciembre del año 2007 su esposa y otro cotitular venden su parte indivisa; de hecho, una de las dos nuevas copropietarias es la apoderada del actor en este juicio (ver escritura y condiciones de dominio, hojas 8/15).

Ahora bien, las tareas que dice haber realizado (mantenimiento y cuidado del inmueble) no resultan ajenas y, más bien se confunden, con la actitud que puede tener cualquier cónyuge de un copropietario, quien frente a terceros, actuaba "en representación del establecimiento La Adelina" (informe hoja 193). Desde lo cual, el problema subyacente pareciera ser más bien

interno y de tipo contractual entre los condóminos, en punto a su participación en los gastos y potencialidades del inmueble.

Nótese que el actor en la demanda, da una singular explicación de por qué razón acciona solo contra dos de los cuatro copropietarios –entre los cuales, como ya dijera, se encuentra su esposa-: "solo demando a estos dos condóminos por el ciento por ciento de lo que se me adeuda por todo concepto y en razón de que los no demandados fueron los que de algún modo contribuían a los gastos de traslado hasta y desde Picún Lufú-Neuquén y para gastos de comida, a efectos de que el inmueble no se dejara abandonado corriéndose el riesgo de que el mismo fuera ocupado por usurpadores".

Y agrega: "si bien era cierto que cuidaba los intereses de su esposa, no menos cierto es que defendía y cuidaba los intereses del 75% restante de los propietarios" (hojas 17/18).

Luego de describir las tareas de representación, mantenimiento y vigilancia que –según alega- realizaba en el inmueble, afirma: "todo esto mi mandante lo hizo como dijera anteriormente con el apoyo de los propietarios que no se demandan, pero los demandados se desentendieron de la situación y jamás aportaron para el pago de un salario..." (hoja 19).

Y bien, los testimonios rendidos, lejos de corroborar la relación de dependencia que alega el recurrente, dan cuenta de su presencia en el campo como esposo de una de las dueñas y su interés en vender esa parte.

Así, Marcalle dijo que fue a ver el campo cuando el actor lo llamó porque quería vender la parte del campo de su señora (hoja 174yvta).

Campos Núñez señaló que el actor lo contrató en el año 2006 o 2007 para realizar un desmonte en el campo, pero que no sabe que función tenía Messineo en "La Adelina", y cree que el actor no tenía jefes (hoja 175).

El testigo Escobar Zárate dijo que ayudó al actor –no recuerda si en el 2007, 2008 o 2009- a instalar un motor de riego, que tiene entendido que la dueña de la estancia era la esposa de Bunzli y que el actor pedía facturas de las compras para poder rendir gastos con posterioridad (hoja 181/182).

Por último, el ingeniero Bravi informó que el actor, en representación del establecimiento, en reiteradas oportunidades durante los años 2004 y 2008, solicitó sus servicios profesionales para asesorar sobre temas de riego, pasturas y desarrollos de ganadería, aclarando que la mayoría de las veces que concurrió al establecimiento era atendido por Messineo quien le indicaba sobre los requerimientos y necesidades vinculadas a la explotación agropecuaria.

Ahora bien, según el propio actor afirma, el demandado se desinteresó por el campo, lo abandonó. Concretamente señala "es llamativo que durante cerca de 17/18 años, o por lo menos desde el año 2008 (10 años)... el demandado Bunzli que niega la relación laboral siendo uno de los dueños del campo, no haya venido ni siquiera una sola vez a la estancia mencionada" (hoja 222).

De forma tal que las tareas que describen los testigos (desmonte, instalación de motor y solicitar asesoramiento para una explotación agropecuaria), mal pudieron ser ordenadas por el accionado sino por alguno de los otros condóminos.

Por estas razones, entiendo que el remedio debe ser desestimado, con costas al actor vencido (art. 17, ley 921), por no encontrar fundamentos para apartarme del principio general de la derrota. 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 grado en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en 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 a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"SEPULVEDA JORGE ANTONIO C/ MARTINEZ DIAZ JULIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO

AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI1 EXP 451662/2011) y su acumulado "GONCALVEZ PEREIRA MANUEL Y OTRO C/ CIFUENTES EMILIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 451662/2011) – Sentencia: 172/17 – Fecha: 17/08/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. COLISION ENTRE MOTOCICLETA Y AUTOMOVIL. INTERSECCION CON SEMAFORO. PRUEBA TESTIMONIAL. TESTIGO UNICO. VALORACION DE LA PRUEBA. PRIORIDAD DE PASO. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. INDEMNIZACION. DAÑO ESTETICO. EXCLUSION. INCAPACIDAD FISICA. DAÑO MORAL. DISIDENCIA.

1.- La responsabilidad en el accidente debe atribuirse en un 85% al demandado –automovilista- y en un 15% a los actores –quienes se desplazaban en la motocicleta-, pues la declaración del único testimonio reúne suficiente fuerza de convicción como para tener por acreditado que los actores tenían habilitada la luz verde para emprender el cruce. Ello es así, por cuanto, el hecho de que el testigo no fuera mencionado al labrarse el acta policial de la División Tránsito no resulta suficiente, a mi criterio, para desechar su testimonio en esta sede: cuando los efectivos policiales se hicieron presente en el lugar del accidente, los protagonistas lesionados ya habían sido trasladados por una ambulancia, lo cual da cuenta que su presencia no fue inmediata. Por su parte, el testigo dijo que ayudó a uno de los lesionados y "después llegó la ambulancia y yo me fui" (…). (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

2.- Concuerdo con la marginación del daño estético por cicatrices que efectúa la A quo al examinar el daño físico, sin perjuicio de su incidencia en la valoración del daño moral. Es que los recurrentes no han logrado poner en crisis el razonamiento de la sentenciante en punto a que no ha existido una desfiguración física que provoque un detrimento de tipo patrimonial. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

3.- A excepción de lo referido a las cicatrices, los agravios traídos no controvierten las variables a computar (tales como edad de la víctima, ingresos presuntos y grado de incapacidad), sino el cálculo mismo. Y en tal sentido, la queja del actor habrá de prosperar, toda vez que tomando como pauta orientadora el promedio de las fórmulas que menciona la magistrada –criterio que coincide con el seguido por esta Sala-, y considerando las lesiones que padece –diáfisis de tibia y peroné con limitación funcional en miembro inferior izquierdo-, su edad e ingresos probables, se advierte que la suma a la que se arriba en la sentencia resulta baja, debiendo elevarse el monto de condena a $ 200.000,00. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

4.- Lo propio acontece, con respecto al actor G., por la lesión en su tobillo izquierdo, puesto que, tomando como referencia orientativa el promedio de las fórmulas Vuotto y Méndez, la suma a reconocerse debe elevarse a $ 65.000,00. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

5.- En lo concerniente al monto reconocido a cada uno de los actores en concepto de daño

moral, corresponde apreciar que se ha acreditado la existencia de secuelas: el Sr. S. estuvo internado siete días, le realizaron inmovilización con tutor externo y vendaje, mientras que el actor G. también debió guardar reposo y someterse a curaciones. También cabe ponderar las consideraciones que se efectúan en el informe pericial psicológico, y el período de internación y convalecencia. Todo ello, y tomando como parámetro las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, determina que el monto deba ser elevado del siguiente modo: para el Sr. S. $ 40.000,00.- y para G. $13.000,00. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

6.- La única declaración testimonial, valorada en conjunto con la restante prueba, resulta insuficiente para acreditar los hechos como los alegaron los actores y la responsabilidad del demandado. Ello es así, por cuanto el testigo no fue mencionado al momento de efectuarse el acta de constatación y demás diligencias policiales, como tampoco durante el proceso penal que tramitó ante el Juzgado de Instrucción, que se encuentra agregado por cuerda. Por otra parte, los dichos del testigo, en cuanto a la señal lumínica no se encuentran corroborados por ningún otro medio de prueba., ello porque no existen en autos otros testigos presenciales del accidente u otras pruebas a valorar al respecto. Asimismo, cabe señalar que dicho testigo fue confuso al responder en cuanto a si las personas que iban en la motocicleta llevaban puesto casco protector. Luego, llama la atención que sin ser preguntado nuevamente con relación a la señal lumínica al momento del accidente, al finalizar su declaración quiera reafirmar que cuando llegaron a la intersección estaba en rojo y después les dio verde y que fue el taxista el que cruzó en rojo (Del voto del Dr. Jorge PASCUARELLI, en minoría).

7.- La demanda de daños y perjuicios derivada del accidente de tránsito no puede prosperar, por cuanto quedó acreditada la culpa de la víctimas, en tanto no respetaron la prioridad de paso que tenía el demandado conforme lo dispuesto por el art. 41 de la Ley de Tránsito, por transitar por la Ruta N° 22. (Del voto del Dr. Jorge PASCUARELLI, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de Agosto del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SEPULVEDA JORGE ANTONIO C/ MARTINEZ DIAZ JULIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (JNQCI1 EXP 451662/2011) y su acumulado “GONCALVEZ PEREIRA MANUEL Y OTRO C/ CIFUENTES EMILIO CESAR Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE” (EXP 459520/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 298/306, la A-quo hizo lugar a la demanda de los actores y condenó a Julio César Martínez Díaz, Emilio Cesar Cifuentes y la Perseverancia Seguros S.A., a abonarles a Manuel Goncalvez Pereira la suma de $ 58.500 y a Jorge Antonio Sepúlveda, $ 175.900 con más intereses y costas.

A fs. 316/323 expresaron agravios los actores, y a fs. 324/329 lo hizo la citada en garantía.

El Sr. Sepúlveda se queja por el monto reconocido en concepto de daño físico por bajo. Dice que no tiene en cuenta todo el porcentaje de incapacidad determinado por el perito médico, considerando que la cicatriz debe valorarse dentro del daño moral.

Además, se agravia porque entiende que el monto se encuentra alejado de la idea de reparación del daño cierto, y señala que esta Alzada tiene como criterio determinar el daño físico conforme el promedio resultante de la aplicación de las fórmulas Vuotto y Méndez.

También critica por bajo el monto reconocido en concepto de daño moral. Alega, que los padecimientos psicológicos por su entidad y consecuencias desfavorables en la faz motriz e intelectual deben ser consideradas en el rubro incapacidad sobreviniente, quedando comprendido en este rubro la lesión de los derechos extrapatrimoniales derivados de molestias en la seguridad personal o en el goce de los bienes que tienen valor fundamental como la paz, la tranquilidad, la libertad individual y la integridad física.

Luego, el actor Goncalvez se queja por el monto reconocido en concepto de daño físico y reitera los fundamentos expuestos al respecto por el coactor Sepúlveda.

También, se queja porque considera reducido el monto del daño moral. Se refiere a lo expuesto por el perito y dice que los padecimientos psicológicos por su entidad y consecuencias desfavorables en la faz motriz e intelectual deben ser consideraras en el rubro incapacidad sobreviniente y señala que encontrando elementos suficientes en las actuaciones para concluir la profunda afección del daño moral corresponde elevar su cuantía en su justa medida.

Luego, expresó agravios la citada en garantía. Se queja porque la sentencia le atribuye responsabilidad exclusiva al demandado asegurado, cuando existen elementos de prueba que acreditan lo contrario.

Señala, que de las actuaciones “Martínez Diaz Julio César s/ Lesiones graves en accidente de tránsito”, Expte. N° 23.755/2011, del entonces Juzgado de Instrucción N° 6, surge que la motocicleta del actor se encontraba en mal estado, que iban tres personas a bordo, que ninguno llevaba el caso protector puesto y que su conductor manejaba con estado de intoxicación alcohólica.

Critica lo expuesto por la Jueza en cuanto a que no surge que dichas circunstancias hubieran influido casualmente en el accidente ante la falta de prueba sobre este punto. Dice, que la sentencia además resulta incongruente en tanto además señala que la conducción en tales condiciones demuestra a todas luces el desprecio por su vida y la de los terceros.

Sostiene que a partir de ello queda desvirtuada la efectividad de la sola declaración testimonial que la Sentenciante se ha empeñado en resaltar que debe ser apreciada con criterio restrictivo.

A fs. 331/334 vta. los actores contestaron los agravios de la citada en garantía. Solicitaron su rechazo con costas.

La Perseverancia Seguros S.A. no contestó los agravios de los actores.

Además, a fs. 308 vta. el letrado de los actores apeló sus honorarios por bajos y a fs. 308, en el carácter de apoderado de los mismos las regulaciones de honorarios por altos.

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.

1. Luego, en punto a la atribución de responsabilidad, adelanto que el recurso de la citada en garantía resulta procedente.

Es que la única declaración testimonial del Sr. Riquelme, valorada en conjunto con la restante prueba, resulta insuficiente para acreditar los hechos como los alegaron los actores y la responsabilidad del demandado.

Al respecto, esta Sala sostuvo: “Debe además advertirse que la valoración de una prueba testimonial constituye una facultad propia de los magistrados. En este sentido, si bien es cierto que es aceptado que en nuestro sistema procesal está excluida la máxima "testis unus testis nullus" (testigo único, testigo nulo), no lo es menos que sus dichos deben ser apreciados con mayor severidad”.

“Así se ha indicado: “…Como lo ha expresado mi distinguido colega de Sala, Dr. Díaz Solimine en su voto en "Gallardo Luis Alfredo c/ Gotuzo César Alfredo s/ daños y perjuicios" (Recurso libre nº425.501) "...es variada la gama de posibilidades que llevan a la valoración de la prueba testimonial..., pudiendo detectarse dos tipos fundamentales de testigos: a) el de atendibilidad plena y b) el de atendibilidad restringida". Entre estos últimos se encuentra el testigo único, ya que esta particular situación lleva a apreciar sus dichos con estrictez, pudiendo llegar a desestimarlos. Enumera también las diversas pautas dadas por el maestro colombiano Devis Echandía para apreciar los dichos de un testigo, y de ellas rescato aquélla que hace mérito de la verosimilitud del hecho declarado en relación con otros hechos y con otras pruebas, poniendo el acento, de modo particular, en las contradicciones en las que se incurre a lo largo del proceso, para lo cual debe realizarse el análisis y valoración del plexo probatorio arrimado al juicio…” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C 2011-05-02 Rossi, Alicia María c. Club Atlético Huracán y otros, Publicado en: RCyS 2011-XI, 134)”, (“CANTERO GREGORIA C/ TOLEDO MIRYAM BEATRIZ Y OTROS S/ D. y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE”, EXP Nº 400186/2009).

Así, pueden admitirse los dichos de un testigo único, “cuando de su testimonio surge suficiente fuerza convictiva y se ve corroborado por otros elementos de juicio obrantes en la causa (conf. esta sala en autos "Mendoza, Carmen Delfina c. Clínica Sain Emilien S.A. s/ Accidente-ley 9688, S.D. 23.821 del 14/10/94)”, (Cfr. “AQUEVEQUE HERMOSILLA, CLAUDIO E. C/ AGROINDUSTRIAL S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, EXP Nº 378731/8).

En autos, la valoración del único testimonio ofrecido por los actores impide tener por acreditado que el demandado se encontraba inhabilitado por la señal lumínica al momento de producirse el accidente.

En este sentido, cabe señalar que el testigo Riquelme no fue mencionado al momento de efectuarse el acta de constatación y demás diligencias policiales, como tampoco durante el proceso penal que tramitó ante el Juzgado de Instrucción N° 6, caratulado "Martínez Díaz Julio Cesar s/ Lesiones Graves en Accidentes de Tránsito", Expte. N° 23755/11 que se encuentra agregado por cuerda.

Al respecto, Arazi sostiene que: "Corresponde valorar con mayor rigor el testimonio de la persona ofrecida como testigo en el juicio civil que no declaró en el sumario de prevención ni ante el juez en lo correccional, ni aparece mencionada en la causa criminal. Los testigos no denunciados en el acta policial deben prestar declaraciones que por su concordancia destruyen la presunción de inexistencia que fluye de aquella falta de denuncia", (La prueba en el proceso civil, teoría y práctica, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1986, Pág. 259).

Por otra parte, los dichos del testigo Riquelme en cuanto a la señal lumínica no se encuentran corroborados por ningún otro medio de prueba. Ello, porque no existen en autos otros testigos presenciales del accidente u otras pruebas a valorar al respecto.

Asimismo, cabe señalar que a fs. 120 vta. dicho testigo fue confuso al responder en cuanto a si las personas que iban en la motocicleta llevaban puesto casco protector. Dijo "Yo el que ví, que estaba más lejos tenía el caso en la mano, el que se rompió la cabeza no lo ví si no tenía, no sé si le saltó al momento del impacto. Yo por lo que ví lo tenía puesto el casco, el que no tenía en la mano". Además, tampoco dijo nada en cuanto al estado del conductor del rodado que lo precedía quien, conforme la Dra. Elizabeth Nogara, poseía "Desorientación temporo espacial, Alcohol +)", (fs. 05 de las actuaciones penales mencionadas).

Luego, llama la atención que sin ser preguntado nuevamente con relación a la señal lumínica al momento del accidente, al finalizar su declaración quiera reafirmar que cuando llegaron a la intersección estaba en rojo y después les dio verde y que fue el taxista el que cruzó en rojo (fs. 120vta./121).

A partir de lo expuesto, es que disiento con la valoración testimonial efectuada por la A-quo, y en consecuencia, atento que no quedó acreditada la versión de los dichos de los actores en cuanto a la habilitación del semáforo, corresponde analizar la prueba producida en autos con relación a la eximición de responsabilidad del demandado, en los términos del art. 1113, 2° párrafo, segunda parte del C.C. y conforme los arts. 377 y 386 del CPC y C.

En la sentencia penal, para desincriminar al demandado, el Sr. Juez expresó:

"[…] de las probanzas colectadas en los presentes actuados no hallo acreditado con el grado de probabilidad que esta instancia procesal requiere cual de las personas involucradas en el evento fue la que infringió el derecho de paso al no respetar la señal lumínica del semáforo, la falta de testigos que pudieran echar luz sobre esta circunstancia, y sumándose a todo ello el certificado de fs. 5 y el informe de fs. 61 donde consta el estado positivo del alcoholismo respecto del conductor del moto vehículo, es decir Jorge Antonio Sepúlveda, y más aún la falta de cuidado de éste último al ir en una motocicleta con dos acompañantes sin protección en sus cabezas en franca violación a lo dispuesto por la Ley Nacional de Tránsito, por lo que el resultado lesivo de uno de los acompañantes podría haber sido otro si hubiere cumplido con lo normado […]", (fs. 68 vta. del expediente penal acompañado).

Entonces, considerando que los actores circulaban por calle Bejarano en sentido norte sur, y que el accidente se produjo en la intersección con la Ruta Nacional 22 (fs. 271 vta.), la demanda no puede prosperar.

Es que, quedó acreditada la culpa de la víctimas, en tanto no respetaron la prioridad de paso que tenía el demandado Martínez Díaz conforme lo dispuesto por el art. 41 de la Ley de Tránsito, por transitar por la Ruta N° 22.

En tal razonamiento, cabe además señalar que el perito con especialidad en accidentología que dictaminó en la causa penal identificada precedentemente, expuso que: "Respecto al factor mecánico, el idóneo en su informe hace mención de desperfectos en el sistema de frenado del bi rodado, FRENOS. Delantero regular funcionamiento, trasero no funciona….", siendo el conductor el único responsable del buen funcionamiento de los sistemas de seguridad", (fs. 65vta. del expte. N° 23755/11).

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 324/329 y rechazar las demandas deducidas por los actores Manuel Goncalvez Pereira y Jorge Antonio Sepúlveda, resultando inoficioso el tratamiento de los restantes agravios.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 324/329, revocar la sentencia de fs. 298/306 y rechazar las demandas deducidas por los actores Manuel Goncalvez Pereira y Jorge Antonio Sepúlveda. Imponer las costas de ambas instancias a los vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.) y declarar inoficioso el tratamiento de los restantes recursos.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- Disiento con la solución que brinda mi colega.

A mi criterio, el testimonio del Sr. Arze Riquelme (está en la hoja 120 de la causa "Goncalvez"), reúne suficiente fuerza de convicción como para tener por acreditado que los actores tenían habilitada la luz verde para emprender el cruce.

Aún valorándolo con severidad, no encuentro deficiencias en el relato, ni tampoco contradicción con las restantes pruebas arrimadas a la causa, máxime cuando la accionada no ha efectuado crítica alguna, ni siquiera en los alegatos, en punto a la veracidad del testimonio, ni aportó elementos de prueba que permitan poner en crisis sus dichos.

El hecho de que el testigo no fuera mencionado al labrarse el acta policial de la División Tránsito no resulta suficiente, a mi criterio, para desechar su testimonio en esta sede: cuando los efectivos policiales se hicieron presente en el lugar del accidente, los protagonistas lesionados ya habían sido trasladados por una ambulancia (ver hojas 1/3 de la causa penal), lo cual da cuenta que su presencia no fue inmediata. Por su parte, el testigo dijo que ayudó a uno de los lesionados y "después llegó la ambulancia y yo me fui" (hoja 120 vta).

En definitiva, coincido con el análisis que sobre el punto realiza la magistrada, debiendo confirmarse el decisorio en este aspecto.

No obstante, juzgo que le asiste razón a la citada en garantía en su recurso, cuando cuestiona que la jueza no le dio relevancia causal a tres hechos probados que denotan la imprudencia de las víctimas.

Esos hechos se encuentran firmes, y son los siguientes: la motocicleta se encontraba en un estado general de uso y conservación malo (entre otras cosas, los frenos traseros no funcionaban), en la moto se trasladaban tres personas, y el conductor había ingerido alcohol.

Cierto es que la causa principal del accidente ha sido la violación de la señal lumínica por parte del taxista -conductor del Corsa-. Pero a mi entender, el cúmulo de negligencias en que incurrió la motocicleta, su conductor y acompañantes, permiten considerar que ellas muy probablemente pudieron influir en la pérdida de dominio e inestabilidad del birodado, lo cual lógicamente dificultó realizar cualquier maniobra para eludir el impacto.

Desde este vértice de análisis, considero que la responsabilidad en el accidente debe atribuirse en un 85% al demandado y en un 15% a los actores.

2.- Sentado ello, es turno de analizar los agravios planteados por los accionantes.

En primer lugar, concuerdo con la marginación del daño estético por cicatrices que efectúa la Sra. Jueza al examinar el daño físico, sin perjuicio de su incidencia en la valoración del daño moral. Es que los recurrentes no han logrado poner en crisis el razonamiento de la sentenciante en punto a que no ha existido una desfiguración física que provoque un detrimento de tipo patrimonial.

Al respecto, he de recurrir a Matilde Zavala de González, en cuanto explica que el daño requiere "algo" susceptible de menoscabo: así, el daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aun en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial en comparación con el estado precedente al hecho.

Las nociones sobre daño-lesión y daño-consecuencia se complementan, con tal de que se acepte (según doctrina absolutamente mayoritaria) que la cuantificación se decide por los efectos nocivos, no por la pura lesión a un interés.

Siempre que se enfoque la responsabilidad en su función de reparación y, por eso, necesariamente traducida en una obligación resarcitoria, tendremos que: la indemnización es la consecuencia jurídica —en el sentido de efecto de derecho— de una consecuencia fáctica, la cual precisamente versa sobre un daño resarcible. (cfr. Zavala de González Matilde, "Relevancia cuantitativa del daño", RCyS 2012-II, 95).

En esta línea, como ha señalado la Sala II, "el daño psíquico y otros cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales "al proyecto de vida"- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptuación autónoma.

Así: "La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión" ("Daño Moral" Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)…." (cfr. autos "Defrini", 19/08/2008).

Ahora bien, continuando el análisis del daño físico, se advierte que, a excepción de lo referido a las cicatrices, los agravios traídos no controvierten las variables a computar (tales como edad de la víctima, ingresos presuntos y grado de incapacidad), sino el cálculo mismo.

Y en tal sentido, entiendo que la queja del Sr. Sepúlveda habrá de prosperar, toda vez que tomando como pauta orientadora el promedio de las fórmulas que menciona la magistrada –criterio que coincide con el seguido por esta Sala-, y considerando las

lesiones que padece –diáfisis de tibia y peroné con limitación funcional en miembro inferior izquierdo-, su edad e ingresos probables, se advierte que la suma a la que se arriba en la sentencia resulta baja, debiendo elevarse el monto de condena a $200.000,00.

Lo propio acontece, con respecto al actor Goncalvez, por la lesión en su tobillo izquierdo, puesto que, tomando como referencia orientativa el promedio de las fórmulas Vuotto y Méndez, la suma a reconocerse debe elevarse a $65.000,00.

Los actores también cuestionan el monto acordado en concepto de daño moral.

Sin lugar a dudas, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho 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).

Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: “Hay que descartar la posibilidad de su tarifación en proporción del daño material, debiendo atenernos a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general ‘standard de vida’. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite ‘la índole del hecho generador’ en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del C. Civ.)”. OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, Juez OSTI DE ESQUIVEL (SD) RUIZ DE MUÑOZ OLGA LAURA c/ PROVINCIA DEL NEUQUEN s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO-OSTI DE ESQUIVEL.

En el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas: el Sr. Sepúlveda estuvo internado siete días, le realizaron inmovilización con tutor externo y vendaje, mientras que el actor Goncalvez también debió guardar reposo y someterse a curaciones. También cabe ponderar las consideraciones que se efectúan en el informe pericial psicológico, y el período de internación y convalecencia. Todo ello, y tomando como parámetro las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, determina que el monto deba ser elevado del siguiente modo: para el Sr. Sepúlveda $40.000,00.- y para Goncalvez $13.000,00.

Por último y con relación a la apelación arancelaria, los honorarios de los letrados deben confirmarse en tanto los porcentajes fijados se encuentran dentro de la escala arancelaria y se compadecen con la labor llevada a cabo. En cuanto a los peritos, teniendo en cuenta los parámetros aplicables, en orden a la reiterada doctrina de esta Sala, sus emolumentos no resultan elevados, debiendo confirmarse.

Las costas de Alzada se imponen a las demandadas vencidas. TAL MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Adhiero a la solución propiciada por la Dra. Cecilia PAMPHILE.

Por ello, esta Sala I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fs. 298/306, en cuanto a la imputación de responsabilidad, que se determina en un 85% al demandado y en un 15% a los actores, y los montos de condena a favor de los actores en la forma dispuesta en los considerandos respectivos, confirmándola en lo demás y que ha sido materia de recurso y agravios.

2.-Imponer las costas de Alzada a las demandadas vencidas (art. 68 del C.P.C. y C.).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a 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

"AFIONE MARIA BEATRIZ Y OTR. C/ HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO SRL Y OTR. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 505.990/14" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 63523/2016) – Interlocutoria: 231/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

CITACION DE TERCEROS. EDIFICIO EN CONSTRUCCION. COPROPIETARIOS. ACCION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. INVASION DE ESPACIO AEREO. CONTROVERSIA COMUN. DERECHO DE DEFENSA.

Cabe hacer lugar a la citación de los restantes titulares de las unidades funcionales que tiene el inmueble, co propietarios del edificio, solicitada por el demando, a quien se le inició una acción por daños y perjuicios por invasión del espacio aéreo del inmueble, en su carácter de propietario del inmueble "invasor", cuando éste solo titulariza en virtud de un contrato de permuta el 50% de las unidades funcionales que tiene en el inmueble, y sobre esa base, sostiene que su situación en relación con la cosa, no difiere de la de los restantes titulares de unidades funcionales, toda vez que la intervención de éstos asegurara el debido control y ejercicio de las conductas defensistas a que se crean con derecho, impidiendo la alegación posterior de repetición, de la excepción de negligencia de la defensa, pues más allá de lo que surja de la prueba a producirse en las actuaciones principales y de lo que se resuelva en la sentencia definitiva a dictarse, en el estadio actual, no puede descartarse la existencia de una controversia en común.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "AFIONE MARIA BEATRIZ Y OTR. C/ HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO S.R.L. Y OTR. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 505.990/14" (JNQCI6 INC 63523/2016) 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. Al contestar la demanda, Dardo Walter Troncoso, indica que la vinculación real con el inmueble en el que se construyó el edificio, se limita a la adquisición del 50% indiviso y ocupación efectiva de las unidades funcionales recibidas en permuta de HISPANA DESARROLLO INMOBILIARIO S.R.L.

Agrega que las complicaciones sucedidas entre López Ferrero (con quien celebrara el contrato de permuta del inmueble por las unidades funcionales) y la sociedad demandada, imposibilitaron que, hasta el momento, se perfeccionara la transferencia de dominio, paso necesario, a su vez, para la subdivisión en propiedad horizontal y adjudicación de dominio a los adquirentes de las unidades funcionales.

Indica que tampoco se encuentra constituido el consorcio de propietarios.

Sobre estas bases, sostiene que su parte se encuentra en idéntica situación que el resto de los adquirentes de unidades

funcionales en el edificio y si se intenta responsabilizarlo por la invasión, en igual situación se encuentra el resto de los co-propietarios.

Entiende que, por lo tanto, revistiendo la condición de dueños de la cosa, éstos deben ser citados, con miras a asegurar el debido control y ejercicio de las conductas defensistas a que se crean con derecho, impidiendo la alegación posterior en repetición, de la excepción de negligente defensa.

La magistrada deniega este pedido.

Para así hacerlo, considera que "en el caso no se acreditó ni la legitimación de los terceros, ni el derecho que sustentaría su participación en la causa.

El demandado Troncoso arguye que pretende repetir contra los adquirentes por boleto de las unidades funcionales que integran el "Edificio Lérida", pero al manifestar dicha pretensión omite considerar que los actores lo demandan a él y a Hispano de Desarrollo Inmobiliario SRL en su condición de titulares dominiales desde el inicio de la construcción en virtud de la presunción que emana del art. 2519 del cc reclamando que les indemnicen los daños provocados por la invasión del espacio aéreo del inmueble su propiedad, la que se habría consumado desde el inicio de la obra y confección de los planos, momento en el que los adquirentes por boleto, de existir, no tenían participación alguna porque así lo afirmó el propio demandado.

En suma, desde el marco de referencia de la pretensión de los actores no se advierte que exista conexidad entre la pretensión ventilada entre las partes y la que se quiere generar con los terceros".

Esta resolución es la que, apelada, viene a revisión de la Sala.

1.1. El recurrente esgrime que la sentencia yerra al afirmar que su parte reconoció ser titular del 50% del inmueble; dice que no reconoció esta circunstancia, como así tampoco, que HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO S.R.L., lo fuera del 50% restante.

Indica que su parte esgrimió que, más allá de la situación registral, había permutado el inmueble en el que se construyó el edificio, por unidades funcionales a construir.

Desde allí, que se encuentre en idéntica situación que el resto de los copropietarios, en tanto todos son adquirentes por boleto, integrantes de un consorcio provisorio, no formal.

Los agravios son contestados en hojas 44/47.

2. Ahora bien, la cuestión que viene a resolución no es sencilla, en tanto se entremezcla con cuestiones que deben –en rigor- ser resueltas en el pronunciamiento de fondo y en otros procesos.

En efecto, según se desprende de las constancias de esta causa y de las principales, los actores demandan a Dardo Walter Troncoso en su carácter de propietario del inmueble "invasor", condición que le atribuyen al titularizar registralmente el 50% del dominio del inmueble.

El demandado resiste tal condición, indicando que ya había transferido el dominio, a través del contrato de permuta que celebrara con el Sr. López Ferrero, quien luego lo cediera a HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO S.R.L.

En este contexto, indica que la única relación de dominio actual, la titulariza en virtud del contrato de permuta y se corresponde al 50% de las unidades funcionales que tiene en el inmueble.

Y, sobre esta base, sostiene que su situación en relación con la cosa, no difiere de la de los restantes titulares de unidades funcionales, co-propietarios del edificio.

2.1. Como se advierte, las imputaciones jurídicas sostenidas en la demanda y en la contestación difieren:

Según los actores, Troncoso es responsable por ser el propietario del inmueble al momento de la construcción. Troncoso desconoce tal carácter y, por consiguiente, esto determinaría, según su posición, que, al no ser propietario, carecería de legitimación pasiva (ésta es, justamente, otra de las defensas alegadas).

Pero, además, introduce otra cuestión: Sostiene que, eventualmente, los copropietarios del edificio, deberían responder por lo reclamado en la demanda, en tanto beneficiarios, en definitiva, de la invasión del espacio aéreo invocada como causa de la pretensión.

De allí que sostenga que, frente a la posible acción de regreso contra los mismos, deban ser citados a fin de evitar la excepción de negligente defensa.

Como se puede advertir, la cuestión es compleja y en ella subyacen problemáticas tales como la del consorcio irregular y de hecho, la responsabilidad de los co-propietarios por reclamos nacidos con anterioridad a la adquisición de las unidades funcionales y, a la constitución misma del consorcio.

Más allá de que estos últimos aspectos, no deben ni pueden ser definidos ni en esta instancia, ni en este proceso, lo cierto es, que no puede desconocerse la existencia de una conexión en estas situaciones, más allá de la causa de la pretensión aquí deducida.

Y así se ha dicho: “Se afirma en el interlocutorio bajo estudio para rechazar la citación coactiva de los terceros, que a la actora no se le puede imponer la integración de la litis contra quien no quiere demandar, ni forzarla a entablar la acción contra quien no quiere, salvo que el tercero revista el carácter de co-titular del derecho en que se sustenta la controversia. Sin embargo, entiendo que en situaciones como en la especie en que los susodichos co-demandados piden se cite coactivamente a quienes a su entender serían los responsables directos de los daños que los actores reclaman su reparación, se debió desestimar la oposición no sólo porque puede acontecer que la parte demandada eventualmente vencida, tenga acción de regreso contra los terceros, sino también porque media conexidad entre la relación controvertida en este litigio y la que existiere entre los terceros y alguna de las partes del originario conflicto.

Esta intervención coactiva tiene por objeto evitar que quien fuera demandado en un futuro proceso, pueda argüir la excepción de negligente defensa. En este sentido ha sido redactado el art. 435 del Cód. Procesal estableciendo que la sentencia dictada después de la intervención de los terceros, obliga a éstos como a los litigantes principales y será ejecutable en su contra.

Coincidimos en líneas generales con el fallo de primera instancia, en cuanto que la intervención obligada del tercero (en nuestro caso son cuarenta y tres), es una decisión jurisdiccional de excepción, no bastando para su procedencia que haya un mero interés del citante, sino que debe ser admitida sólo cuando las circunstancias demuestran que lo exige un interés legítimo vinculado con el objeto de la pretensión y la comunidad en la controversia que puede llegar a afectar al tercero, tornando admisible su citación.

En la especie, sin perjuicio de lo que se resolviere en su oportunidad sobre lo sustancial controvertido, encontramos prima facie acreditada la verosimilitud de lo que exponen los demandados en sustento para la procedencia de las citaciones a los terceros, sin que pueda afectarla, el hecho que sean tantos los citados con la inevitable complicación y alargamiento del trámite de la causa, dado que no es lo mismo litigar contra tres que contra cuarenta y seis.

Aunque es atendible la reclamación de los actores ante esta inusual pluralidad de citaciones, la de los demandados la consideramos superior pues se engasta en el resguardo de sus derechos de defensa, ante la eventualidad de un planteo en base a la "exceptio male processus" que en el juicio ulterior pudieren promover….” (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8a Nominación de Córdoba, Chaín, Norberto A. y otro c. Desumvila, Ricardo J. y otro • 05/06/2000 Publicado en: LLC 2000, 1452 Cita online: AR/JUR/4130/2000).

En este contexto, y más allá de lo que surja de la prueba a producirse en las actuaciones principales y de lo que se resuelva en la sentencia definitiva a dictarse, en el estadio actual, no puede descartarse la existencia de una controversia en común, en atención a las razones por las cuales la demandada solicita la citación.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso, debiendo el Juez de grado ordenar las medidas conducentes al efecto.

Dada la complejidad y particularidades del caso y el carácter restrictivo del instituto, lo que pudo llevar a la parte actora a creerse con derecho a la oposición, las costas de ambas instancias 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.- Hacer lugar al recurso interpuesto por el codemandado Dardo Walter Troncoso y, en consecuencia, revocar la resolución que en copia obra en hojas 34/35vta., debiendo el Juez de grado ordenar las medidas conducentes al efecto.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la resolución recurrida y regular por la incidencia resuelta, a los Dres. ... y ..., letrados patrocinantes del codemandado Dardo Walter Troncoso, la suma de $ 4.615 en conjunto; al Dr. ..., apoderado de la misma parte, la suma de $ 1.850; a los letrados patrocinantes de la parte actora, Dres. ..., ... y ..., la suma de $ 4.615 en conjunto; y al Dr. ..., apoderado de la misma parte, la suma de $1.850 (arts. 9, 10 y 11, LA).

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de los fijados por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- 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

"I.P.V.U.N. S/ RECURSO NOTA 73/16 – R.P.I." - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 438/2016) – Interlocutoria: 232/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. REESTABLECIMIENTO DE ASIENTOS REGISTRALES. LEY APLICABLE. CADUCIDAD AUTOMATICA.

Corresponde desestimar el recurso deducido por el I.P.V.U.N. en el marco de lo dispuesto por la Ley 1652, contra la decisión de la Directora del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia, que consintió la expurgación de asientos registrales que se encontraban vigentes, en perjuicio de su parte, inaplicando lo dispuesto por la Ley Provincial 2394 y las sucesivas leyes dictadas en su consecuencia, solicitando que se reincorpore la garantía hipotecaria que afecta al inmueble que identifica; toda vez que la legislación provincial invocada no es aplicable al caso traído a consideración, en tanto rige para los procesos de ejecución hipotecaria en trámite y, en una específica fase, la ejecución de sentencia, no surgiendo de las constancias acompañadas -en rigor, siquiera se invoca- la iniciación de la ejecución, todo ello, más allá del conflicto constitucional. Además el asiento no fue cancelado por el Registro de la Propiedad Inmueble, sino que se produjo su caducidad automática por el transcurso del plazo veinteñal previsto en el Código Civil (normativa aplicable en la especie), sin que mediara rogación alguna para renovar la inscripción.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estas actuaciones caratuladas "I.P.V.U.N. S/ RECURSO NOTA 73/16 – R.P.I. (CNQCI RPI 438/2016) 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 I.P.V.U.N. deduce recurso en el marco de lo dispuesto por la Ley 1652, contra la decisión de la Directora del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia, que en copia obra agregada en hojas 25/29.

Expone que el Registro consintió la expurgación de asientos registrales que se encontraban vigentes, en perjuicio de su parte, inaplicando lo dispuesto por la Ley Provincial 2394 y las sucesivas leyes dictadas en su consecuencia.

Refiere que el origen de los presentes fue una consulta formulada por su parte a dicho organismo. Relata los antecedentes de la misma y señala lo relevante de la Nota N° 73/16 que recurre.

Manifiesta que el diferendo debiera circunscribirse a la legalidad, vigencia y aplicación de la ley 2394 y posteriores prórrogas al caso de autos. Señala que la cuestión fundamental es lo dispuesto en el artículo segundo de dicha ley, en cuanto que dispuso la prórroga automática de todas las registraciones dominiales de las garantías, prórroga que entiende operada de pleno derecho y que el Registro priva de efecto alguno sobre los asientos dominiales que administra.

Alega que no corresponde a la Dirección del Registro de la Propiedad Inmueble analizar la legalidad o constitucionalidad de una norma dictada por la Legislatura Provincial.

Dice que dicho organismo se arroga facultades jurisdiccionales interpretando las leyes locales y entendiendo que la prórroga de los

efectos suspensivos que refiere dicha ley no se encuentra vigente por no haber sido renovada por los legisladores.

Por último, agrega que el registrador también fundamenta la ausencia de asiento registral en la conducta de su parte –acreedor hipotecario- y sostiene que en nada participó el Registro.

En definitiva, solicita que se reincorpore la garantía hipotecaria que afecta al inmueble identificado bajo Matrícula 35051/11 Confluencia, en los términos en que fuera pactada y con expresa consideración de la legislación provincial que entiende aplicable. Hace reserva de iniciar las acciones correspondientes por los daños y perjuicios ocasionados.

En hoja 36 obra copia de la resolución registral N° 395/16 que rechaza el recurso interpuesto contra la Nota N° 73/16, con fundamento en los arts. 9 de la Ley 17.801, 8, 9, 12 y 13 de la Ley Provincial 2087 y 1 de la Ley Provincial 1652.

En fecha 22/11/2016, esta Sala se expidió en los autos “I.P.V.U.N. S/ RECURSO NOTA 73/16 - R.P.I. S/ QUEJA” (v. hoja 2 del presente) resolviendo requerir a la Directora del R.P.I. la elevación de estas actuaciones, para que aquí se analice, en primer lugar, la procedencia formal del recurso intentado (art. 1 ley 1652).

2. Elevadas las presentes, y tal como se señaló en la queja reseñada, corresponde en primer término expedirme sobre la procedencia formal del recurso.

Del examen de los antecedentes expuestos y los términos del art. 1 de la Ley 1652, entiendo que corresponde a esta Alzada tomar intervención en estas actuaciones. Es que, si bien el trámite se inicia como una “consulta” al organismo registrador, lo cierto es que el I.P.V.U.N. pretende el reestablecimiento de un asiento registral.

3. Sentado lo anterior, corresponde ingresar al estudio del recurso deducido por el I.P.V.U.N. Advierto aquí, que la cuestión se circunscribe a definir si la Ley Provincial 2394 y las sucesivas prórrogas que se dictaron resultan aplicables al caso de autos, y de ser así, a determinar los efectos de su aplicación.

Dicha normativa –publicada el 23/08/2002- establece textualmente: “Artículo 1°: Suspéndanse, con carácter transitorio por el plazo de trescientos (300) días a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los procesos de ejecución de sentencias de procesos de ejecución hipotecaria para viviendas únicas de uso permanente del titular o de su grupo familiar. Artículo 2°: La suspensión establecida en la presente ley importa la prórroga automática de todas las registraciones dominiales de las garantías y no impedirá la imposición y el mantenimiento de medidas cautelares en garantía del crédito. Artículo 3º: La presente ley es de orden público y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial. Artículo 4°: Comuníquese al Poder Ejecutivo provincial.” (el resaltado es propio).

3.1. Ahora bien, esta Cámara se ha expedido en distintos casos jurisdiccionales acerca de la inconstitucionalidad de las leyes provinciales referidas (Exptes. 314788/4, 244789-CA-0, 241993-CA-0, 290266-CA-2 y 39-CA-99).

Así se consignó que “…debe ser una ley nacional la que puede y debe disponer la suspensión de los procesos locales ya que jurídicamente sólo el Congreso Nacional podía disponer la suspensión transitoria de los procesos judiciales con fundamento en normas del derecho de fondo (léase juicios hipotecarios, prendarios, cobro de títulos de crédito, cobro de cheques, etc.), agregando que si la ley fuera provincial la misma sería inconstitucional, toda vez que lo que resulta afectado es el derecho de fondo y por lo tanto de competencia de la Nación, toda vez que el patrimonio es prenda común de los acreedores”. (conf. entre otros PI. 2002 - T°V - F°848/849, "BANCO BANSUD S.A. C/ FIGUEROA ROBERTO RAUL Y OTROS S/EJECUCION HIPOTECARIA").

Desde esta perspectiva “la suspensión prorrogada en el orden provincial, más allá de la perduración de la emergencia nacional (ley 25792), carece de sentido instrumental, toda vez que no se trata de un impasse para implementar medidas de fondo enderezadas a paliar o superar la situación de quienes ven amenazada la propiedad de sus viviendas únicas. Antes bien, la reiterada preterición de ejecuciones fundadas en el derecho de fondo parece responder al voluntarismo de suponer que el mero transcurso del tiempo operará una mejora en la situación del deudor, lo que de suyo no parece adecuarse a la realidad: el tiempo incrementa su deuda, y sólo posterga un desenlace inevitable, a menos que paralelamente se arbitren soluciones superadoras. En el orden nacional, aplicable al caso, se ha intentado aliviar la posición del sector de deudores de la especie, mediante el dictado de las leyes 25798 y 25908, que ponen a su disposición un régimen de refinanciación hipotecaria facultativo para las entidades financieras regulares y obligatorio para el resto de los acreedores privilegiados…” (cfr. "CONSULTORA BELLEVILLE S.A. CONTRA MORA YOLANDA S/ EJECUCION HIPOTECARIA", Expte. Nº 296065/3, Sala I, sentencia de fecha 10 de abril de 2007).

Agregándose que “La invocación del estado de emergencia económica local por parte del legislador provincial no puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias ya que la necesidad de enfrentar circunstancias de esa naturaleza solamente explica que las atribuciones que la Constitución Nacional distribuye entre cada una de ellas sean excepcionalmente ejercidas de un modo más intenso, sin alterar la sustancia de los derechos reglamentados” (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi. Autos: “Quintín Flores c/Estado provincial”. Tº 324 Fº 363 Ref.: Provincias. Mayoría: Moliné O'Connor, Boggiano, López, Bossert, Vázquez. Disidencia: Nazareno, Belluscio. Abstención: Fayt.

20/02/2001).

3.2. He traído a colación las decisiones anteriores, más allá de que han sido dictadas en el marco jurisdiccional, para resaltar nuevamente el ámbito de aplicación de dichas disposiciones: procesos de ejecución hipotecaria en trámite y, en una específica fase, la de ejecución de sentencia.

Y, si esto es así, no surgiendo de las constancias acompañadas -en rigor, siquiera se invoca- la iniciación de la ejecución, es claro que tal normativa provincial no es aplicable al caso. Todo ello, más allá del conflicto constitucional, aspecto que no corresponde abordar en este ámbito de revisión, entre otras razones, por no ser este un supuesto aprehendido por dicha legislación.

4. Desde esta perspectiva, es claro que la respuesta dada es acertada.

Ello así, porque -como indica la Directora General del R.P.I. en la nota recurrida- es de aplicación lo dispuesto por el art. 37 de la Ley 17.801, en cuanto a que la inscripción de la hipoteca caduca de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna por haber transcurrido el plazo de 20 años establecido por el art. 3197 del Código Civil, sin haber sido renovada con anterioridad.

Es que “Hay caducidad, pues, cuando el asiento pierde eficacia por el solo transcurso del tiempo sin que se haya renovado. De este enunciado surge una de las características fundamentales de la caducidad: es automática y no exige solicitud ni invocación de ningún interesado. Igualmente tampoco requiere, necesariamente, la redacción de algún asiento o actuación concreta por parte del Registro…” (VENTURA, Gabriel B. Ley 17.801 Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada, p. 450, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2009).

Porque, en definitiva y tal como indica Coghlan “…la caducidad persigue una verdadera limpieza de residuos registrales, vale decir, de situaciones jurídicas registrales que la ley presume iure et de iure extinguidas, excepción hecha de la renovación expresa en contrario. Se entiende que la supervivencia de estas registraciones a nada positivo conduce y, en cambio, es nociva porque desvaloriza la propiedad, paraliza o entorpece el tráfico de inmuebles y el crédito real…” Por ello, “en materia de caducidad de inscripciones es la ley la que procede de oficio y, si bien el instituto reconoce con la cancelación una identidad básica de objetivos, esto es, la terminación de los asientos registrales, en la caducidad no se advierte preocupación por la subsistencia o no del derecho, o del interés en la registración…” (cfr. Coghlan Antonio R., “Teoría General de Derecho Inmobiliario Registral”, Abeledo Perrot, pág. 163 y ss.).

5. En síntesis:

a) La legislación provincial invocada no es aplicable al caso traído a consideración, por lo tanto y más allá de la cuestión de validez constitucional, es claro que no ampara al peticionante en su reclamo.

b) El asiento no fue cancelado por el Registro de la Propiedad Inmueble, sino que se produjo su caducidad automática por el transcurso del plazo veinteñal previsto en el Código Civil (normativa aplicable en la especie), sin que mediara rogación alguna para renovar la inscripción.

En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo desestimar el recurso interpuesto a en hojas 30/35 por el I.P.V.U.N. TAL MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Adhiero al voto que antecede por cuanto el artículo 1 de la ley 2494 claramente establece “Suspéndase […] los procesos de ejecución de sentencias de procesos de ejecución hipotecaria […]”.

Y, respecto a la interpretación de la ley “[…] según inveterada doctrina de esta Corte, cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 324:291, 1740 y 3143; 328:1774, entre muchos otros)”, (CSJN, HSBC BANK ARGENTINA S.A. c/ GUTIERREZ, MONICA CRISTINA s/ORDINARIO, CSJ 003488/2015/CS001, 04/07/2017).

En ese sentido, en el debate legislativo se expresó: “Entrando en el análisis concreto del proyecto, por allí se han escuchado algunos temores a que si esta norma puede llegar a tener algún grado de dificultad en lo que respecta a su instrumentación o aplicación concreta por los tribunales provinciales; en primer término esto es digno de destacar porque sin perjuicio de atender los argumentos esgrimidos, considero que nosotros desde este ámbito legislativo y teniendo en cuenta precisamente la limitación que nos confiere el artículo 5º de la Constitución nacional que es dictar nuestro propio régimen de administración de Justicia y ese régimen de administración de Justicia no es otra cosa más que legislar sobre nuestro Código de Procedimiento, y es ahí donde encontramos nuestra primera gran limitación y, a su vez, nuestra arma legal o técnica que fundamenta y sostiene la constitucionalidad de la norma en tratamiento. Si nosotros estamos abordando el tratamiento de una norma que no va sobre la cuestión de fondo sino va sobre la cuestión del procedimiento y ésta es una facultad reservada por las provincias y que hace precisamente al federalismo en lo que respecta a que no estamos, como bien lo señaló el diputado preopinante Moraña -que me disculpe que lo nombre-, nosotros no entramos en la discusión de la cuestión de fondo, de las condiciones, de los plazos, no

entramos sobre la legitimidad o ilegitimación del derecho que está aquí ejerciendo mediante una acción judicial el o los bancos. Sino que simplemente estamos, en el marco de esta emergencia, abordando un tema procedimental", (Diputado Tobares, Honorable Legislatura Provincial, Diario de Sesiones, XXXI Periodo Legislativo, 4ª Sesión Especial, Reunión N° 11, 31 de julio de 2002).

Tal mi voto.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Desestimar el recurso deducido en hojas 30/35 por el I.P.V.U.N. Sin costas en la Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Registro de la Propiedad Inmueble.

2.- 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

"DELL ARCIPRETE ERIC C/ MMS TOOLS & SERVICES S.R.L. S/ DESPIDO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508504/2016) – Interlocutoria: 251/17 – Fecha: 03/08/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

EXCEPCIONES PROCESALES. DEFECTO LEGAL. OBJETO DE LA DEMANDA.

Cabe confirmar la resolución que hizo lugar a la excepción de defecto legal intimando a la actora para que en el plazo de tres días determine el rubro diferencias salariales bajo apercibimiento de paralizar las actuaciones, por cuanto si bien la A quo en la oportunidad procesal no advirtió defecto alguno posteriormente hizo lugar a la excepción de defecto legal y el apercibimiento dispuesto resulta adecuado porque es el que corresponde a sus funciones de subsanación, más aún considerando que el defecto alegado hace al monto reclamado por diferencias salariales y la presunción establecida en el artículo 38 de la ley 921.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DELL ARCIPRETE ERIC C/ MMS TOOLS & SERVICES S.R.L. S/ DESPIDO" (JNQLA5 EXP 508504/2016) 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, el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 51 la demandada deduce recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución fs. 47/48 vta. que hizo lugar a la excepción de defecto legal intimando a la actora para que en el plazo de tres días determine el rubro diferencias salariales bajo apercibimiento de paralizar las actuaciones.

Se queja porque entiende que no corresponde el apercibimiento de paralizar las actuaciones del art. 20 ley 921 sino el de tener por desistido el proceso conforme el art. 354 del C.P.C. y C.

A fs. 52 se rechazó la revocatoria y concedió la apelación.

A fs. 53 y vta. la parte actora subsanó el defecto legal presentando planilla de liquidación.

II. En punto al apercibimiento dispuesto cabe tener en cuenta que es el establecido en el artículo 20 de la ley 921 para el caso de omisiones en la demanda y que "El espíritu de la ley procedimental del fuero laboral imprime una mayor dosis de participación al juez, en coherencia con los principios fundamentales de la materia, claramente esbozada en pautas como las previstas en los arts. 20, última parte, y 28, que estipulan que aquel debe examinar la demanda para encaminar su subsanación ante cualquier defecto, previo a correr traslado de la misma, en conexión con la exclusión de la defensa de defecto legal en el art. 24, y la obligación de impulso compartido, con la finalidad de averiguar la verdad material y evitar nulidades", ("CORONADO MANOSALVA JUDITH ELENA C/ HORIZAONTE CIA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A.- ART. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. JNQLA6 Nº 509724/2017).

Además, que "Es clara la disposición de la Ley Procesal Laboral local (ley 921) en referencia a las funciones de los jueces para subsanar los defectos contenidos en las demandas."

"Así el párrafo tercero del Art. 20 L. 921 establece "Recibida la demanda, el juez examinará, y si tuviese defectos de forma u omisiones o imprecisión, intimará al actor para que lo subsane dentro del tercero (3ro.) día, bajo apercibimiento de paralizarse el trámite hasta tanto no se dé cumplimiento a la intimación", ("CID URREA EUGENIA EVA CONTRA INTERNATIONAL COVER S.A. S/COBRO DE HABERES", EXP Nº 333241/6).

Entonces, si bien la A quo en la oportunidad procesal no advirtió defecto alguno posteriormente hizo lugar a la excepción de defecto legal y el apercibimiento dispuesto resulta adecuado porque es el que corresponde a sus funciones de subsanación, más aún considerando que el defecto alegado hace al monto reclamado por diferencias salariales y la presunción establecida en el artículo 38 de la ley 921.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria a fs. 51 y vta., en consecuencia confirmar la resolución de fs. 47/48 vta. en lo que fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada por su orden (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).

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

"PEDERNERA STELLA MARIS C/ LA HOLANDO SUDAMERIC. 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.: 444478/2011) – Interlocutoria: 260/17 – Fecha: 08/08/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PRUEBA TESTIMONIAL. APERTURA A PRUEBA EN LA ALZADA.

Resulta procedente la apertura a prueba en esta alzada a los efecto de producir la prueba testimonial oportunamente ofrecida por la actora y que fue denegada por la A quo sosteniendo "atento al objeto del reclamo, por innecesaria no ha lugar", lo cual resulta contradictorio con la sostenido en la sentencia donde se rechaza la demanda por falta de prueba del accidente.

Texto completo:

NEUQUEN, 8 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PEDERNERA STELLA MARIS C/ LA HOLANDO SUDAMERIC. ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART” (JNQLA5 EXP 444478/2011) 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

CONSIDERANDO:

I. A fs. 206/209 vta. se dicta sentencia por la cual se rechaza la demanda, con costas.

A fs. 224/226 apela y expresa agravios la actora. En primer lugar alega que se equivoca la sentenciante al sostener que no se encuentra probado el accidente de autos porque resulta acreditado por el dictamen de la Comisión Médica N° 9 y esa fue la circunstancia que tomó el Juez para denegar la prueba testimonial.

Dice que del dictamen de la Comisión Médica no surge que esté en duda el accidente con la carretilla sino la pertinencia para provocar el daño o lesión.

Agrega, que la demandada, al contestar las cartas documentos, no negó la existencia del accidente y que el rechazo del siniestro no se fundó en la inexistencia del hecho sino en que no tenía entidad para generar la lesión.

Luego, solicita la apertura a prueba en segunda instancia para producir la declaración de los testigos propuestos a los fines de acreditar la ocurrencia del hecho dañoso. Dice que se descartó su declaración por innecesaria lo que descarta que el accidente no esté probado.

II. La actora solicita en la expresión de agravios la apertura a prueba en esta instancia en los términos del art. 260 inc. 2º, del C.P.C. y C., a fin de que se disponga la producción de la prueba de testigos cuya producción fue denegada en primera instancia.

Al respecto, se ha sostenido que: “El replanteo de prueba en la alzada, y su consiguiente producción, sólo es admisible en los casos de probanzas incorrectamente denegadas o de negligencias o caducidades mal decretadas (cfr. esta sala, causas 2066/98 del 17.8.06 y sus citas). La apertura a prueba en esta instancia tiene carácter excepcional, habida cuenta de que las situaciones que autorizan dicha apertura son expresadas por la ley de modo limitativo y deben encararse, en principio, con criterio restrictivo para no convertir a la segunda instancia en una faz de dilación del proceso o desequilibrar la igualdad de las partes o reabrir cuestiones sobre procedimientos, precluidas (cfr. Fenochietto, C. E. - Arazi, R., "Código procesal civil y comercial, comentado y concordado", t. I, pág. 830 y esta cámara, sala 3, causa 3850 del 10.2.95 y sus citas; y esta sala, causa 10.516/03 del 15.5.07)”, (BARRIONUEVO CLAUDIA CECILIA CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO", EXP Nº 329711/5).

El artículo 260 inc. 2° prevé la admisibilidad de la apertura a prueba en segunda instancia por “[…] las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos de los artículos 379 y 385 in fine. La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna.”

En el caso resulta pertinente el pedido de la actora porque oportunamente ofreció la declaración testimonial (fs. 54/55) que fue denegada a fs. 156 sosteniendo “atento al objeto del reclamo, por innecesaria no ha lugar”, lo cual resulta contradictorio con la sostenido en la sentencia donde se rechaza la demanda por falta de prueba del accidente, por lo que corresponde hacer lugar a lo solicitado, decretando la apertura a prueba en esta instancia al efecto de la producción de la prueba testimonial ofrecida por la actora.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la apertura a prueba en esta instancia, peticionada por la actora, a efectos de producir la prueba testimonial ofrecida por ella a fs. 54/55.

2.- Regístrese y cúmplase.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"M. E. F. C/ F. B. A. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 82495/2017) – Interlocutoria: 276/17 – Fecha: 15/08/2017

FAMILIA: Filiación.

ACCION DE FILIACION. IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD. LEGITIMACION ACTIVA. DERECHO SUPERIOR DEL NIÑO.

En consonancia con la opinión de la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, cabe revocar el pronunciamiento que rechaza in limine la presentasión de impugnación de paternidad extramatrimonial formulada por el actor, reconociéndole legitimación para dar andamiento a este trámite, ponderando en forma primordial el interés superior de la niña, que implica la tutela judicial efectiva y el derecho a la verdad sobre su identidad biológica.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "M. E. F. C/ F. B. A. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO" (JNQFA4 EXP 82495/2017) 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. El actor apela la resolución que rechaza in limine la pretensión de impugnación de la paternidad extramatrimonial por él formulada respecto de la niña L.L.M.F.

La Magistrada funda el rechazo por entender que el reconociente no puede ejercer la acción que confiere el art. 593 del CCyC, más allá de la posibilidad de plantear la nulidad del reconocimiento.

Textualmente señala: "…Ello, atento que respecto de la acción de impugnación de la filiación es menester destacar que la filiación atacada en autos es de carácter extramatrimonial, y por tanto la acción entablada no puede ser admitida, ya que el reconocimiento efectuado por el ahora actor ha emplazado a la niña en el estado de hija extramatrimonial; tratándose de un acto jurídico familiar, de un verdadero titulo de estado, razón por la cual dicho reconocimiento es irrevocable, conforme lo normado por el art. 573 del C.C. y C."

"Es que el reconociente no es un legitimado activo de esta acción, ello es así porque el reconocimiento es irrevocable, no le es dable retractarse y por otro lado no puede invocar su propia torpeza."

"Sin perjuicio de ello podrá deducir la acción de nulidad del reconocimiento si es que han mediado vicios de la voluntad al momento de su celebración, ya que lo que se busca es dejarlo sin efecto, conforme lo estatuido en el art. 382 y sgtes. del CCyC, razón por la cual serán de aplicación al presente las normas propias de este instituto."

Por último indica: "…tampoco corresponde en el caso reconducir el reclamo como una acción de nulidad, en tanto y como antes se ha dicho, se trata de una pretensión que tiene un elemento causal distinto y que exige para su procedencia la acreditación de otros elementos fácticos, respecto de los cuales el actor no ha tenido posibilidad de alegar y ofrecer prueba en su demanda con lo cual se afectaría su derecho de defensa en caso de procederse de ese modo."

En la expresión de agravios de hojas 18/21 vta. el actor manifiesta que lo resuelto vulnera gravemente el interés superior de la niña, ya que se vincula directamente con el derecho a su identidad, de jerarquía constitucional.

Refiere que el interés superior aludido debe concretarse en tiempo presente, precisamente mientras es niño, crece y se desarrolla.

Seguidamente, hace referencia al derecho a la identidad como derecho de la personalidad o personalísimo y señala que la Jueza prioriza una cuestión procesal, relativa a la legitimación activa del suscripto, sobre este derecho trascendental que detenta la menor.

De esta manera, agrega, la niña queda emplazada en un estado de familia falso, inexistente, no coincidente con la realidad biológica.

Por último, entiende que la Jueza no ha ponderado las circunstancias del caso, tales como la corta edad de la niña, el breve lapso de contacto con el reconociente y la certeza y contundencia acerca de la realidad biológica, lo que se plasma en el estudio que se acompañó con el escrito de inicio.

En hojas 23/24 emite su dictamen la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente. Propicia que se haga lugar al recurso deducido y que se revoque la resolución atacada.

2. El art. 593 del CCyC establece en su primera parte: “El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo…”

Al respecto se ha dicho que “El Código no resuelve un debate que se ha desarrollado en el campo doctrinario y jurisprudencial en torno a si el reconociente está legitimado para impugnar el reconocimiento que él mismo realizó. Es decir, si se lo puede entender dentro del concepto de tercero con interés legítimo o no, por aplicación del aforismo de que “nadie puede alegar su propia torpeza…”

“Hay voces doctrinarias como jurisprudenciales que le niegan legitimación activa al propio reconociente y otras que, por el contrario, se la reconocen de igual modo. Entre estas últimas se enrola Solari, al entender que “El padre reconociente tiene derecho a ejercer la legitimación activa de la acción de impugnación del reconocimiento, prevista en el art. 263 del Código Civil; de esta manera, entre los ‘interesados’ que habla la norma, debe incluirse también al progenitor que lo haya reconocido voluntariamente. No puede alegarse el principio de que la persona estaría invocando su propia torpeza, en virtud de que lo que debe buscarse es el esclarecimiento de la verdadera filiación de quien se trata. Así en determinadas situaciones el ordenamiento jurídico, en virtud de la jerarquía de derechos en juego, subsume aquel principio general –la teoría de los propios actos– en mérito de otro, por considerarlo de mayor jerarquía, en el caso concreto” (SOLARI, Néstor E., “Legitimación activa del padre reconociente para impugnar el reconocimiento de la filiación extramatrimonial, en D.J. del 8-11-2006, ps. 683 y ss.)”, (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, “Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, Tomo II, Art. 593, ps. 886/887, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014).

Es decir, el nuevo Código no da una respuesta única en este supuesto, adoptándose entonces una postura flexible.

Ahora bien, señalé en la causa “A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION”, (EXP Nº 64205/2014) que “el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes responde al interés superior de todo hombre de saber lo que fue antes que él, qué lo funda. Es claro que, además de nuestra génesis, nuestra biografía también nos conforma identitariamente: son los dos aspectos que resultan insoslayables en la constitución de la subjetividad.”

“Es que, como ha indicado el Dr. Pettigiani en la causa C 85363, "No se trata de preservar una identidad formal o simbólica del individuo. El origen condiciona su personalidad, y conocer sobre el mismo permite afincar en dicha base el crecimiento y la estructuración del psiquismo del individuo. Se trata de poder conocer su propia génesis, su procedencia, su aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón al presente a la luz de un pasado que aprehendido permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura (C.S.J.N., voto doctor Petracchi, en disidencia, in re Recurso de queja por apelación denegada en causa Muller, Jorge s/ denuncia, Fallos, 313:1143)".

"No queremos significar con esto, como quedó dicho, que la identidad de origen desplace la importancia que también cabe a la identidad que confiere el devenir de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes sino, por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma, junto con la que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva."

"La persona posee el derecho de conocer la verdad sobre su origen y quienes en realidad son sus progenitores. Constituye un derecho constitucionalmente tutelado, como prerrogativa implícita contenida en el art. 33 de la Constitución Nacional...".

"Por ello, es de capital importancia erradicar la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento al niño de su verdadera identidad (C.S.J.N., in re Scaccheri de López, María s/ denuncia, del 29X1987, Consid. 13 del voto del doctor Petracchi). La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse (Dolto, Francoise, Los niños y su derecho a la verdad, Bs. As., 1990, pág. 9)".

"Con la verdad, el niño desarrolla adecuadamente su crecimiento y la estructuración del psiquismo (Conf. Bosch, Alejandro F. H. Los métodos compulsivos, la prueba genética y la filiación, La Ley, 2004 A 99)".

"Por el contrario, el ocultamiento es uno de los rostros más deleznables de la mentira, y sin duda susceptible de generar una

personalidad caracterizada como insegura. No puede perderse de vista la incidencia que tendrá, pues, en la formación del carácter del niño, y en todas las etapas sucesivas de la vida del que lo padece" (sent. del 27/8/2008)…" (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, C. H. D. c. P. M. C. 08/06/2010 Publicado en: LLBA 2011 (febrero), 79 Cita online: AR/JUR/54113/2010)".

Y concluía: "...Insisto, además, en la idea inicial: dotar de legitimación al accionante no es determinante para la decisión que finalmente se adopte en este proceso y, de por sí, no determina dar preeminencia al aspecto estático (vínculo biológico), pero sí reconocer la importancia del conocimiento de los orígenes..." (voto en minoría en los autos citados).

Lo cierto es que el T.S.J. se expidió en dicho proceso, señalando: "Así, el interés superior del niño es un concepto dinámico, que abarca diversos temas en constante evolución."

"Ha sido definido como "la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos" (Art.3 de la Ley 26.061 y 4 de la Ley 2.302)."

"El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (conf. Observación General N°5 párrafo 12, Comité Derechos del Niño)."

"Y su "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (cfr. Observación General N°14 C.D.N. IV, 4.)."

"Luego, la interpretación de las normas aplicables para resolver el caso debe ser la que satisfaga de manera más efectiva aquel interés superior del niño en concreto. (Punto I.A. 6 b) Obs.Gral.N°14 C.D.N.)."

Asimismo indicó que "Es importante tener presente que la cuestión relativa a la impugnación y reclamación de filiación articulada no es solo en favor del pretenso progenitor, sino también del posible hijo, quien resulta en definitiva el titular del derecho a la identidad, a quien asiste el derecho a la verdad sobre su origen biológico y a contar con tutela judicial efectiva. Y es que el derecho a la verdad de los vínculos biológicos no es en favor de quien lo pide sino un beneficio para todos los involucrados."

"Cabe recordar que a partir de la reforma constitucional de 1994 (Art. 75 Inc. 22), tiene lugar un proceso de constitucionalización del derecho de familia, en virtud de la supremacía de los preceptos constitucionales y convencionales, de modo que las decisiones han de tener siempre como finalidad la plenitud de esos derechos y si no se respetan, la decisión no tendrá reconocimiento jurídico." (T.S.J., Ac. N° 28, del 25/11/2016).

Como se advierte, tales lineamientos resultan plenamente aplicables a este caso, respondiendo favorablemente a los agravios planteados por el recurrente.

Asimismo, corresponde considerar las particulares circunstancias de este caso, especialmente, los 2 años de edad de la niña L.L.M.F. (cfr. hoja 1), la prueba genética acompañada por el actor en su escrito de inicio y las consideraciones allí vertidas, en torno a la certeza inicial del vínculo paterno a raíz de la relación de las partes, lo que motivó el reconocimiento.

Entonces, siguiendo la tesitura expuesta por el T.S.J., ponderando en forma primordial el interés superior de la niña, que en este caso, como en el citado, implica la tutela judicial efectiva y el derecho a la verdad sobre su identidad biológica, entiendo que corresponde reconocerle legitimación al actor para dar andamiento al presente trámite

"Es que sin duda, las nuevas problemáticas familiares, abordadas a la luz de una adecuada hermenéutica constitucional, exigen una relectura de los clásicos conceptos de legitimación en orden a no obstaculizar el acceso a la justicia de quienes ostenten interés suficiente para accionar, y en la especie a los fines de garantizar el interés superior del niño y su derecho a la identidad (arts. 1° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3° y 11 ley 26.061)." (C. Familia Córdoba, 2ª, 12/05/2011, "M., F.S. v. M., G.O. y otro s/impugnación de paternidad", LL AR/JUR/23083/2011).

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la apelación deducida por el actor –en consonancia con la opinión de la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente- y revocar el pronunciamiento recurrido, disponiendo que, en la instancia de origen, se acuerde el trámite correspondiente a las presentes actuaciones.

Sin costas por tratarse de una cuestión suscitada con el tribunal. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Adhiero al voto que antecede teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y el criterio expuesto por el T.S.J. en el Ac. 28/16.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Hacer lugar a la apelación deducida por el actor y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento de hojas 14/15 vta., disponiendo que, en la instancia de origen, se acuerde el trámite correspondiente a las presentes actuaciones.

2. Sin costas por tratarse de una cuestión suscitada con el tribunal.

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

"PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA 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.: 469265/2012) – Interlocutoria: 281/17 – Fecha: 15/08/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del juicio.

COSTAS. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO. PAGO EN JUICIO. RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE LAS COSTAS. LIMITACION. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACION FIJADA POR LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO. FALTA DE RECEPCION LEGISLATIVA LOCAL. AFECTACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. HONORARIOS DEL ABOGADO. LEY DE HONORARIOS PROFESIONALES. REMISION A LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO. PACTO DE CUOTA LITIS. DOCTRINA LEGAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. APARTAMIENTO. FUNDAMENTOS DEL APARTAMIENTO. DISIDENCIA.

1.- Adelanto aquí que la solución que propongo, parte de un nuevo análisis de la cuestión, de cuya reflexión profunda, concluyo en que debo apartarme de los lineamientos establecidos por el TSJ en esta materia –In re: “Reyes Barrientos”; “Cardellino” y más recientemente, en autos “Sucesores de Pino Hernández, Salatiel Ramón”-. Sin desconocer la autoridad de los pronunciamientos de dicho Cuerpo, he advertido nuevas razones que me persuaden del cambio de interpretación y que me llevan a concluir que la reforma introducida al art. 277 de la LCT –límite al pago de costas- no es aplicable en el ámbito local, por presentarse como inconstitucional. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

2.- Esta normativa -ley 2.933 que modificó la ley 1.594- no regula sobre las costas en el proceso, sino que se refiere a “honorarios profesionales”, los que si bien integran las costas procesales, se erige en una cuestión diferenciable ontológicamente. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

3.- La remisión que la ley provincial –Ley N° 2.933- hace al art. 277 de la LCT, se circunscribe a la cuestión de honorarios, específicamente, a la recepción en el ámbito provincial, del pacto de cuota litis, en el proceso laboral, sin tocar el tema de las costas. Según lo entiendo, esto es lo que surge del texto de la ley –Art. 4° de la Ley N° 2933 -, lo cual además, se compadece con la materia regulada en la misma y, por consiguiente, con una interpretación sistemática de la normativa. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

4.- Claramente, entonces –el art. 4° de la Ley 2.933-, se está refiriendo al art. 277 de la LCT, en cuanto prevé la posibilidad de celebrar pactos de cuota Litis -en el caso de los procesos

laborales-, sometidos a un límite: 20% y a unas formalidades: ratificación personal y homologación judicial. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

5.- En definitiva y, conforme a los nuevos argumentos acordados, producto de una revisión de la cuestión, entiendo que la ley 24.432 –que modificó el art. 277 de la LCT- no puede ser aplicada en el ámbito local por devenir tal solución en inconstitucional. De un lado, en tanto conforme creo haber demostrado, el legislador provincial no receptó su aplicación en el ámbito local. De otro, porque, aún de no compartirse esta solución se produciría una afectación al principio de igualdad, en tanto no existirían razones que justificasen razonablemente tal discriminación para quienes litigan en el ámbito laboral. En función de todo lo expuesto, la crítica en punto a la no aplicación de la limitación prevista en el art. 277 de la LCT no podrá prosperar. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

6.- Únicamente viene en apelación la declaración de inconstitucionalidad del art. 277 LCT, solicitándose su aplicación al caso. Al respecto, entiendo que el recurso de la demandada es procedente por la violación a la doctrina legal establecida por el TSJ de autos “REYES BARRIENTOS, SEGUNDO B. C/ B.J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES” (Expte. Nro. 70 - Año 2013), Ac. N° 10/16 y “CARDELLINO, JAVIER CONTRA S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA SOBRE EJECUCIÓN DE HONORARIOS”, Inc. Nro. 1582- año 2014, Ac. N° 23/16, en éste último, en ejercicio del control nomofiláctico (art. 15 inc. a, ley 1406) casó la sentencia por haber mediado infracción legal, en orden al art. 4° de la Ley 1594, conforme reforma introducida por la Ley Nro. 2.933 y dispuso la aplicación del art. 4 LA. (De voto del Dr. Jorge PASCUARELLI, en minoría).

7.- Asimismo, cabe destacar que en los presentes únicamente inició ejecución de sentencia la letrada del actor por sus honorarios (…). En consecuencia, resulta procedente el agravio de la recurrente y corresponde dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 277 efectuada en la resolución recurrida y disponer que se aplique el límite del artículo 277 LCT conforme la doctrina del TSJ para considerar la dación en pago (…). (De voto del Dr. Jorge PASCUARELLI, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES” (JNQLA4 EXP 469265/2012) 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:

1. Contra la resolución dictada en hojas 230/231 apela la demandada, en cuanto rechaza el pedido de prorrateo con fundamento en el art. 277 LCT (ley 24432) por ser, para el caso concreto, inconstitucional.

Critica los distintos argumentos esgrimidos por el Magistrado para rechazar la aplicación del límite establecido en el art. 277 LCT.

Cita jurisprudencia de la Corte y refiere que no se pronuncia sobre lo expuesto en relación a la ley 2933 ni sobre lo establecido por el TSJ en “Cardellino”.

Sostiene que la limitación prevista en la ley 24432 tiende a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad.

En base a ello, entiende que, mal puede considerarse al pago efectuado como insuficiente y, menos, imponerse las costas de la

ejecución a su cargo, en tanto su parte se atuvo estrictamente a la normativa aplicable.

Sustanciado el planteo con la actora, el mismo es contestado en hojas 248/250.

2. Luego de un exhaustivo examen de la normativa en cuestión, entiendo que la queja de la demandada no puede prosperar.

Adelanto aquí que la solución que propongo, parte de un nuevo análisis de la cuestión, de cuya reflexión profunda, concluyo en que debo apartarme de los lineamientos establecidos por el TSJ en esta materia.

Sin desconocer la autoridad de los pronunciamientos de dicho Cuerpo, he advertido nuevas razones que me persuaden del cambio de interpretación y que me llevan a concluir que la reforma introducida al art. 277 de la LCT no es aplicable en el ámbito local, por presentarse como inconstitucional.

Y así como la CSJN ha sostenido que son viables las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten de los precedentes de la Corte, en tanto lo hagan con el aporte de nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por aquella; entiendo que esto es trasladable al ámbito local.

Daré, entonces, dos nuevos argumentos por los que entiendo, procede modificar la posición sentada por el TSJ.

2.1. En efecto, el Tribunal, entre otros en autos “Reyes Barrientos”; “Cardellino” y más recientemente, en autos “Sucesores de Pino Hernández, Salatiel Ramón”, reiteró su inveterada posición, en punto a que la Ley 24.432 vulnera la autonomía provincial al regular sobre una materia cuya reglamentación se corresponde con una facultad provincial privativa.

Dijo: “Tal conclusión se fundó en los principios que emanan de los Arts. 1°, 2° y 7° de la Constitución de la Provincia del Neuquén, en el Art. 189, Inc. 16°, que establece la facultad de la Legislatura de dictar los Códigos de Procedimientos, en el Inc. 37° que le confiere la potestad de dictar el estatuto de las profesiones liberales (entre ellas la abogacía) y, finalmente, en el Inc. 1° que fija las atribuciones necesarias para hacer efectivas las disposiciones de nuestra Constitución (cfr. Acuerdos Nros. 3/2000 "LOWENTAL”, 42/04 “CERÁMICA ZANON”, entre otros, de esta Secretaría Civil y R.I. Nros. 6.038/2007, 6641/2009, entre otras, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

En efecto, se concluyó que la Ley Arancelaria guarda una relación íntima y directa con las normas procesales (Art. 63, último párrafo, de la Ley N° 1.594) e integra el plexo normativo para cuyo dictado goza de potestad exclusiva la Legislatura Provincial (cfr. Acuerdo Nro. 178/96, -ACUÑA-). Además, que en el caso de la profesión de abogados, precisamente se ejerció la facultad referida, a través de las Leyes Provinciales Nros. 685 y 1594.

También se ratificó, que en virtud del régimen federal que consagra nuestra Constitución Nacional en su Art. 5° y lo preceptuado por el Art. 121 del mismo Cuerpo legal, las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal (cfr. Acuerdo Nro. 189/96, -YERIO-)…”

No obstante reiterar tal doctrina, consideró que en el ámbito laboral, ello encontraba una excepción y dijo así:

“…con la sanción de la Ley provincial 2.933 el legislador local receptó los límites y formalidades establecidos en el Art. 277 de la Ley 20.744 en asuntos o procesos laborales, y cuya aplicación a los presentes peticiona la quejosa (cfr. Acuerdos Nros. 10/2016 –REYES BARRIENTOS- y 23/16 –CARDELLINO- ya citado).

En el caso, la pretensión del actor se emplaza en el ámbito laboral, pues se reclama por el accidente de trabajo sufrido por el señor PINO HERNÁNDEZ. Por consiguiente, encuadra como “asunto laboral” en los términos de la norma transcripta (ver en relación al punto la doctrina establecida mediante Acuerdo Nro. 68/2011 –MÉNDEZ-, del Registro de la Secretaría Civil).

Ante ello, es aplicable al caso la disposición contenida en el Art. 4° de la Ley 1.594 en cuanto prevé que en los asuntos o procesos laborales rigen los límites y formalidades establecidos en el Art. 277 de la Ley nacional 20.744, de Contrato de Trabajo, en virtud de la expresa recepción de la limitación por parte del Legislador neuquino…”

Según expondré y, en definitiva, quedará a consideración del TSJ, entiendo que tal derivación de la ley provincial 2.933, no se compadece con el alcance de la modificación legislativa, ni con la intención del legislador local, fuente interpretativa a la que también cabe acudir.

Es que, como se ha señalado, “…Cuando el intérprete, jurista o juez, se propone determinar si una ley es razonable, tiene que empezar por averiguar cuáles fueron los motivos determinantes de índole técnico-social, que llevaron al legislador a sancionarla y cuáles fueron los fines que el legislador procuraba alcanzar mediante la ley.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia en oportunidad de fallar en los autos: “Rizzo Jorge Gabriel (Apoderado Lista 3 Gente de Derecho s/ acción de amparo c/ P.E.N. ley 26855 –medida cautelar” sostuvo: “la primer fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 334:13)”…” (cfr. Ac. 1/14, entre otros).

2.2. En efecto, la ley 2.399 modificó la ley 1594.

Esta normativa no regula sobre las costas en el proceso, sino que se refiere a “honorarios profesionales”, los que si bien integran las costas procesales, se erige en una cuestión diferenciable ontológicamente.

Como sostiene Ure: “…Parece fundamental examinar en la visión de este tema el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c. Provincia de Buenos Aires" (12 de Septiembre de 1996, causa F.479.XXI, LA LEY, 1998-A, 480), teniendo en cuenta que dos de sus Ministros y aun su propio Presidente se refirieron con toda claridad al tópico que estamos tratando, que acababa de incorporarse al derecho positivo argentino…”

“En efecto; con prescindencia del tema central de esa sentencia, que giró acerca de la retroactividad o irretroactividad de la nueva normativa arancelaria, el Dr. Julio Nazareno sostuvo que "en lo que hace a la extensión del resarcimiento a cargo del deudor respecto al pago de las costas", el nuevo régimen de la ley 24.432 "ha alterado el alcance del deber de reparar que los artículos 520, 622, 901 y 904 del Código Civil atribuyen al responsable".

"Los vocablos utilizados por el legislador en cuanto a que la responsabilidad por el pago de las costas no excederá" de un porcentaje prefijado, agregó con claro concepto el entonces titular de la Corte, "tienen un inequívoco sentido de incorporar una limitación respecto del daño resarcible que debe afrontar el deudor en lo que concierne a este rubro de la cuenta indemnizatoria". "El nuevo texto legal", concluyó, "ha modificado el contenido del daño resarcible a cargo del deudor por uno de los conceptos —las costas— que integran el resarcimiento", lo que no afecta por cierto —el agregado es nuestro— la integridad de las regulaciones.

Carlos S. Fayt señaló por su parte, también con frase muy precisa, que el nuevo texto legal "no contiene limitación alguna en lo que al monto de los honorarios a regular judicialmente se refiere. Antes bien, se alude exclusivamente al alcance de la responsabilidad por las costas, cuestión distinta de la relativa al monto de los honorarios".

"Si lo que la ley estuviera disponiendo fuera de un tope para el importe de las regulaciones judiciales de honorarios", añade el distinguido jurista en apoyo de su tesis, "sobreabundante sería el párrafo segundo según el cual si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superen dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficios".

"El tribunal no tiene que adecuar las regulaciones al tope previsto por el artículo 505 del Código Civil", afirmó por último en forma categórica Adolfo R. Vázquez.

Exactamente el mismo criterio interpretativo se encuentra en los votos de los ministros de la Suprema Corte bonaerense Eduardo Julio Pettigiani y Eduardo Néstor de Lazzari, en cuya opinión el artículo 1° de la ley 24.432, "contiene una limitación respecto del alcance de la responsabilidad por las costas y no respecto de los honorarios profesionales" (2 de Octubre de 2002, "Zuccoli, Marcela c. Sum S.A.", DT, 2002-B, 2352 y LLBA, 2002-1581)…”(cfr.Ure, Carlos Ernesto, “La Corte y el tope del 25% de los artículos 1° y 8° de la ley 24.432”, Publicado en: LA LEY 14/10/2009, 8 • LA LEY 2009-F, 92. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) CS ~ 2009-05-05 ~ Abdurraman, Martín c. Transportes Línea 104 S.A.).

2.3. Si esto es así, se advertirá que la remisión que la ley provincial hace al art. 277 de la LCT, se circunscribe a la cuestión de honorarios, específicamente, a la recepción en el ámbito provincial, del pacto de cuota litis, en el proceso laboral, sin tocar el tema de las costas.

Según lo entiendo, esto es lo que surge del texto de la ley, lo cual además, se compadece con la materia regulada en la misma y, por consiguiente, con una interpretación sistemática de la normativa.

En efecto, nótese que el artículo 4º, dispone: “Los profesionales pueden pactar con sus clientes una participación en concepto de honorarios en el resultado económico del proceso, los que no pueden exceder el treinta por ciento (30%) del resultado económico obtenido, a excepción de los asuntos o procesos laborales. En estos casos, rigen los límites y formalidades establecidos en el artículo 277 de la Ley nacional 20.744, de Contrato de Trabajo, sin perjuicio del cobro que corresponda a la parte contraria, según sentencia o transacción”.

Claramente, entonces, se está refiriendo al art. 277 de la LCT, en cuanto prevé la posibilidad de celebrar pactos de cuota Litis, sometidos a un límite: 20% y a unas formalidades: ratificación personal y homologación judicial.

2.4. Y si recurrimos al análisis de los antecedentes parlamentarios, arribamos a idéntica conclusión.

De la nota de elevación suscripta por el Presidente del Colegio de Abogados, de fecha 11 de septiembre de 2013, del proyecto 8251 Expte. P-046/13 y agregado Cde. 1 se extrae:

“…Los aspectos salientes del presente Proyecto de reforma se circunscribe a tres objetos precisos y determinados, que se corresponden el primero con la base arancelaria a tomar en cuenta para la regulación de los honorarios profesionales de los abogados y procuradores de la Provincia del Neuquén; la adecuación a la norma nacional lo que avala la legitimidad y validez en texto legal del pacto de cuota litis en materia laboral y su redacción conforme a la Ley nacional 26.579; y por último la clarificación

de la autonomía y el manejo administrativo de los recursos que por ley dispone el Colegio de Abogados y Procuradores para su desarrollo y funcionamiento…"

Luego de abordar, el primer aspecto (base arancelaria) y en punto al segundo aspecto saliente, indica:

"En segundo lugar, acudimos al Honorable Cuerpo a fin de dar acogida legislativa al instituto arancelario del pacto de cuota litis en materia laboral, especialmente previsto por la norma de fondo nacional Ley 20.744, referida al Contrato de Trabajo y que en su artículo 277 le da favorable acogida.

Contrariamente nuestra legislación local sobre la materia lo prohíbe, colisionando con esta norma federal de fondo, con garantías constitucionalmente previstas y con los propios hechos que verifican en la práctica su adopción; así como en los juzgados y tribunales de provincias vecinas.

No existen motivos causales fundantes de la prohibición oportunamente prevista y hoy vigente. Es así, que las normas arancelarias más modernas ya referidas especialmente receptan la figura otorgando su validez.

Así también, existe antecedente jurisprudencial en el orden provincial que dando cuenta de los mismos argumentos que hoy se presentan, ha dispuesto la inconstitucionalidad de los textos legales cuya reforma se requiere por el presente Proyecto de Ley.

Así en autos: "JARA, ROBERTO ANTONIO c/ENTE PROVINCIAL DE ENERGÍA DEL NEUQUÉN y OTRO s/LABORAL", (Expte. N° 11030 - Fº 037 - Año: 2006 de fecha 10 de julio de 2006) el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la V Circunscripción Judicial dispuso declarar la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley provincial 921.

Por otro lado existe en la Primera Circunscripción dos criterios diferentes sobre el mismo tema por parte de los jueces laborales de Primera Instancia y así tenemos que uno de los juzgados no lo acepta porque está prohibido por ley y los restantes si lo hacen e incluso lo homologan, lo que genera entre los matriculados que representamos una incertidumbre a la hora de pactar con sus clientes por la disparidad de criterios.

Debemos recordar que la reciente reforma legislativa efectuada a la edad requerida para adquirir la mayoría de edad -Ley 26.579-, torna innecesario hablar de "menor de 18 años no emancipado", como expresa la norma actual por lo que de reformarse el artículo en cuestión sería conveniente adecuar la misma.

Por lo expuesto, se eleva la petición concreta de modificar en lo pertinente la redacción del artículo 18 de la Ley provincial 921, del artículo 4º de la Ley provincial 1594 y su consecuente, artículo 9º de la Ley provincial 2000…"

Véase, entonces, como de la nota de presentación del proyecto, surge que la remisión al art. 277, sólo apunta a la introducción del pacto del cuota Litis, en materia laboral, en el ámbito local.

2.5. Y esto también se ve reflejado, en el debate que se llevó a cabo en la Legislatura Provincial.

En efecto, del Diario de Sesiones XLIII PL, Reunión 30, de fecha 19 de noviembre de 2014, el Miembro informante Sr. Todero, expone:

"...Voy a pasar primero a comentar como fue la discusión en las Comisiones, respecto del proyecto en general, del Proyecto de Ley en general.

Si bien tuvimos algún tipo de discusión en cuanto al pacto de cuota Litis, en materia laboral, quedó totalmente zanjada la discusión haciendo referencia a la Ley de Contrato de Trabajo, donde está explicitada la posibilidad de hacerlo.

Lo que pasa es que nosotros, en la Provincia del Neuquén, no lo teníamos permitido. Lo que estamos haciendo es readecuar o adecuar la normativa a la ley de Contrato de Trabajo nacional y así lo explicita el artículo 4º, la modificación del artículo 4º"

Nuevamente, queda claro cuál fue el marco de remisión al artículo 277 de la LCT, el que se circunscribió a la regulación del pacto de cuota Litis, con los limites y formalidades previstas en el mismo, que ya he señalado (porcentaje, ratificación y homologación judicial).

Nótese que, más adelante, en el debate se produce la siguiente discusión que nuevamente enmarca la remisión al art. 277 con el alcance aquí dado.

La diputada Kreitman dijo: "en esencia, estoy en desacuerdo que sea un trabajador despedido, estoy en desacuerdo con el pacto de cuota Litis, que está incapacitado de afrontar una situación ante la Justicia, encima, lo estemos castigando a hacer frente con su indemnización una…que afronte, superior a lo que, inclusive, establece la ley de contrato de Trabajo".

A continuación de esta intervención se da el siguiente intercambio que abona la conclusión que sostenemos:

"Sr. TODERO (PJ).— ¡No!

Sra. KREITMAN (ARI).— ¿No?, porque no establece el veinte por ciento, y esto es

el treinta.

Sr. GALLIA (PANUNE).— En otro ámbito. Es la Justicia Laboral.

Sra. KREITMAN (ARI).— Bueno, perdón.

Sr. RUSSO (MPN).— En la Justicia Laboral.

Sra. KREITMAN (ARI).— En la Justicia Laboral. Y, en este caso, el veinte por ciento. ¿Y, en este caso, no estamos fijando el treinta por ciento? Bueno, perdón, presidenta, que dialogue. Bueno, sostengo mi voto negativo, en este caso. Después, le preguntaré al diputado, que me explique bien…"

En la sesión siguiente (Nro. 31, de fecha 20 de noviembre de 2014), interviene la Diputada Kreitman e indica:

"…Presidenta, es para dejar expresa constancia del voto negativo del Bloque a cada uno de los artículos. Pero, además, decir —porque en el día de ayer surgió una confusión que, en realidad, me hago cargo de la misma— que la Ley que estamos modificando estaba prohibido el acuerdo de cuota litis. Y esto es lo que nosotros objetamos. Inclusive, si uno lo piensa desde una posición de principios la verdad que, aun lo que dice la Ley de Contrato de Trabajo sería cuestionable. ¿Por qué lo digo? Porque la verdad que uno esperaría que sean solidarios en las ganancias y en las pérdidas, porque aquel que pierde un juicio, y es cierto que el profesional no cobra, pero el que pierde el juicio tiene que pagar a la otra parte. O sea, se es solidario en la obtención de una ganancia, pero no en las pérdidas. Por eso, a nosotros nos parece absolutamente inconveniente esta Ley y por eso queremos dejar sentada nuestra postura en contra de la modificación de una Ley que prohibía, taxativamente, el pacto de cuota litis. Gracias, presidenta…"

En conclusión: En lo que hace a la remisión al art. 277 de la LCT, todo el debate se circunscribe a la recepción en el ámbito local del pacto de cuota Litis.

Ninguna referencia se efectúa a la limitación en materia de costas introducida por la ley 24.432, cuestión que como he señalado, entiendo que no puede estar comprendida en la remisión, en tanto no se desprende ni del texto de la norma, ni de la intención legislativa.

Tampoco de su interpretación sistemática, que impone que el enunciado tenga relación directa con el contenido general de la norma, la cual, insisto, se circunscribe a la cuestión de honorarios y específicamente, al pacto de cuota Litis.

Y, si esta interpretación que efectúo, en base a aspectos no considerados por el Tribunal, es compartida, claramente subsiste el reparo constitucional en orden al reparto de competencias federales, en tanto la limitación relativa a las costas prevista por la ley 24.432, no ha sido receptada en el ámbito local.

2.6. Y, si ello no se compartiera y se entendiera que el legislador provincial ha receptado la limitación en materia laboral –interpretación que creo haber descartado- de igual modo subsistiría el reparo constitucional; ahora, por la lesión al principio de igualdad.

En efecto, conforme a la interpretación dada por el TSJ, en autos "Cardellino", la aplicación de la ley 24.432, determinaría que quienes litigan en el ámbito laboral y no resultan condenados en costas por tener razón, deben soportar la porción de los honorarios, en cuanto excedan del 25% del monto de la sentencia.

De ser así "…se vería en los hechos disminuido el monto de la reparación del demandante, al resultar pasible de que le fuera reclamado el importe equivalente a la diferencia entre los honorarios liquidados en la resolución cuestionada y los porcentuales fijados en la sentencia de grado sobre el monto de condena por capital e intereses y, ello en idéntica medida en la que, a su vez, se beneficiaría la aseguradora perdidosa y condenada en costas de 1ª instancia por la acción entablada por el accidente de trabajo en la forma dispuesta en el decisorio de fs. 553/564, por obra de la limitación de responsabilidad que la ley 24.432 art. 8 establece.

En tal ilación, se torna atendible lo peticionado en la apelación del actor pues, de conformidad con el principio alterum non laedere, reiteradamente reivindicado por el Alto Tribunal (entre otros en el caso "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A." del 21/9/2004) y calificado como entrañablemente vinculado a la idea de reparación (considerando 3º del voto de la mayoría en dicho caso), las indemnizaciones en estos casos han de ser integrales, tanto en el aspecto material como incluso en el moral, y carecería de razonabilidad a partir de tal premisa, hacer recaer en el beneficiario de la reparación por accidente de trabajo el pago —aunque sea parcial— de los gastos provocados por la necesidad de litigar para obtener su resarcimiento, cuando no ha sido condenado en costas en 1ª instancia —a esa etapa corresponden los estipendios cuyo monto está aquí en juego—.

Es en ese contexto y con tal alcance, que la normativa del art. 277 L.C.T. (texto según agregado de la ley 24.432, art. 8) se torna inconstitucional en el caso, en tanto afecta en forma directa, por lo expuesto, la reparación —declarada judicialmente— por las consecuencias disvaliosas del infortunio sufrido por un trabajador en ocasión de su prestación de servicios…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, Z., I. I. c. Q. B. E. A.R.T. S.A. y otro s/ accidente – acción civil • 24/09/2013, Publicado en: DT 2014 (marzo), 669 con nota de Carlos Pose • DJ 12/03/2014, 66).

Y más allá de la reprochabilidad de tal solución, que el precedente citado trasunta, lo que advierto es que se produce una desigualdad entre quien reclama por un crédito de naturaleza laboral y quien reclama un crédito de naturaleza civil (me centro en la figura del accionante, en atención al caso concreto a resolver).

2.7. En efecto, el principio de igualdad no requiere indefectiblemente tratar a todos los individuos de una misma manera, sino a todos los iguales de igual modo. Es decir que la cláusula no abraza la igualdad absoluta de todos los habitantes, sino que refiere una igualdad relativa a las circunstancias en que se hallen, debiendo entonces definirse con qué criterio se evalúa la igualdad.

Y, en este punto, hay dos aspectos a tener en cuenta: la exigencia formal de igualdad y el criterio material que se ha aplicado para la determinación de la categoría o circunstancia. La primera, no excluye que se haga una diferenciación entre personas que se hallan en situaciones diferentes, siempre que –para concluir que ciertas personas pertenecen a grupos distintos- se hayan tomado como base datos relevantes (cfr. TSJ Ac. 811/00).

Y, si bien los jueces no pueden juzgar el acierto o no, de la conveniencia de la discriminación o del distinto trato, sí les incumbe verificar si el criterio de discriminación es o no razonable.

La razonabilidad impone, entonces, un cierto límite que, si se traspasa, nos hace caer en la zona opuesta de lo irrazonable o de lo arbitrario. Y lo irrazonable o arbitrario es inconstitucional, desde donde lo razonable es lo ajustado a la Constitución, o al derecho natural constitucional, o a la justicia plasmada en la Constitución. La pauta de razonabilidad es así, un margen de actividad constitucionalmente válida, que obliga a los órganos de poder y a los particulares" (Cfr. German J. Bidart Campos, "Jurisdicción Constitucional", págs. 91/92. Ver entre otros TSJ, "Inaudi").

Corresponde preguntarse, entonces, si en el caso media una "diferencia razonable", una "causa objetiva" o una "razón sustancial" que avale la diferenciación, que, en esta hipótesis de trabajo (insisto, desarrolla en defecto del primer argumento) habría efectuado el legislador provincial, al imponer los límites contenidos en la ley nacional 24.432, sólo en el ámbito laboral.

2.8. Creo que las argumentaciones en este punto sobrarían, en tanto, claramente, no existe una diferencia sustancial que imponga una solución más perjudicial para quien ocurre a un Juez laboral en defensa de su derecho, que quien persigue la defensa de un derecho civil. No advierto fundamento alguno, que justifique que una indemnización de naturaleza laboral, merezca menor protección en punto a su integralidad, que una civil.

Por el contrario, la especial protección constitucional para el trabajador consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, claramente conduce a la conclusión opuesta, en tanto sujeto de preferente tutela:

"…Para resolver la contienda, es cuestión, entonces, de establecer un criterio que, sin desconocer el margen de apreciación del legislador -y los equilibrios, balances y objetivos que motivaron a éste-, señale los límites que impone a todo ello la Constitución Nacional mediante las exigencias de su art. 14 bis: "el trabajo [...] gozará de la protección de las leyes", y éstas "asegurarán al trabajador [...] protección contra el despido arbitrario". Máxime cuando su art. 28 enuncia el principio de supremacía de aquélla, al disponer, claramente, que "los principios, garantías y derechos" reconocidos constitucionalmente, "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

La intervención de esta Corte en los términos precedentemente expuestos no entraña ingerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional. Es bien sabido que esta última asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano.

Asimismo, los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último.

Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).

El mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" a dicho precepto (Fallos 301:319, 324/325, considerando 5º).

9) Que el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y

ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcriptos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula…" (cfr. CSJN, Vistos los autos: "Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido").

En definitiva y, conforme a los nuevos argumentos acordados, producto de una revisión de la cuestión, entiendo que la ley 24.432 no puede ser aplicada en el ámbito local por devenir tal solución en inconstitucional.

De un lado, en tanto conforme creo haber demostrado, el legislador provincial no receptó su aplicación en el ámbito local.

De otro, porque, aún de no compartirse esta solución se produciría una afectación al principio de igualdad, en tanto no existirían razones que justificasen razonablemente tal discriminación para quienes litigan en el ámbito laboral.

En función de todo lo expuesto, la crítica en punto a la no aplicación de la limitación prevista en el art. 277 de la LCT no podrá prosperar.

En cuanto a las costas correspondientes a la ejecución, más allá del alcance del recurso, lo cierto es que la dación en pago se produce con posterioridad al inicio de la ejecución y nada esgrime el recurrente en punto a que el juez consideró la falta de oposición de excepciones y a partir de ello, mandar a llevar adelante la ejecución (independientemente del monto por el cual la ejecución procede).

En consecuencia y, en mérito a todo lo expuesto, entiendo que el recurso debe desestimarse y confirmarse el pronunciamiento de grado en todo cuanto fuera motivo de agravio. Las costas de Alzada serán impuestas por su orden, atento las particularidades del caso y el apartamiento de la doctrina del TSJ (art. 68 segundo párrafo del CPCC).

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

En primer lugar, corresponde considerar que se despachó la ejecución de sentencia a fs. 223 por capital, intereses y honorarios de la letrada del actor, importando la presentación de fs. 228/229 la no oposición de excepciones dado que la demandada se presentó, dio en pago $ 199.947,06 y solicitó la aplicación del art. 277 LCT.

En la resolución recurrida se desestimó el pedido de prorrateo a partir de la inconstitucionalidad del art. 277 LCT y también se ordenó mandar a llevar adelante la ejecución debido a la que la demandada no opuso excepciones (cfr. arts. 505 y 506 CPCyC).

Únicamente viene en apelación la declaración de inconstitucionalidad del art. 277 LCT, solicitándose su aplicación al caso.

Al respecto, entiendo que el recurso de la demandada es procedente por la violación a la doctrina legal establecida por el TSJ de autos "REYES BARRIENTOS, SEGUNDO B. C/ B.J. SERVICES S.R.L. S/COBRO DE HABERES" (Expte. Nro. 70 - Año 2013), Ac. N° 10/16 y "CARDELLINO, JAVIER CONTRA S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA SOBRE EJECUCIÓN DE HONORARIOS", Inc. Nro. 1582 - año 2014, Ac. N° 23/16, en éste último, en ejercicio del control nomofiláctico (art. 15 inc. a, ley 1406) casó la sentencia por haber mediado infracción legal, en orden al art. 4° de la Ley 1594, conforme reforma introducida por la Ley Nro. 2.933 y dispuso la aplicación del art. 4 LA.

El Tribunal Superior de Justicia sostuvo: "Pues bien, con la sanción de Ley 2.933 queda saldada la discusión que motivó el agravio constitucional planteado en autos, al consignar el legislador local en forma explícita que rigen los límites y formalidades establecidos en el Art. 277 de la Ley 20.744, el que fuera reformado en el tópico por la Ley 24.432, y cuya aplicación a los presentes peticiona la quejosa."

"5. Que luego de la revisión propuesta, ingresando al concreto tratamiento del caso bajo examen, se ha de propiciar el acogimiento del recurso deducido y la consiguiente revocación parcial del fallo impugnado, por haber mediado infracción legal en orden al Art. 4º de la Ley Nro. 1.594, reformado por la Ley Nro. 2.933 que dispone que, en el ámbito local, rigen los límites y formalidades establecidos en el Art. 277 de la Ley nacional 20.744 de Contrato de Trabajo. Y se arriba a esta conclusión, porque se tiene como norte que la finalidad del recurso casatorio impetrado consiste en la correcta interpretación y aplicación de la ley (nomofilaquia), al regir en esta etapa procesal plenamente el principio iuria novit curia (cfr. Acuerdos Nros. 04/05 –"SANDOVAL"-, 35/10 -" PASCUARELLI"-, entre muchos otros, del Registro de la Actuaria)."

"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."

"En virtud de las consideraciones vertidas y del criterio formulado, por los argumentos aquí expuestos he de proponer al Acuerdo se declare procedente el recurso casatorio deducido por la demandada, por los fundamentos vertidos en los considerandos que anteceden, disponiendo la aplicación en el caso de la reforma introducida por la Ley provincial Nro. 2.933 al Art. 4° de la Ley arancelaria local".

Asimismo, cabe destacar que en los presentes únicamente inició ejecución de sentencia la letrada del actor por sus honorarios (fs. 222).

En consecuencia, resulta procedente el agravio de la recurrente y corresponde dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 277 efectuada en la resolución recurrida y disponer que se aplique el límite del artículo 277 LCT conforme la doctrina del TSJ para considerar la dación en pago de fs. 227/228.

Imponer las costas de la Alzada por su orden debido a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68 del CPCyC).

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. Confirmar la resolución de hojas 230/231 en cuanto ha sido motivo de recurso y agravios.
2. Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68 del CPCC).
3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos a 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

"SVALDI VICENTE Y OTRO C/ GALENO ART S.A. S/ INDEMNIZACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 504414/2014) – Interlocutoria: 284/17 – Fecha: 22/08/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

PRESCRIPCION. INTERRUPCION. DEMANDA EN SEDE CIVIL.

1.- Cabe confirmar la resolución que rechazó la excepción de prescripción opuesta por la ART, por cuanto es susceptible de ser calificada como interruptiva del curso de la prescripción, la demanda deducida en autos "Svaldi Vicente y otra c/ Mapfre s/ Daños por uso de automotor", (…), en la que se reclamó por el mismo hecho con fundamento en la responsabilidad civil y también en la ley 24557, "[…] en la medida que es una manifestación de voluntad del titular de mantener vivo su derecho y de hacerlo valer en contra de su presunto deudor, como interruptivo de la prescripción en los términos del art. 3986 del Cód. Civil", ("REYES CARLOS DANIEL C/ OILFIELD & PRODUCTION SERV. SRL S/ ACCIDENTE ACCION DE CIVIL", EXP Nº 468015/2012). (Del voto del Dr. Jorge PASCUARELLI).

2.- Coincido con la solución propuesta por mi colega, por cuanto en este caso, justamente, en la sentencia dictada en el juicio que se invoca como interruptivo, la magistrada indica que no resultaba claro si los actores reclamaban el cumplimiento de las prestaciones previstas por la ley 24.557. De ello se desprende, que más allá de la formulación de aquélla demanda –que, a la postre, determinara su rechazo- la pretensión de cobro del crédito derivado de las prestaciones previstas en la ley 24.557, estuvo presente. Justamente (insisto, más allá de las falencias que pudieran detectarse) tal pretensión judicial, puso de manifiesto, de manera indubitable que el acreedor no había abandonado su propósito de cobro contra la demandada. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE).

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SVALDI VICENTE Y OTRO C/ GALENO ART S.A. S/ INDEMNIZACION” (JNQLA1 EXP 504414/2014) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 93/97 los actores apelan la resolución de fs. 88/90vta. por la cual se hizo lugar a la excepción de prescripción, con costas.

Se quejan porque se consideró que la demanda interpuesta en los autos “Svaldi Vicente y otra c/ Mapfre s/ Daños por uso de automotor”, Exp. 402216/09, por el accidente in itinere de su hijo, no interrumpió el plazo de la acción para reclamar las indemnizaciones de la LRT. Dice que el A-quo yerra al interpretar el art. 2546 del CCyC. Alega la errónea interpretación de esa disposición respecto a la interrupción de la prescripción y el carácter restrictivo que tiene.

Sostiene que la interposición de la demanda civil en el año 2009 interrumpe el curso de la prescripción porque allí se buscaba salir del límite del art. 39 LRT para obtener una reparación integral. Señala que la circunstancia de que se trate de objetos distintos en forma alguna evidencia su carencia de animus, que el CCyC se refiere a toda petición judicial y que la demanda ineficiente tiene efecto interruptivo.

En segundo lugar, se agravia porque considera que no se interpretó la excepción de prescripción con carácter restrictivo. Luego se refiere a la viabilidad del recurso.

La contraria no contestó el traslado del memorial.

II. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas, las mismas se refieren a la consideración de si la demanda interpuesta por los actores en los autos “Svaldi Vicente y otra c/ Mapfre s/ Daños por uso de automotor”, Expte. N° 402216/09, tiene efecto interruptivo de la acción iniciada en los presentes.

En dicho expediente se interpuso demanda el 11/11/09, por los mismos hechos, accidente de trabajo ocurrido el 03/12/08, donde falleció el Sr. Elio Matías Svaldi, hijo de los accionantes.

El A-quo sostuvo que esa demanda no tenía efectos interruptivos porque consideró que el objeto de la pretensión en sede civil difiere del de la pretensión interpuesta en los presentes, “[…] en la acción civil se reclamaron los daños sufridos por la falta de pago del seguro ante el fallecimiento de quien fuera hijo de los actores, reclamando el pago de daño moral, daño a la persona, daño psíquico y pérdida de chance […]”.

“Y en los presentes actuados es claro que el objeto de la pretensión es el pago de la indemnización del art. 18 de la ley 24.557”, (fs. 90).

La recurrente sostiene que cualquier demanda, aunque fuere defectuosa, tiene el efecto de interrumpir la prescripción y en ese sentido se reformó el artículo 2546 del C.C.y C.

Al respecto, cabe partir de señalar que se ha sostenido jurisprudencialmente:

“La palabra "demanda" contenida en el art. 3986 del Cód. Civil no tiene el sentido estricto con que se la emplea en derecho procesal, sino que comprende todas aquellas manifestaciones judiciales que importen una manifestación de voluntad del titular del derecho de mantenerlo vivo. Debe considerarse al beneficio de litigar sin gastos, en la medida que es una manifestación de voluntad del titular de mantener vivo su derecho y de hacerlo valer en contra de su presunto deudor, como interruptivo de la

prescripción en los términos del art. 3986 del Cód. Civil", (CNCiv., Sala J, en autos "BALBUENA DE CARABELLI, Florencia Vicente c/PIZZINATO, Juan Carlos y otro s/SUMARIO", 26/03/91)", (Sala I, "REYES CARLOS DANIEL C/ OILFIELD & PRODUCTION SERV. SRL S/ ACCIDENTE ACCION DE CIVIL", EXP Nº 468015/2012).

Asimismo que: "En orden a la cuestión a resolver, corresponde analizar si la demanda incoada por el trabajador contra el empleador asegurado por la ART en procura de obtener la reparación por los daños causados por las mismas contingencias que dieron origen a la presente acción, pero con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, tiene efectos interruptivos de la excepción de prescripción opuesta por Liberty ART a fs. 47."

"Al respecto, cabe señalar que el art. 3986 del C.C establece como causal de interrupción de prescripción "la interposición de demanda contra el deudor", por lo que mientras no se invoque otra situación legal o fáctica de conformidad con lo dispuesto por el art. 3987 del C.C, que justifique apartarse de aquel principio al juzgador o que suceda el transcurso de un nuevo plazo prescriptivo o de caducidad, corresponde atenerse a sus términos."

"Ello así y toda vez que no se configura en el sub examine ninguna de las causales contempladas por el art. 3987 CC, que impedirían tener por producido el efecto interruptivo en cuestión; así como lo sostenido por la jurisprudencia en el sentido que la prescripción al igual que la caducidad, son institutos que llevan a la aniquilación del derecho, por lo que su aplicación e interpretación debe ser restrictiva, debiéndose optaren caso de duda, por la subsistencia del derecho que se pretende hacer efectivo y no por su aniquilación (Conf. CSJN Fallos 308:581, entre otros), bajo tales premisas para definir si se ha cumplido con el plazo de prescripción ut supra señalado resulta menester examinar si su curso pudo ser afectado por algún hecho suspensivo o interruptivo y sabido es que la interposición de demanda constituye el acto interruptivo por excelencia (art. 3986, primera parte, CC), en tanto constituye un acto idóneo para exteriorizar en forma indubitable el requisito de "interpelación" establecido por la norma antes referida y que ida cuenta de la intención del demandante de mantener vivo el derecho a los efectos de las prestaciones a las que se considera acreedor; destruyéndose así la presunción de abandono del mismo."

"En igual sentido se ha expedido este Tribunal en una cuestión análoga a la que aquí se trata in re "Stimolo, José Antonio c. Libery A.R.T. s/ Ley 24.557. Sen. Int. N° 069.469 del 19/6/07", (CFedSegSocial, SalaI, 30/11/2007, "Romero, Juan José c. Liberty ART", LL AR/JUR/11599/2007).

En el caso, entiendo que la demanda deducida en autos "Svaldi Vicente y otra c/ Mapfre s/ Daños por uso de automotor", Exp. 402216/09, en la que se reclamó por el mismo hecho con fundamento en la responsabilidad civil y también en la ley 24557, "[…] en la medida que es una manifestación de voluntad del titular de mantener vivo su derecho y de hacerlo valer en contra de su presunto deudor, como interruptivo de la prescripción en los términos del art. 3986 del Cód. Civil", ("REYES CARLOS DANIEL C/ OILFIELD & PRODUCTION SERV. SRL S/ ACCIDENTE ACCION DE CIVIL", EXP Nº 468015/2012).

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 93/97 y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 88/90 vta. y rechazar la excepción de prescripción deducida por la demandada ordenando vuelvan los autos al juzgado de origen para la prosecución del trámite. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 17 de la ley 921 y 69 del C.P.C. y C.) difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Coincido con la solución propuesta por mi colega.

El término prescriptivo puede interrumpirse, entre otros casos, por actividad del acreedor, lo que acontece cuando se interpone una demanda judicial, aprehendida la figura en un sentido amplio o laxo, abarcativo de cualquier presentación ante la justicia que ponga en evidencia la intención del acreedor de perseguir el cobro de su crédito.

"En esta dirección, no solamente surtirá efectos interruptivos la presentación judicial que, reuniendo los recaudos de forma exigidos por la ley procesal para ser caracterizada como "demanda" (vgr., art. 330 CPCCN.), viabilice la pretensión concreta y directa de percibir el crédito, sino cualquier otra actividad judicial que, directa o indirectamente, extrovierta de manera indubitable que el acreedor no ha abandonado su propósito de cobro como, por caso, la petición de medidas cautelares o conservatorias, la solicitud de beneficio de litigar sin gastos, las medidas preparatorias de la vía ejecutiva, el reconocimiento de legítimo abono de un crédito contra el causante, las medidas preparatorias de una demanda, etc.

Vale acotar que los defectos de la demanda en cuanto a su forma o en cuanto a su presentación ante juez incompetente o en orden a la falta de capacidad legal del demandante para presentarse en juicio, no resultan obstáculo para que produzca efectos interruptivos (art. 3986 párr. 1º CCiv.)…" (cfr. PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA, Boragina, Juan Carlos, Información Legal Online, Cita Online: 0003/008233).

Es decir que, materializada por vía judicial la intención de cobro, la amplitud de los conceptos y el carácter restrictivo con que debe

interpretarse todo instituto que tienda a la aniquilación de un derecho, imponen una solución que se incline por su subsistencia.

En este caso, justamente, en la sentencia dictada en el juicio que se invoca como interruptivo, la magistrada indica que no resultaba claro si los actores reclamaban el cumplimiento de las prestaciones previstas por la ley 24.557.

De ello se desprende, que más allá de la formulación de aquélla demanda –que, a la postre, determinara su rechazo- la pretensión de cobro del crédito derivado de las prestaciones previstas en la ley 24.557, estuvo presente. Justamente (insisto, más allá de las falencias que pudieran detectarse) tal pretensión judicial, puso de manifiesto, de manera indubitable que el acreedor no había abandonado su propósito de cobro contra la demandada.

Es que "Si bien es cierto que el fundamento último de la prescripción liberatoria es la seguridad jurídica, dando solución a un conflicto de intereses, eliminando incertidumbre en ciertas situaciones jurídicas y obligando a los titulares de los derechos a no ser negligentes en su ejercicio (Al respecto ver entre otros: Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil" "Obligaciones Tomo II", Actualizado por Borda Alejandro, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008); también es cierto que es un instituto de interpretación restrictiva; por lo que en caso de duda, debe estarse a la subsistencia del derecho; sobre todo, teniendo especial consideración que en autos, la demanda de hábeas data fue dirigida contra el propio Banco…" (En este caso, al igual que en los presentes, el objeto de los procesos difería: demanda por daños y perjuicios contra una entidad bancaria que lo colocó en situación de mora y acción de Hábeas Data anterior. Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SALA I, Contrera, Roberto Alejandro c. HSBC Bank Argentina S.A. • 27/12/2010, Información Legal online, Cita Online: AR/JUR/86176/2010).

Con estas consideraciones, he de adherir al voto de mi colega. MI VOTO.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 93/97 y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 88/90 vta. y rechazar la excepción de prescripción deducida por la demandada debiendo continuar el trámite del proceso en la instancia de origen.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 17 de la ley 921 y 69 del C.P.C. y C.) difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"ECHEVERRIA RAUL EDGARDO C/ BANCO CREDICOOP COOPERATIVO LIMITADO S/ SUMARISIMO LEY 2268 X CDA EXP 513314" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 512216/2016) – Interlocutoria: 285/17 – Fecha: 22/08/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD DEL BANCO. INFORMACION ERRONEA. ENTIDAD FINANCIERA. DAÑO MORAL. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO.

1.- La apertura de prueba en la Alzada no puede prosperar si el trámite del proceso es sumarísimo.

2.- Cabe atribuir responsabilidad al banco demandado, pues si bien el apelante se queja de la valoración de la A-quo de las pruebas producidas con relación a la suscripción de los

formularios por parte del actor, nada dice en cuanto a que “un análisis de lo actuado en sede administrativa y en autos, corrobora que la demandada no brindó información suficiente al actor sobre la existencia de saldos deudores por lo que fue informado en el BCRA”. Es decir, no considera que su responsabilidad se determinó a partir de conductas posteriores a la contratación.

3.- La entidad bancaria no probó que brindó información suficiente al actor con relación a la existencia de la cuenta luego de no tomar el crédito y abonar la totalidad de los gastos que ello generó. Tampoco, que durante el período 2009 a 2012, haya informado al actor de la existencia de saldos deudores por los que fue informado el BCRA. Por ello, las quejas que expone el apelante no resultan suficientes para desvirtuar la conclusión de la Sentenciante.

4.- Tal como lo sostuvo la Sentenciante, se encuentra acreditado que el Banco Hipotecario rechazó su solicitud de préstamo porque la accionada lo informó en el Veraz con calificación 2.

5.- Cabe la procedencia del rubro daño moral, pues sin perjuicio de la lógica preocupación y sentimiento de angustia que que la aparición en el Veraz trae cuando cualquier persona intenta acceder a un crédito para una vivienda propia, tampoco puede dejar de considerase la frustración que ello trajo aparejado al respecto, teniendo en cuenta que residía en una vivienda alquilada.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ECHEVERRIA RAUL EDGARDO C/ BANCO CREDICOOP COOPERATIVO LIMITADO S/ SUMARISIMO LEY 2268 X CDA EXP 513314” (JNQCI6 EXP 512216/2016) 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 el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 143/148 la A-quo dictó sentencia, hizo lugar a la demanda y condenó al Banco Credicoop Cooperativo Ltdo., a abonarle al actor la suma de $30.000 con más intereses y costas.

A fs. 151 apeló el actor y a fs. 152 el demandado.

Luego, a fs. 152/161 expresó agravios la demandada. Dice que la Jueza no considera que el actor firmó información suficiente, cuando ello se acreditó tanto en sede administrativa como judicial. Señala que la Sentenciante no tuvo en cuenta lo dispuesto por el art. 314 del CCCN y que el Sr. Echeverría abrió una cuenta bancaria y estuvo conforme con los gastos que ello le irrogaría.

Además dice que la A-quo omite valorar el material probatorio. Se agravia por la atribución de las cargas probatorias porque considera que se violó su derecho de defensa.

Afirma que una vez que exhibió el contrato firmado por el actor, que naturalmente es de ejecución continuada, nada debe probar en los términos indicados en la sentencia.

Señala que aportó prueba de la deuda del actor, que además la cuenta corriente es un servicio bancario y como tal oneroso, que el mismo no contempla si el usuario hace uso efectivo o no de él, pues está a su disposición. Manifiesta, que la Sentenciante señala que no probó haberle entregado chequera, lo cual ya no se exige debido a la existencia de otros servicios, aunque el actor pudo haberla pedido.

También entiende que es excesivo pretender que el banco pruebe haber mantenido informado al actor en forma clara y veraz acerca del saldo deudor por el que informó al BCRA.

Además se queja porque considera que no quedó probada la existencia de daño.

Dice que cuando el Sr. Echeverría inició su reclamo por el supuesto problema y calificación crediticia estaba solucionado.

Por último, se agravia del quantum del daño, la imposición de costas, la tasa de interés y el día a partir del cual corresponde hacer el cálculo.

Asimismo, solicita que atento la denegatoria de la producción de la prueba informativa al Banco Hipotecario en primera instancia, se provea en esta Alzada.

A fs. 163/165 expresó agravios el Sr. Echeverría. Se queja por el monto asignado como compensación del daño moral. Dice que en la demanda expuso los hechos que conducían el reclamo por daño moral en la suma de $50.000, justificados no sólo por su inclusión en las bases públicas de datos de deudores del sistema financiero, sino porque tal inclusión le provocó la pérdida de una importante oportunidad de adquirir una vivienda en tanto le fue negado un crédito bancario que solicitó a tal fin.

Sostiene, que lo extraño es que la Juzgadora tuvo por acreditados tales hechos pero se apartó de la petición indemnizatoria, sin otorgar argumentos concretos.

También, alega que existió una falta de fundamentación del decisorio adoptado por la Juzgadora en la condena accesoria de intereses. Dice, que no encuentran motivos para establecer como punto de partida de los intereses la fecha de notificación de la demanda y que desconoce por qué la Sentenciante decidió tan importante acotamiento de los intereses por mora.

Sostiene, que el Código Civil establece en su artículo 1748 que el curso de los intereses comienza con la producción del perjuicio, y que en el caso el perjuicio se produjo al momento de la inclusión del actor en la base de datos, es decir, septiembre de 2012, por lo que peticiona que se liquiden desde esa fecha.

A fs. 166/173 el actor contestó los agravios de la demandada y a fs. 175/176 esta hizo lo propio respecto de los de la contraria. Solicitaron el rechazo de los recursos que contestaban, con costas.

A fs. 161 la demandada apeló los honorarios por altos.

II. 1. Ingresando al tratamiento de las cuestiones propuestas, en primer lugar, corresponde analizar la petición de producción de prueba en la Alzada que efectúa la demandada y se advierte que el pedido, formulado sobre la base del art. 260, inc. 5 apartado a), del C.P.C. y C. (fs. 160vta./161.), como sostuvo la contraria al contestar el traslado, no puede prosperar porque el presente tiene el trámite del proceso sumarísimo (v. providencia de fs. 22). En consecuencia el recurso se concedió en relación, de acuerdo al art. 498, inc. 4° (fs. 121), y conforme dice Palacio: “Si el recurso ha sido concedido en relación no procede en cambio admitir la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos (art. 275, párr. 2°), debiendo por lo tanto el tribunal resolver sobre la base de las actuaciones producidas en primera instancia” (Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, pág. 592, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998).

2. Luego, corresponde analizar el recurso de la demandada en cuanto a la atribución de responsabilidad.

Al respecto, cabe señalar que si bien el apelante se queja de la valoración de la A-quo de las pruebas producidas con relación a la suscripción de los formularios por parte del actor, nada dice en cuanto a que “un análisis de lo actuado en sede administrativa y en autos, corrobora que la demandada no brindó información suficiente al actor sobre la existencia de saldos deudores por lo que fue informado en el BCRA”.

Es decir, no considera que su responsabilidad se determinó a partir de conductas posteriores a la contratación. Así, tal como lo sostiene el actor al responder los agravios de la demandada, los hechos fundantes del reclamo no son aquellos del inicio contractual, sino la conducta desplegada por el banco luego de la suscripción (cfr. fs. 170).

Además, se queja respecto de la interpretación de la Sentenciante con relación a la falta de entrega de la chequera como también de la tarjeta asociada a la cuenta en cuestión, pero omite referirse a lo expuesto por la misma en cuanto a que “el Banco mantuvo la generación de la deuda por gastos de mantenimiento de productos que, no podía desconocer que el actor no utilizada (reitero que no se acreditó que se haya entregado la chequera y tarjeta), y tampoco probó que haya notificado o comunicado al actor”, (fs. 145). Tampoco se refiere a que no se produjo prueba que acreditara que supuestamente entregaba documentación al respecto al deudor. Obsérvese que a fs. 104 se desistió la prueba a tal fin.

En definitiva, la demandada no probó que brindó información suficiente al actor con relación a la existencia de la cuenta luego de no tomar el crédito y abonar la totalidad de los gastos que ello generó. Tampoco, que durante el período 2009 a 2012, haya informado al Sr. Echeverría de la existencia de saldos deudores por los que fue informado el BCRA (cfr. fs. 144vta.).

Por ello, las quejas que expone el apelante no resultan suficientes para desvirtuar la conclusión de la Sentenciante.

Al respecto, se ha sostenido: “La Ley 24240 constituye un sistema jurídico que tiende a la protección y defensa de los consumidores o usuarios, ante la situación de debilidad en que éstos se encuentran por las notables desigualdades que generalmente se verifican en sus relaciones con los empresarios, pero fundamentalmente, por la desinformación en torno al objeto de la comercialización -bienes o servicios-. Así pues, el derecho a la información se ubica en el centro de los derechos sustanciales de los consumidores, en tanto les permite resguardar sus intereses económicos e incluso la vida y la salud. En este sentido el art. 4 (según texto vigente a la fecha del hecho denunciado, hoy sustituido por el art. 4° de la Ley 26361) impone a los empresarios el deber de suministrar a los consumidores o usuarios, de manera cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente

sobre las características esenciales de los productos o servicios. La certeza y la objetividad apuntan a evitar inexactitudes u ocultamientos que puedan inducir a error o engaño en torno a las propiedades o condiciones de los bienes o servicios que se comercialicen y a que el destinatario de éstos conozca con precisión todo aquello que pueda influir sobre su decisión de contratar", (Cám. Fed. De Apel. Sala I, General San Martín; 22-05-2008; Prosecretaría de Jurisprudencia de la Cám. Fed. Apel. de San Martín; RC J 1424/10", publicado en Rubinzal Culzoni On Line).

En este sentido esta Alzada sostuvo: "Luego de la reforma de la ley 26.361, el artículo 4 de la ley 24.241 recoge una modificación que –aunque se encontraba ya receptada jurisprudencial y doctrinariamente- resulta aplicable a la circunstancia verificada en autos".

"Así la norma citada ha quedado redactada de la siguiente forma "Art. 4.– Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión", ("ALIAS HECTOR CONTRA BANCO MACRO BANSUD S.A. S/ COBRO SUMARISIMO DE PESOS", (Expte. Nº 329716/5).

A partir de lo expuesto, el agravio de la demandada en punto a su responsabilidad no resulta procedente.

3. Luego, en cuanto a los agravios de ambas partes con relación al daño moral adelanto que los recursos también serán desestimados.

En punto al daño moral, esta Sala sostuvo: "El agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas; entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad psíquica, los afectos familiares, etc. (conf. CNCom., Sala B, in re: "Katsikaris A. c. La Inmobiliaria Cía. de Seguros s. ordinario", del 12.08.86). No se reduce al pretium doloris, pues involucra todo daño a intereses jurídicos extrapatrimoniales (conf. CNCom., Sala B, in re: "Galán, Teresa c. Transportes Automotores Riachuelo S.A. s. sumario", del 16.03.99). Se trata de una lesión susceptible de causar lo que una aguda fórmula ha llamado "modificaciones disvaliosas del espíritu" (v. Pizarro Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA del 17.09.86, especialmente pág. 6 y doctrina allí citada)", (CNCom. Sala F, 15217/08, in re, LEDO MARIA ADRIANA C/ BANK BOSTON NATIONAL ASSOCIATION Y OTRO S/ ORDINARIO, 16/02/12).

"Es cierto que la jurisprudencia asigna un carácter restrictivo a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, criterio que tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, "La reforma de 1968 al Código Civil", p. 203; Ed. Perrot, Bs. As., 1971). Sin embargo, esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (ver CNCom., Sala C, in re: "Giorgetti Héctor R. y otro c. Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. s. ordinario", del 30.6.93; in re: "Miño Olga Beatriz c. Caja de Seguros S.A. s. ordinario", del 29.5.2007)", (CNCom., Sala F, 15/07/2010, autos "Cataldo, Federico Francesco vs. Peugeot Citroën Argentina S.A. y otros s. Ordinario", RC J: 19680/10), (esta Sala en autos "DIJKSTRA NICOLAS C/ SAPAC S.A. Y OTRO S/ SUMARÍSIMO ART. 321 CPCC" (EXP. N° 398675/09).

En autos, tal como lo sostuvo la Sentenciante, se encuentra acreditado que el Banco Hipotecario rechazó su solicitud de préstamo porque la accionada lo informó en el Veraz con calificación 2 (cfr. fs. 146).

Además, sin perjuicio de la lógica preocupación y sentimiento de angustia que tal situación trae cuando cualquier persona intenta acceder a un crédito para una vivienda propia, tampoco puede dejar de considerase la frustración que ello trajo aparejado al respecto, teniendo en cuenta que residía en una vivienda alquilada. Al respecto, el testigo Raúl Romero dijo que el actor alquilaba (12´), que cuando no pudo comprar "no se lo veía bien" (14´), "hubo varios días que no andaba bien como todos los días" (15´). Por su parte, la testigo Luciana Vendrell señaló que "estaba alquilando" (19´). "Se estresó porque había salido en el Veraz", "no entendía si alguien había firmado por él".

Lo expuesto, conlleva a la desestimación del agravio de la demandada en cuanto a la procedencia de este rubro.

Luego, en punto a la cuantificación de este rubro cuestionada por el actor, considero que ha quedado debidamente acreditado que el mismo sufrió una modificación disvaliosa de su ánimo, que no puede dejar de considerarse que vivió con preocupación la existencia de una deuda bancaria, lo cual surge de la experiencia acerca de las reacciones humanas (cfr. ALIAS HECTOR CONTRA BANCO MACRO BANSUD S.A. S/ COBRO SUMARISIMO DE PESOS", Expte. Nº 329716/5). A partir de valorar tales extremos y los precedentes tanto a nivel local como nacional al respecto (Sala II en autos "ROVEDA CARLOS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", Expte. Nº 398700/2009 y "ADET ALFREDO c/ TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA s/ INCUMPLIMIENTO DE SERVICIO DE TELECOMUNICAC", 11/05/16 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2), considero que el monto por este rubro se encuentra

correctamente justipreciado (art. 165 del C.P.C. y C.), lo que deviene en la desestimación de la queja.

4. Luego, en punto a la tasa de interés sostuvo el TSJ en autos “Alocilla” que:

“Cabe señalar que el art. 622 del Código Civil establece que, ante la falta de intereses moratorios convenidos o fijados por leyes especiales, serán los jueces quienes determinen el que se debe abonar. En la nota a este dispositivo, Vélez Sarsfield expresó: "Me he abstenido de proyectar un interés legal, porque el interés del dinero varía de tan de continuo en la República y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos...".

“Tal abstención del legislador conduce a que, en las causas civiles, sean los jueces quienes deban determinar la tasa de interés aplicable; cuestión que -conforme lo sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación- queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los magistrados de la causa (cfr. "Banco Sudameris c/ Belcam S.A.", 17/5/94, FALLOS 317:506)”.

“Ahora bien, abandonado el régimen de convertibilidad cambiaria y, ante el cambio de escenario económico que se produjo a partir de ello, la fijación judicial de los intereses volvió a adquirir especial gravitación, por cuanto esta decisión debe compatibilizar dos directivas que aún se mantienen vigentes: por un lado, la prohibición de recurrir a cláusulas de ajuste y mecanismos de actualización; por el otro, mantener incólume el contenido económico de la sentencia. En este marco, el interés además de reparar el daño producido por la mora, adquiere también la función de salvaguardar el valor del capital adeudado contra la inflación”.

“En otros términos, en el contexto económico actual, corresponde aplicar una tasa de interés que contemple la expectativa inflacionaria y no sólo que compense la falta de uso del dinero: Si la tasa de interés aplicada se encuentra por debajo de la línea trazada por la evolución de la inflación incumplirá el mandato legal de mantener incólume la condena y lesionará la garantía constitucional al derecho de propiedad, amén de colocar al deudor moroso en mejor situación que la del cumplidor; por encima de aquel índice, será preciso advertir en qué medida el paliativo "interés" deja de cumplir esa función para convertirse en una distorsión del correcto sentido de la ley. (cfr. Acuerdo 21/04 del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios Civil)”, (Ac. N° 1590 en autos "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", expte. nº 1701/06).

En consecuencia, conforme el precedente citado, corresponde confirmar la aplicación de la tasa activa del BPN.

En cuanto a la fecha de inicio de cómputo de los mismos, la Cámara Nacional de Apelaciones sostuvo: “El dies a quo de los intereses correspondientes a la indemnización por daño moral derivada de la errónea aparición de un particular en un banco de datos de deudores morosos, no debe fijarse en la fecha en que se produjo el perjuicio, sino cuando el damnificado tomó conocimiento del ilícito de modo coincidente con la solicitud de su reparación, pues debe estimarse que es el momento en que comenzó su agravio moral”, (CNCom. Sala A, en autos “Abiusso, Rodolfo Oscar c. Compañía Financiera Argentina S.A”, 28/12/2010, La Ley On Line, AR/JUR/92837/2010”).

A partir de lo expuesto, corresponde computar los intereses con relación al daño moral desde el 29 de octubre de 2012, fecha en la cual el actor realizó la denuncia administrativa ante la Dirección General de Comercio Interior (cf. fs. 1 de las actuaciones agregadas por cuerda, caratuladas “Banco Credicoop Coop. Ltdo. s/ Recurso ley 2268/98”, Expte. N° 513314/2016).

En consecuencia, al respecto sólo prosperará parcialmente el recurso del actor.

5. Asimismo, en cuanto a las costas, atento las consideraciones expuestas precedentemente, los fundamentos de la apelante no resultan procedentes. Por ello, atento que no encuentro motivos suficientes que justifiquen el apartamiento del principio objetivo de la derrota, corresponde confirmar la imposición de costas efectuada en la instancia de grado (art. 68 del C.P.C. y C.).

6. Por último, en cuanto a las apelaciones arancelarias formuladas a fs. 151 y 161, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores efectuadas por los letrados 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, 12 y 39), y en consecuencia la queja al respecto no resulta procedente.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 152/161 vta. y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el actor a fs. 163/165 y en consecuencia modificar la sentencia de fs. 143/148, determinando que el cómputo de los intereses deberá efectuarse desde el 29 de octubre de 2012 hasta la fecha de su efectivo pago, y confirmarla en lo demás en cuanto fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 152/161 vta. y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el actor a fs. 163/165 y en consecuencia modificar la sentencia de fs. 143/148, determinando que el cómputo de los intereses deberá efectuarse desde el 29 de octubre de 2012 hasta la fecha de su efectivo pago, y confirmarla en lo demás en todo cuanto fue materia de recursos y agravios.
2. Imponer las costas de Alzada a la demandada (art. 68 párrafo del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en el 30% de los de la anterior (art. 15, LA).
3. Regístrese, notifíquese 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

"ARRUDA AGUIRRE JUAN MANUEL C/ BACKING S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509242/2016) – Interlocutoria: 288/17 – Fecha: 22/08/2017

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. SOCIO GERENTE. PODER GENERAL PARA JUICIOS. DISIDENCIA.

1.- Cabe revocar el decisorio de grado que tiene por incontestada la demanda por no haber cumplido con lo dispuesto por el art. 46 del CPCC, por cuanto la misma se limitó a requerir original o copia certificada de la documentación presentada, pero nada indicó sobre las facultades insuficientes del apoderado, lo que se tiene por subsanado al presentar el poder general para juicios conferido a los letrados, al momento de contestar la demanda. [...] el desacierto inicial en la intimación, no puede jugar en su contra, máxime cuando se encuentra en juego el ejercicio del derecho de defensa en juicio. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría).

2.- El poder general para juicios en virtud del cual se presentó a contestar demanda uno de los socios gerentes de la razón social demandada, resulta a todas luces insuficiente, por no revestir aquél la condición de letrado matriculado. Es decir que, el socio gerente es el único representante legal de la sociedad demandada quien debe presentarse en autos a estar a derecho con patrocinio letrado, o bien, conferir el correspondiente apoderamiento a un letrado de la matrícula. Tales circunstancias no fueron oportunamente cumplimentadas en autos, lo que conduce, sin más, al rechazo del recurso interpuesto. (del voto del Dr. Pascuarelli, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Agosto del año 2017
Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ARRUDA AGUIRRE JUAN MANUEL C/ BACKING S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES” (JNQLA6 EXP 509242/2016) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y JorgePASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

1. La demandada deduce apelación en subsidio contra la providencia de hojas 121 y vta. en cuanto hace efectivo el apercibimiento dispuesto en hojas 98, por no haber cumplido con lo dispuesto por el art. 46 del CPCC, y tiene por incontestada la demanda.

En sus agravios de hojas 127/131vta. manifiesta que se viola el derecho de defensa de su parte y se vulnera la intimación cursada, por cuanto la misma se limitó a requerir original o copia certificada de la documentación presentada, pero nada indicó sobre las facultades insuficientes del apoderado Robles.

Señala que su parte acompañó las constancias requeridas y se comportó de buena fe. Agrega que, en la providencia atacada, se da un alcance más amplio al requerimiento inicialmente ordenado.

Entiende que debió intimarse expresamente y puntualizando la falencia incurrida para su correcto conocimiento y posterior subsanación.

Luego, advierte la relatividad de la falencia con la ratificación expresa formulada por la socia gerente y el otorgamiento de un poder especial a los letrados.

En hojas 132 la Magistrada rechaza la revocatoria interpuesta y concede la apelación subsidiaria.

Sustanciados los agravios, la contraria no los contesta.

2. Ingresando al estudio del recurso deducido anticipamos que el mismo no puede prosperar.

Tal como esta Sala expuso en el precedente citado por la Magistrada ("MENA ARIEL EDGARDO C/ HUICHACURA E HIJOS S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES" JNQLA3 EXP Nº 508238/2016), “el poder otorgado configura una hipótesis de representación voluntaria dada por el socio gerente de una S.R.L. y no de representación legal, no dándose la excepción determinada por el segundo párrafo del art. 46 del ordenamiento ritual. En tal sentido se expidió esta Cámara de Apelaciones en anteriores oportunidades (Sala I en Exptes. N° 472252/12, 304598-CA-4, 315454-CA-4; Sala II en Expte. Nº 255852/1; Sala III en Expte. N° 341197/6, entre otros).

Al respecto se ha dicho que: “En virtud de que la sociedad de responsabilidad limitada tiene un órgano de administración típico que es la gerencia y que éste no puede ser reemplazado por ningún otro, los socios que no invisten la calidad de gerentes no pueden representar a la sociedad, ni otorgar mandato en su nombre o actuar en juicio por ella. Por lo tanto no resulta arbitraria la sentencia del Tribunal A-quo que hace lugar a la defensa de falta de personería por entender que la actora no podía actuar en nombre de la persona jurídica, pues no había probado la titularidad de todas las cuotas sociales ni tampoco ostentaba el carácter de representante de la sociedad.” (C.S.J. Nº 218 1995, 18/08/99 MAG. VOTANTES: IRIBARREN - FALISTOCCO - ULLA – VIGO).

La representación en juicio de las sociedades de responsabilidad limitada debe ser ejercida por el gerente o gerentes, socio o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo, o posteriormente.

Asimismo, pero en lo referido a una sociedad anónima, la Sala II en ECA. 749-2 expresó: "Que no puede ejercitar la representación en juicio quien no reviste la condición de profesional debidamente inscripto en la matrícula y tratándose de un apoderado de la sociedad deudora, tampoco puede invocar en su provecho lo dispuesto a propósito de los representantes legales (Cám. Nac. Com., Sala C,19-11-76, La Ley, 1977, v. B, p.115). De ahí que el mandato otorgado por el directorio de una sociedad anónima a uno de sus miembros carece de viabilidad para representar en juicio (Cám.Nac.Com.Sala B, 22-6-60, La ley, v.100, p. 731, 542-S); y mucho menos cuando se pretende dar mandato a un tercero no habilitado para la procuración (Cám.Nac.Com. sala C, 29-11-65, Der. v.16, p.413), desde que el poder así otorgado importa una representación de carácter convencional, voluntaria o facultativa y no está comprendida en el inciso 4º del artículo 1º de la ley 10.996 (Cám.Nac.Civ., Sala F, 14-11-72, Der.v. 55, p. 277)." ("MUÑOZ LUCAS ARIEL CONTRA MAYORAMA SRL Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES", Expte. N° 472252/12 ya citado, de esta Sala I)”.

De la lectura del proveído de hojas 98 interpretamos que, más allá de la indicación de acompañar originales o copias certificadas, se dispuso que el presentante debía acreditar personería en los términos del art. 46 del CPCC.

En tal sentido, se observa que el poder general para juicios en virtud del cual se presentó a contestar demanda el Sr. Carlos Alberto ROBLES, otorgado por la Sra. Patricia Delia DASSO, en su calidad de Socia Gerente de la razón social BACKING S.R.L. resulta a todas luces insuficiente, por no revestir aquél la condición de letrado matriculado.

Es decir que, el socio gerente es el único representante legal de la sociedad demandada quien debe presentarse en autos a estar a derecho con patrocinio letrado, o bien, conferir el correspondiente apoderamiento a un letrado de la matrícula. Tales circunstancias no fueron oportunamente cumplimentadas en autos, lo que conduce, sin más, al rechazo del recurso interpuesto.

Las costas generadas por su intervención estarán a cargo del recurrente (art. 68 del CPCC).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Entiendo que los desarrollos efectuados por la magistrada, en punto a la representación convencional en juicio son acertados.

Sin embargo, en este caso y en orden a los términos en que la parte fue intimada, hacer efectivo el apercibimiento, no es una solución aceptable.

1. En efecto, esta Sala ha abordado la cuestión de la representación de las S.R.L. en juicio, en oportunidades anteriores; tales los casos resueltos en autos: "MUÑOZ LUCAS ARIEL CONTRA MAYORAMA SRL Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES" (EXP Nº 472252/12) y "MENA ARIEL EDGARDO C/ HUICHACURA E HIJOS S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES" (JNQLA3 EXP Nº 508238/2016).

En el caso “MUÑOZ” el tratamiento acordado en la primera instancia fue claro, en tanto se indicó que al no ser la apoderada, letrada matriculada, no se encontraba habilitada para estar en juicio invocando un derecho que no es propio, desde donde se denegó la participación solicitada. A renglón seguido se consignó: “Siendo lo anterior una cuestión subsanable, a los fines de evitar posibles nulidades, dilaciones, y no vulnerar el derecho de defensa en juicio, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 34 inc. 5 b), intímese a MAYORAMA S.R.L para que en el plazo de TRES DÍAS acredite personería en debida forma, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 21 de ley 921”.

Y dicha intimación no fue cumplimentada; de allí que se confirmara lo resuelto en la instancia de origen, al insistirse en el recurso, con el planteo inicial.

En el caso “Mena”, al proveer la contestación de la demanda, se consignó: “No encontrándose cumplidas las previsiones dispuestas en el art. 46 del C.P.C.C., intímese a la demandada para que dentro del tercer (3°) día subsane dicha omisión, bajo apercibimiento de tener por no presentado el escrito. Notifíquese electrónicamente”.

Vencido el plazo, el requerido no hizo presentación alguna, frente a lo cual, el Juez hizo efectivo el apercibimiento.

Interpuesta revocatoria por la demandada, el Juez resolvió: “Siendo que el art. 46 del C.P.C.C. establece que “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 en su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste”, reservando la presentación de copias firmadas para los abogados apoderados (art. 47 del CPCYC), se intimó a la demandada a acreditar la representación invocada en los términos de la norma indicada (original del instrumento presentado o en su caso copia certificada).

En virtud de ello, atento que se acompañó primeramente copia simple del “poder general amplio de administración y disposición” y luego, copia simple del estatuto de la demandada con firma de letrado, no cumpliéndose con la intimación cursada, manteniendo los argumentos esgrimidos en el auto de fs. 79/vta. (de fecha 12/10/16), a la revocatoria interpuesta, no ha lugar”

Es cierto que confirmamos lo decidido; pero aclaramos que lo hacíamos por diferentes argumentos que los expuestos en el auto precedentemente transcripto:

“…Ingresando al estudio del recurso deducido se adelanta que el mismo no prosperará, pero en virtud de los fundamentos que seguidamente se exponen, los que difieren de los esgrimidos por el A-quo al rechazar la revocatoria a fs. 83 y vta.”

De hecho, se ponderó que no había efectuado presentación oportuna alguna y, fundamentalmente, que la parte insistía en que la personería se encontraba debidamente acreditada, con la copias adjuntadas.

2. En este caso, contrariamente a lo acontecido en los precedentes citados, entiendo que las críticas efectuadas por el recurrente al apercibimiento, son acertadas.

Tal proveído contiene la formulación que no compartiéramos en la causa “Mena” y da lugar a dudas interpretativas; de hecho, la parte cumple con la intimación en los términos en que fuera efectuada, más allá de que, como reiteradamente lo hemos indicado, el poder de representación en juicio debe ser conferido a letrado matriculado.

En este panorama, estando al momento cumplimentado el recaudo (por el instrumento de mandato conferido a los letrados presentantes), entiendo que corresponde tener por subsanado el defecto.

Y ello así, porque la parte, cumplió con lo que se le había requerido y el desacierto inicial en la intimación, no puede jugar en su contra, máxime cuando se encuentra en juego el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Por estos motivos y en atención a las particularidades del caso, entiendo que la decisión debe ser revocada, debiéndose tener por acreditada la personería, con costas en el orden causado. 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 al recurso de apelación deducido en subsidio por la demandada y, en consecuencia, revocar la resolución de hojas 121 y vta., teniendo por acreditada la personería de BACKING S.R.L.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan las actuaciones a 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

"HERRERA JOSE DANIEL C/ BERCLEAN 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.: 391079/2009) – Sentencia: 148/17 – Fecha: 29/06/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo

RECIBO FIRMADO EN BLANCO. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. LIBROS. CERTIFICACION DE SERVICIO.

1.- Cabe rechazar la queja referida a que el recibo fue firmado en blanco, porque si bien no fue alegada al demandar, el actor lo invocó al expedirse sobre la documental acompañada por la demandada, conforme el traslado que prevé el art. 21 “in fine” de la ley 921, siendo procesalmente válido la formulación en esa oportunidad, atento lo dispuesto en la primera parte de la norma mencionada.

2.- Si la recurrente guarda silencio sobre las consideraciones de la magistrada quien le endilga que omitió acompañar las hojas móviles del art. 52 de la LCT, referidas al mes de marzo de 2009 necesarias para efectuar la correspondencia entre los rubros consignados en tal recibo y la contabilidad de la empresa, señalando que la última fecha de las hojas móviles presentadas datan del 31/01/09. Asimismo, la falta de presentación de las solicitudes de pagos de haberes del personal de la empresa en ese período, que efectúa mes a mes el presidente de Berclean al Banco Santander S.A., detallando el nombre y apellido del empleado (y demás datos) para cotejar el aludido recibo, tal proceder sella la suerte adversa de este agravio.

3.- La intimación a acompañar nuevo certificado, invocando la suficiencia del formulario PS 6.2. del ANSES, debe ser rechazada, porque no resulta reeemplazo del certificado previsto en el art. 80 LCT.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “HERRERA JOSE DANIEL C/ BERCLEAN S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES”, (JNQLA2 EXP Nº 391074/2009), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y

Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 487/493, que hace lugar a la demanda condenando a Berclean S.A. a abonar al actor, la suma de $ 10.274,50 en concepto de diferentes rubros indemnizatorios (Arts. 245, 232, 233, VAC proporcionales, art. 2 ley 25.323, art. 80 LCT), apela y expresa agravios la demandada a fs. 498/509, cuyo traslado ordenado a fs. 510, no es contestado por actor.

Asimismo, la demandada apela los honorarios de los letrados de la actora por altos.

II.- La demandada enumera seis agravios, atacando en primer lugar la condena por liquidación final, alegando que la decisión de tener por acreditado que los recibos acompañados por su parte fueron firmados en blanco por el trabajador obedeció a la errónea valoración de la prueba, ya que tal situación no fue alegada al demandar sino con posterioridad y debió ser probado fehacientemente, conforme lo dispuesto por el art. 1028 del Código Civil, lo que no sucedió.

Cuestiona la declaración del testigo Ferrada Anabalón por tener juicio pendiente con la empresa y por ello, que su declaración no ha sido imparcial, atento su interés en que el reclamo prosperara. Cuestiona que haya declarado que durante toda la relación la empresa hiciera firmar “recibos en blanco”, cuando los recibos que acompañó el actor coinciden con los que presentó la demandada, pese a que aquél los desconoció maliciosamente.

Invoca la declaración del testigo Veliz, en cuanto trabaja en el mismo sector que el actor y declaró sobre la inexistencia de denuncia por parte de otros trabajadores, sobre esa práctica.

Como segundo agravio refiere a la condena por multa del art. 80 de LCT, alegando que se hizo lugar a la misma sin que se acredite la recepción de la misiva, en base a una falacia argumentativa, porque no es cierto que el carácter recepticio de las notificaciones se infiera la carga de que los telegramas serán recibidos en el domicilio, ya que el carácter recepticio implica que las comunicaciones se consideran perfeccionadas con la recepción de los documentos y no con el envío, lo cual implicaría igualar las teorías de la remisión y de la recepción, que resultan antagónicas y excluyentes.

Manifiesta que el actor no se presentó a retirar los certificados y que conforme la doctrina de la Sala I “Ochoa Inostroza” (Expte. N° 377205/8, del 24/07/12) como la de esta Sala (“Bustos”, Expte. Nº 389830/9, N°107-T°III- F° 549/551, Año 2012), en los casos en que se pone a disposición la certificación y el empleado no comparece a retirarla, la multa no es aplicable.

Expresa que el desinterés del actor en obtener el certificado es manifiesto, porque habiendo sido acompañado al contestar la demanda (hace 7 años), nunca fue retirado.

Sostiene que la finalidad de la norma no es que el trabajador cobre una multa, sino que reciba la correspondiente documentación.

Como tercer agravio apunta a la improcedencia de la intimación a acompañar nuevo certificado, invocando lo dispuesto en el precedente señalado de la Sala I y también de la misma Sala, en la causa “San Martín” (Expte. N° 349175/7, del 15/04/08), en cuanto se sostuvo la suficiencia de la certificación de servicios extendida por el empleador en el formulario PS 6.2 del ANSES con firma certificada a los fines de dar cumplimiento al art. 80 de la LCT, por cuanto la información sobre aportes y contribuciones, puede ser obtenida directamente por el trabajador mediante solicitud ante cualquier filial del ANSES, porque que el aludido formulario no prevé la posibilidad de que el empleador vuelque tal información.

Se queja en cuarto lugar por la multa aplicada del art. 2 de la ley 25323, invocando que tal decisión resulta contraria al criterio de esta Cámara (en la causa “Rodrigo, Jorge Gustavo s/ Swiss Medical S.A. s/ despido”, del 16/02/10), porque en la sentencia sólo se atiende a la existencia o no de intimación, sin efectuarse ninguna referencia al componente subjetivo de la conducta, aplicándose la pena con un criterio mecanicista.

En quinto lugar, se agravia de los intereses fijados, alegando que respecto de las multas (art. 2 ley 25323 y art. 80 LCT), los intereses no corren desde el despido, sino desde que queda firme la condena al pago de las mismas, dado que se trata de sanciones, ya que la sentencia reviste naturaleza constitutiva de derecho y no declarativa, razón por la cual no pueden conllevar intereses las sumas que se apliquen en concepto de sanciones.

Como sexto agravio cuestiona la imposición de costas, sosteniendo que los honorarios regulados a los letrados de la actora superan el tope de 20% fijado por el art. 7 de la ley 1594, por lo que deben ser dejados sin efecto.

Asimismo expresa que la regulación practicada resulta confiscatoria, invocando criterio de esta Sala en autos “Zúñiga” (Expte. 301-CA-2002, del 30/04/02), en cuanto se sostuvo que los honorarios, tanto de la parte ganadora como de la condenada en costas, no pueden superar el 33% del monto de la sentencia o transacción, ya que en caso de ser superiores serían confiscatorios (PI. 1996-II-337/339, Sala II).

Solicita que la regulación sea dejada sin efecto y se proceda a la reducción de la totalidad de los honorarios, de manera proporcional y hasta alcanzar el límite del 33% del monto del proceso.

Manifiesta que tampoco se ha respetado el prorrateo dispuesto por la ley 24.432, ya que se ha excedido el 25% del importe de la

sentencia y que el concepto de costas, es abarcativo de los honorarios, tasa de justicia y contribución y honorarios a profesionales pagados en extraña jurisdicción, solicitando sean prorrateados los honorarios conforme la ley mencionada.

III.- Entrando al estudio de los agravios, adelanto mi opinión en el sentido de que el recurso prosperará, bien que parcialmente.

Digo parcialmente, porque la queja referida a la conclusión de que el recibo de fs. 88 fue firmado en blanco, será rechazada, señalando en primer lugar que si bien no fue alegado al demandar, el actor lo invocó al expedirse sobre la documental acompañada por la demandada, conforme el traslado que prevé el art. 21 “in fine” de la ley 921, siendo procesalmente válido la formulación en esa oportunidad, atento lo dispuesto en la primera parte de la norma mencionada.

Respecto de la prueba sobre el recibo firmado “en blanco”, me he expedido en reiteradas oportunidades, señalando en la causa “Colos” (Expte. N° 313274/4, del 09/03/06, entre otras), que:

“Sobre el tema del abuso de firma en blanco hemos expresado (“VEGA JOAQUIN DANIEL CONTRA EMPRESA DE OMNIBUS LANIN S.R.L. Y OTRO SOBRE DESPIDO”, (Expte. Nº 3-CA-1), que:

“Ahora bien, introduciéndonos en el principal tema a decidir, se ha sostenido que "…En materia laboral el abuso de firma en blanco puede ser probado con testigos porque no juega la restricción probatoria del artículo 1017 del Código Civil (Art. 60 de la LCT)…"(SCBA, L 39398 S 12.4.88 en Sumario B12218, JUBA7).”

“Los denominados "recibos en blanco" son una viciosa praxis de la realidad cotidiana, pero también se ha indicado y así lo ha sostenido esta Cámara que "…

Partiendo de la premisa de que el reconocimiento de la firma puesta en un instrumento privado, como lo es el recibo de pago de salarios, importa en principio el reconocimiento de su contenido (artículo 1028 del Código Civil), la alegación de que los mismos fueron firmados en blanco por el trabajador y que los pagos que instrumentaron jamás existieron, debe ser acreditada por el accionante…" (Conforme JUBA7, Neuquén, Q0001655).”

“También se ha indicado que "…Reconocida la firma de un recibo, si se pretende desconocer su contenido alegando que fue otorgada en blanco, tal extremo debe ser acreditado por el impugnante para enervar las consecuencias de aquel reconocimiento…" (SCBA, L 43962 S 28.12.95, Sumario B43962 en JUBA7), todo lo cual reafirma los conceptos tradicionales en el campo del derecho laboral, agregando que el abuso de firma en blanco no puede demostrarse o acreditarse mediante meras presunciones, siendo un deber inexcusable del impugnante, que sostiene lo contrario de lo que del texto del recibo surge, la carga de acreditar, sin lugar a dudas, que las declaraciones instrumentadas en los recibos impugnados no son ciertas o que el pago nunca existió.”

Trasladando estos conceptos al caso de autos, advierto que el apelante se queja de que los recibos que acompañó a la causa son coincidentes con los que adjuntara el actor y que por ello la invocación de firmar recibos “en blanco” carece de todo sustento, sin embargo la jueza correctamente valora esa correspondencia y por ello es que sólo consideró como tal el obrante a fs. 88 (no los restantes) y correspondiente al mes de febrero /09, emitido en marzo/09 que resulta ser el recibo en que se liquidaron los importes indemnizatorios por el despido.

Además, la magistrada endilga a la demandada que omitió acompañar las hojas móviles del art. 52 de la LCT, referidas al mes de marzo de 2009 necesarias para efectuar la correspondencia entre los rubros consignados en tal recibo y la contabilidad de la empresa, señalando que la última fecha de las hojas móviles presentadas datan del 31/01/09. Asimismo, la falta de presentación de las solicitudes de pagos de haberes del personal de la empresa en ese período, que efectúa mes a mes el presidente de Berclean al Banco Santander S.A., detallando el nombre y apellido del empleado (y demás datos) para cotejar el aludido recibo.

Advierto que sobre ambos reproches, nada dijo en su queja, guardando absoluto silencio a tales consideraciones, lo cual sella la suerte adversa de este agravio.

Debo señalar que coincido plenamente con esta valoración que efectúa la a-quo, y tal como sostuve en la causa “Cabeza Quesada” (Expte. N° Nº 330808/05, del 01/04/08), acerca del salario abonado:

“…la prueba del pago del salario, se cumple mediante la correspondiente exhibición de los recibos de sueldo, los cuales deben corresponderse con los asientos contables que debe llevar el empleador a través del Libro Especial, conforme la obligación impuesta en el art. 52 de la LCT.

“La segunda, es que la falta de libros o registros contables, crea una presunción a través de los arts. 55 y 56 de la LCT. Sin embargo se trata de una presunción “iuris tantum”, es decir que admite prueba en contrario, ya que la ley no la ha establecido como iure et de iure (conf. Etala Carlos “contrato de Trabajo”, comentario al art. 55 LCT, p. 137).”

Sumado a estas consideraciones que me convencen de la acertada decisión de la a-quo, se le suma la declaración de Ferrada Anabalón en cuanto a que era habitual que la empresa hiciera firmar recibos en blanco a los empleados, declaración que si bien emana de un trabajador que tiene juicio pendiente con la demandada, tal como lo manifestara en la audiencia y acentúa la apelante para pretender enervar el valor probatorio de esa prueba, no puede tal circunstancia por sí sola descalificar al testigo, ni su

declaración ni presumir animosidad.

Por otra parte, no ha quedado especificado si el juicio que tiene pendiente se refiere a idénticos reclamos que ha efectuado el actor, ya que no fue interrogado al respecto, habiendo concurrido a la audiencia mencionada el letrado de la demandada, quien tuvo la posibilidad de interrogar al testigo sobre contenido de sus afirmaciones.

Sobre el tema hemos dicho en “Oviedo” (Expte. Nº 360870/7, de esta Sala, del 28/12/10), que;

“…no corresponde descalificar a un testigo por la sola circunstancia de tener juicio pendiente con la demandada”, ya que: “la aseveración según la cual quién tiene juicio pendiente no es testigo idóneo, por cuya razón debe ser descalificado, constituye una mera afirmación dogmática y como tal violatoria de la norma procesal que rige en materia laboral la apreciación de la prueba” (SCJ Bs. As., Ac. 36.328 del 5/8/86), en P.S.2002, III, n° 133, autos: “Barison c/ Barceló”).

“Tal criterio viene siendo mantenido por la jurisprudencia especializada: “la circunstancia de tener juicio pendiente con el empleador no es causal de tacha del testigo, pues en ocasiones la persona llamada a testificar que se encuentra descripta conoce mejor los hechos debatidos” (Cám. Apel. Laboral Rosario, “Rivas c/ Acindar S.A.”, LL on line AR/JUR/484/1998)”.

Por lo tanto y en atención a que su declaración ha sido analizada con las otras pruebas señaladas, resultando la declaración del testigo Veliz intrascendente a los fines del tema atento a trabajar para otra empresa, es que comparto lo decidido por la magistrada en autos en cuanto decide la invalidez del mencionado recibo donde se liquidaron los rubros indemnizatorios y liquida las sumas adeudadas.

IV.- Distinta suerte correrá la queja sobre la aplicación de la multa prevista en el art. 80 LCT, puesto le asiste razón al apelante, por cuanto fue desconocida la recepción de del TCL 73769858 (obrante a fs. 15).

Al respecto, en la causa “Carrazan” (Expte. Nº 376107/8, del 18/06/13) con el voto de mi colega Dra. Clerici, al que adherí, sostuvimos que:

“Al igual que sucede con la carta documento, el telegrama colacionado –tal la categoría de telegrama que legisla la Ley 23.789- también constituye un documento público (cfr. Cám. Nac. Apel. Trabajo, Sala IV, “Menéndez c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia Hospital Francés”, 26/11/2009, LL on line AR/JUR/48973/2009). Sin embargo, la autenticidad que surge de su condición de documento público se refiere al contenido y la firma, pero no se hace extensiva a la recepción, ya que ella debe ser acreditada con el correspondiente aviso de recepción, o con el informe brindado por la empresa de correos.”

Aplicando estos conceptos al caso de autos, advierto que no surge de la causa, constancia alguna del aviso de recepción y tampoco fue producida la prueba informativa al Correo, si bien fue oportunamente ofrecida, y rechazada su producción por el juzgado considerando (erróneamente) que no existía desconocimiento de la contraria (conf. fs. 151), el actor consintió tal rechazo.

Por lo tanto, no puede sostenerse que existiera una intimación fehaciente, lo cual conlleva el rechazo de la multa prevista en el art. 80 LCT (conforme las condiciones establecidas en el art. 45 de la Ley 24345).

Al respecto, en la causa “Oyarce Retamosa” (Expte. Nº 1493/10, del 06/12/11), sostuve que:

“Por su parte, Mario Ackerman, señala que “La mora en el otorgamiento del certificado de trabajo, en cambio, se produce de pleno derecho por la mera extinción del contrato, y aun cuando el trabajador no lo reclame expresamente (9)” aclarando al pie de la nota que “(9)Bien entendido que en tal situación de mora no es suficiente para que el trabajador sea acreedor a la indemnización ahora prevista en el párrafo agregado pro el art. 45 de la ley 25345” (en “La indemnización pro incumplimiento de las obligaciones del art. 80 de la LCT”, Tratado jurisprudencial doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones individuales, La Ley, T.II, 976)…”

Consecuentemente, corresponde hacer lugar a este agravio, revocando la admisión de la multa prevista en el art. 80 de LCT y dejando sin efecto la suma de $4.417,68 en concepto de tal condena.

V.- La tercera queja sobre la intimación a acompañar nuevo certificado, invocando la suficiencia del formulario PS 6.2. del ANSES, será rechazada, porque no resulta reeemplazo del certificado previsto en el art. 80 LCT.

Respecto al mencionado formulario, sostuve en la causa “Villegas” (Expte. Nº 445940/2011, del 20/10/15), que:

“Ahora bien, es cierto que el a-quo, nada ha dicho sobre la constancia de fs. 56 y 57, esta instrumental en nada cambia la obligación prevista por el art. 80 LCT, ya que el trámite “mi simplificación” es “uno de los instalados” vía web por el Anses (junto a otras declaraciones juradas de aportes y contribuciones y bases de datos del ANSES), a los fines de permitir a los empleadores “generar y emitir la "certificación de servicios y remuneraciones" a los fines de otorgar a los trabajadores las certificaciones de los servicios prestados, remuneraciones percibidas, aportes retenidos y toda otra documentación necesaria para el reconocimiento de servicios u otorgamiento de cualquier prestación”. (conf. www.anses.gob.ar -”Preguntas más frecuentes sobre certificación de servicios vía web”).”

“Es decir que de ninguna manera las certificaciones previstas en el art. 80 LCT han remplazadas por estos trámites, y la confección de los mismos, deben cumplir con las disposiciones contenidas en el Art. 12 Inc. g Ley 24. 241, Art. 3 del Decreto 146/2001

reglamentario del art. 45 ley 25345 y conforme surge de la página Web y sección recién mencionadas: Resolución General 2316/07 AFIP y 642/07 ANSéS y Resolución de ANSES 601/2008."

VI.- Con relación a la cuarta queja por aplicación de la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25.323, el apelante, crítica su procedencia, alegando que no fue considerada la falta de reticencia del empleador, como tampoco, la morigeración de su importe, solicitada eventualmente, conforme el segundo párrafo de la norma mencionada.

Constatando previamente el requisito de la intimación prevista en el art. 2 de la ley mencionada, cuando refiere que "el empleador fehacientemente intimado por el trabajador" y que la misma fue realizada mediante TCL de fs. 15, del cual ya me expedí (al tratar la multa del art. 80 LCT), pronunciándome sobre la falta de acreditación de la recepción del mismo, considero que no se encuentra cumplido el requisito objetivo de la norma, deviniendo abstracta expedirme sobre los fundamentos de la queja.

Por lo tanto, considero que corresponde rechazar la aplicación de la multa prevista en el art. 2 ley 25323 y en consecuencia, dejar sin efecto la suma de $ 2.589,24 en tal concepto.

VII.- Con relación al quinto agravio sobre la aplicación de los intereses fijados respecto de las multas, atento su desestimación, deviene abstracto su tratamiento.

VIII.- Igual suerte correrá la sexta queja con relación a los honorarios, en función de lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, puesto que corresponde dejarlos sin efecto para proceder a una nueva regulación atento a haberse modificado el importe de condena, como también la imposición de costas.

Respecto a estas últimas, advierto que la desestimación parcial de la demanda no está referida sólo al aspecto cuantitativo, es decir a la suma reclamada en ésta, sino también al aspecto cualitativo, ya que se han rechazado las multas previstas en los art. 80 LCT y art. 2 Ley 25.323, como también, el rubro de daños y perjuicios (sustitutivo de la prestación de desempleo).

De ello surge que el actor efectuó una acumulación de acciones, es decir varios reclamos independientes, algunos de los cuales fueron favorables a su pretensión y otros desestimados.

En consecuencia, la aplicación del art. 17 de la ley 921, debe emplearse un criterio de distribución de las costas en concordancia con tal acumulación.

De tal manera que teniendo en cuenta, además, que el beneficio acordado al actor en virtud del art.20° de la L.C.T., no impide la imposición de costas a su parte, por cuanto los efectos del mismo se proyectan de pleno derecho, sólo como una eximente de pago hasta que mejore de fortuna, corresponde receptar favorablemente el agravio formulado por la demandada y en consecuencia imponer las costas del juicio en un 50% al actor y en un 50% a la demandada.

IX.- En función de lo decidido, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso en la medida de lo considerado, y en consecuencia modificar la sentencia dictada a fs. 487/493: a) dejando sin efecto la aplicación de las multas previstas en el art. 2 de la ley 25.323 (por el improte de $ 2.589) y art. 80 LCT (por la suma de $ 4.417,68), reduciéndolo el importe de condena a la suma de $3.267,66 en concepto de capital, sin perjuicio de los intereses allí fijados b) por aplicación de lo dispuesto por el art. 279 del código procesal, modificar la condena en costas fijándolas en un 50% al actor y en un 50% al demandado (conf. arts. 71 y 54 del código procesal y art. 17 de la ley 921), dejando sin efecto los honorarios procediéndose a una nueva regulación.

Las costas de Alzada se impondrán en el orden causado (art. 17 ley 921), y los honorarios de los profesionales intervinientes se fijarán en un 30% de las sumas que resulten de las pautas fijadas en la instancia de grado.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 487/493, y en consecuencia: a) dejar sin efecto la aplicación de las multas previstas en el art. 2 de la ley 25.323 (por el importe de $ 2.589) y art. 80 LCT (por la suma de $ 4.417,68) y reducir el importe de condena a la suma de $3.267,66 en concepto de capital, sin perjuicio de los intereses allí fijados b) modificar la condena en costas fijándolas en un 50% al actor y en un 50% al demandado y dejar sin efecto los honorarios procediéndose a una nueva regulación.

II.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la instancia de grado en las siguientes importes: para el Dr. ... –doble carácter de apoderado y patrocinante por el actor-, en la suma de $12.922,84; para el Dr. ... –apoderado de la demandada-, en la suma de $3.692,24; para los Dres. ... y ... – patrocinantes de la demandada-, en la suma de $9.230,60 en conjunto; para el Dr. ... (intervención de fs. 223/224, 234/235) en la suma de $924 y para el Dr. ... (a fs. 148) en la suma de $924.

III.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (conf. art. 17 de la ley 921).

IV.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en un 30% de las sumas que resulten de las pautas fijadas en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594.).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.
Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici
Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA

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

"NAVARRO QUEZADA FABIOLA Y OTRO C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459800/2011) – Sentencia: 169/17 – Fecha: 01/08/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

MALA PRAXIS. MUERTE. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. RESPONSABILIDAD DE LA CLINICA. GUARDIA MÉDICA. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. SOLIDARIDAD. DAÑO MORAL.

1.- Resultan responsables solidariamente tanto el sanatorio demandado porque formó parte del plantel de profesionales de guardia como sus integrantes por la muerte del padre los actores, pues si bien se entiende que la atención por guardia tiene características especiales, dado la cantidad de personas que se presentan y el abuso que generalmente se hace de este tipo de servicio, ello no exime al médico a cargo de adoptar la diligencia necesaria para detectar, en la medida de lo posible, aquellos supuestos que revisten riesgo o gravedad, y brindarles la atención adecuada y oportuna. En autos la internación del padre de los actores, y la consulta con el médico especialista debió ser realizada el mismo día de la atención por guardia, con bastante antelación a lo que realmente ocurrió, toda vez que, los antecedentes del paciente y el resultado de los estudios realizados, debían haber hecho prever al médico actuante de la necesidad de una intervención quirúrgica y los riesgos de producción de una sepsia, como finalmente sucedió. Luego, el resultado dañoso (muerte del padre de los actores) no puede ser imputado en un 100% a la actuación negligente de los médicos de guardia.

2.- A efectos de estimar el monto de la reparación por daño moral debida a los actores se debe tener en cuenta que la pérdida del padre siempre es un suceso sumamente aflictivo para una persona, cualquiera sea la edad que ésta tenga, aunque cierto es que ese daño suele ser más profundo cuando el hijo se encuentra en las primeras etapas de su vida (niñez y adolescencia). Si bien los actores de autos han superado aquellas etapas tempranas, surge de la prueba testimonial rendida en la causa que existía un vínculo estrecho entre el padre y los hijos, estimando la indemnización por daño moral en la suma de $ 200.000,00 para cada uno de los hijos; y teniendo en cuenta la atribución de responsabilidad en el desenlace dañoso que se ha asignado a la actuación de los médicos de guardia, la demanda progresa entonces por la suma de $ 100.000,00 para cada uno de ellos.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Agosto de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “NAVARRO QUEZADA FABIOLA Y OTRO C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS”, (JNQCI5 EXP Nº 459800/2011), 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 y los codemandados Saavedra Piorno y Serrano, y la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A. interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 367/377, que rechaza la demanda, con costas a los vencidos.

a) Los codemandados Saavedra Piorno, Serrano y la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. desisten del recurso interpuesto a fs. 391, lo que así se resolvió a fs. 395.

b) Los recurrentes se agravian por el rechazo de la demanda.

Reconocen que la mala praxis debe ser acreditada por quién la ha sufrido; y, en autos, quién la sufrió, falleció como consecuencia de no recibir atención, siendo los actores los hijos mayores de la víctima, circunstancia que torna difícil acceder a las situaciones que solamente vivió la persona fallecida y quienes ocasionaron su muerte.

Afirma que la antijuridicidad del obrar médico es evidente ya que el padre de los actores perdió la vida a los 52 años de edad.

Entiende que más allá del análisis doctrinario que formula la sentencia de grado sobre el concepto jurídico de culpa, la prueba no ha sido valorada en su totalidad.

Señala que si el paciente ingresa con dolor abdominal y tiene antecedentes de colangitis, y la institución contaba con la historia clínica del paciente y los antecedentes estuvieron a la vista de los profesionales demandados, el médico pudo y debió prever las consecuencias en su obrar. Agrega que si al paciente que tiene los antecedentes indicados se lo tiene doce horas en la guardia, con claros dolores, y al corroborar la dolencia no se le brinda la intervención necesaria y el dolor continúa, es indudable que no se consideraron las circunstancias personales ni de tiempo y lugar.

Afirma que el tiempo que se dejó transcurrir se llevó la vida de quién era joven aún.

Dice que si bien los actores fueron informados que su padre padecía de infección pulmonar, la historia clínica y los estudios realizados el día en que ingresó por guardia, como así también la ampliación del informe pericial, dan cuenta que los demandados no actuaron con la diligencia que los antecedentes y el cuadro requerían.

Se agravian por que la a quo considera que la acción promovida sólo se basó en el error de diagnóstico, cuando la demanda también se sustenta en que no se brindó al señor Navarro una atención oportuna.

Se queja porque la jueza de grado descalifica la ampliación del informe pericial con el argumento de que son simples opiniones del experto, cuando el perito afirma que correspondía realizar la exploración quirúrgica más precozmente, y que, por los cuadros previos de colangitis, se debió realizar un seguimiento más intenso.

Sigue diciendo que es este informe pericial el que acredita que el padre de los demandantes no fue atendido en tiempo oportuno, ni se le hizo el seguimiento que el cuadro requería, de lo que se sigue que en el obrar de los demandados medió imprudencia, configurándose la culpa.

b) Los demandados Saavedra Piorno, Serrano y la citada en garantía Federación Patronal S.A. contestan el traslado de la expresión de agravios a fs. 396/400.

Dicen que la sentencia recurrida ha concluido que la atención brindada al padre de los actores lo fue conforme lo recomendado desde el punto de vista médico, ordenándose los estudios de diagnóstico adecuados al cuadro, y administrando luego el abordaje farmacológico y el tratamiento debido a la patología y antecedentes del paciente.

Agregan que el pronunciamiento de grado descarta la adulteración de la historia clínica.

Entienden que el memorial de agravios no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, ya que solamente constituye una disconformidad subjetiva con el resultado del proceso.

Subsidiariamente rebaten los agravios formulados.

Dicen que la apelante desconoce que ha sido la prueba documental y la pericia médica las que han definido la suerte adversa de su pretensión.

Siguen diciendo que los actores no probaron que haya mediado irregularidad o anormalidad en el llenado de la historia clínica; en tanto que el informe pericial medico ha descartado la existencia de reproche en el diagnóstico y en el tratamiento brindado al señor Navarro.

Señalan que la jueza de grado ha restado toda eficacia a los dichos del perito, realizados en oportunidad de responder al pedido de explicaciones, por incongruentes y contradictorios, tratándose, además, de meras reflexiones subjetivas alejadas de la realidad del

caso, la historia clínica, el propio informe anterior.

Reiteran que la pieza recursiva no es más que una opinión de los recurrentes.

Efectúan reservas recursivas.

c) El demandado Policlínico Neuquén y la aseguradora SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. no contestan el traslado de la expresión de agravios.

II.- La expresión de agravios de la parte actora reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC dado que se plasma en ella cuál es el aspecto del fallo con el cual no se acuerda (valoración de la prueba), como así también cual habría sido el error de la jueza de grado, por lo que no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, llega firme a esta instancia la aplicación del Código Civil de Vélez Sarsfield para resolver la litis, como así también el encuadramiento jurídico de la responsabilidad médica como obligación de medios, y las características de la culpa en este tipo de prestaciones.

La discrepancia de la apelante reside en la valoración del material probatorio, con especial referencia a la pericia médica, sosteniendo que la atención médica del padre de los actores no fue lo diligente, sobre todo en el tiempo, que requería el cuadro que presentaba en oportunidad de ingresar en la guardia de la institución demandada, en atención a los antecedentes que tenía, los que estaban en conocimiento de los profesionales accionados.

Indudablemente el informe pericial es, en acciones como la presente, la prueba fundamental; sin perjuicio de la consideración de otros elementos probatorios que puedan resultar de utilidad para la resolución de la litis.

El informe pericial médico obra a fs. 314/316 vta. de autos. En él el perito actuante informa que el señor Navarro Rebolledo –padre de los actores-, de 52 años de edad, el día 18 de agosto de 2008 consulta en la guardia del Policlínico Neuquén con un cuadro de epigastralgia (dolor en la parte superior del abdomen), consignándose en los antecedentes que está colecistectomizado (que ha sido operado para extirpar la vesícula biliar), que presentó gastritis, y que padeció coledocoliatasis (presencia de cálculos en el conducto colédoco) que requirió papilotomía (procedimiento indicado para la identificación de cálculos, tumores o estrechamiento en las vía biliares a través del endoscopio).

Luego de reseñar las constancias de la historia clínica, el perito explica que la colangitis aguda es una entidad que se caracteriza por la inflamación del conducto biliar común, que es el que transporta la bilis desde el hígado hasta la vesícula biliar y luego hasta la cara medial en la porción descendente del duodeno y por infección del ducto biliar. Concluye en que el padre de los actores ingresó con un cuadro de abdomen agudo, que se le realizaron estudios diagnosticándose colangitis y sepsis de origen biliar. Agrega que la internación correspondía a un tercer episodio de colangitis y que la descompensación fue rápida, llevando a una falla multiorgánica y a la muerte.

Respondiendo a los puntos de pericia de la parte actora contesta el experto que el tratamiento brindado al paciente fue el adecuado; que los tiempos de atención fueron acordes con el cuadro; que el tratamiento antibiótico fue empírico y tratando de cubrir los posibles focos, tanto pulmonar como biliar; que el cuadro que presentó el paciente, unido a sus antecedentes obrantes en la institución demandada, podían orientar un diagnóstico presuntivo; entiende que no surge de la documentación obrante en autos que hubiera existido falta de atención médica, y que el tiempo que permaneció en la guardia (12 horas) fue el necesario para realizar y obtener los resultados de los estudios para resolver la internación.

Respondiendo a los puntos de pericia de la demandada, el perito médico afirma que en el momento de la consulta inicial el paciente estaba estable, y que el cuadro inicial era una epigastralgia, que podía corresponder a un IAM (infarto agudo de miocardio) de cara diafragmática, un cuadro de bases pulmonares y por los antecedentes un cuadro de origen biliar. Agrega que los estudios realizados mostraban hallazgos que se correspondían con una infección a nivel biliar y a un probable foco pulmonar agregado.

Sigue diciendo el perito que el mismo día 18 de agosto se inició un tratamiento antibiótico, siendo éste el tratamiento adecuado; que el día 19 de agosto, al ser evaluado por el Dr. Pavia, el cuadro estaba más definido como de origen biliar, y que dicho profesional solicitó la intervención endoscópica, que la evolución fue mala y se decidió pase a UTI. Califica como correcta la decisión del médico de reanimar y estabilizar al enfermo y posponer la realización de la colangiografía retrógrada endoscópica para dentro de las primeras 24 horas (20 de agosto, en horas de la mañana); al igual que entiende correcto que ante la imposibilidad de drenar adecuadamente la vía biliar por vía endoscópica, se realizara el drenaje en la vía biliar a cielo abierto.

Finaliza señalando que la mortalidad de una colangitis con schock séptico y falla multiorgánica es muy alta.

Al dar respuesta al pedido de explicaciones formulado por la parte actora, el perito, si bien ratifica el informe ya producido, da la razón a la accionante respecto a que en atención al resultado de la TAC de alta complejidad, el cuadro febril y los antecedentes del paciente correspondía realizar la exploración quirúrgica más precozmente; y que en atención a los cuadros previos de colangitis

debió realizarse un seguimiento más intenso y controlado (fs. 320/vta.).

A contrario de lo que señala la quo, no encuentro que los dichos del perito sean contradictorios. El experto está diciendo que los tratamientos brindados por los médicos fueron los indicados, pero no fueron oportunos en el tiempo.

Entiendo que para una correcta evaluación del actuar médico debe dividirse la atención del paciente en dos etapas. Una primera etapa se corresponde con su atención en la guardia y posterior internación; en tanto que la segunda etapa se inicia con la decisión del pase a terapia intensiva y hasta el fallecimiento del señor Navarro.

En la segunda etapa no tengo dudas de que la atención del paciente fue la correcta y adecuada. Ante el deterioro de la salud del padre de los actores es lógico su pase a la unidad de cuidados intensivos, posponiendo la intervención endoscópica para cuando se lograra estabilizarlo y ante el fracaso de la estabilización, realizar el drenaje a cielo abierto.

La duda respecto de la atención brindada por el centro médico se plantea en la primera etapa, o sea a partir de que ingresa por guardia y hasta que se decide el traslado a la UTI ante el deterioro del estado de salud del enfermo.

De acuerdo con la historia clínica, el señor Navarro es atendido en la guardia de la institución demandada por el Dr. Gustavo Serrano el día 18 de agosto de 2008, a las 8,50 horas (fs. 68). El diagnóstico que indica el médico es dolor abdominal, y como diagnóstico presuntivo indica “abdomen agudo médico quirúrgico”. Se prescribe analgesia y protección gástrica y se solicitan estudios.

En la misma hoja de atención se hace constar que alrededor de las 14,00 horas tuvo un episodio febril de 38°, y se indican estudios; y que entre las 16,30 horas y las 17,00 horas hace un episodio de bacteriemia (fs. 69).

La misma historia clínica da cuenta que durante la tarde del día 18 de agosto se habla con los familiares del paciente y se les explica la posibilidad de que se trate de una patología biliar (fs. 69).

A las 00 horas del día 19 de agosto, el padre de los actores ya se encuentra internado en una habitación común y repite el episodio de bacteriemia (fs. 69 vta.).

El mismo día 19 de agosto se requiere la interconsulta con el Dr. Rossi, en atención a los antecedentes y al resultado de la TAC de abdomen para evaluar realización de papilotomía, señalándose que el enfermo estaba estable y afebril (fs. 70). Cabe destacar que la TAC de abdomen fue realizada el día anterior -18 de agosto- (fs. 9). Pero el mismo día 19 de agosto se descompensa, y se requiere su internación en UTI, ante la sospecha de síndrome séptico (fs. 71).

Analizado lo sucedido, entiendo que ha existido una errónea atención del paciente en el sector guardia del Policlínico demandado.

Veamos, la persona fallecida ingresa a la guardia del sanatorio el día lunes 18 de agosto de 2008, en horas de la mañana (8,50 horas). De acuerdo con lo informado por el perito médico, y lo asentado en la historia clínica, se realiza un diagnóstico presuntivo que abarca diferentes patologías: infarto de miocardio, cuadro pulmonar o cuadro de origen biliar.

Realizados los estudios pertinentes, el mismo día 18 de agosto de 2008 se contó con los elementos suficientes como para precisar que la afección del paciente era de origen biliar.

Adviértase que el estudio TAC helicoidal de abdomen con contraste, cuyo informe obra a fs. 9, se lleva a cabo el día 18 de agosto de 2008, y su resultado da cuenta de la existencia de una afección en el conducto biliar. El perito, al contestar el pedido de explicaciones, señala que con este estudio se pudo conocer que el diagnóstico era obstructivo, o sea que la vía biliar se encontraba obstruida.

Surge de la historia clínica que en horas de la tarde del día 18 de agosto de 2008 se explica a los familiares del paciente la posibilidad de que se trate de una patología biliar. En otras palabras, el médico de guardia estuvo en condiciones –por lo menos en la tarde del día 18 de agosto de 2008- de descartar las restantes patologías presumidas y avocarse a la de origen biliar.

Teniendo en cuenta el resultado de la TAC, y los antecedentes del paciente, los que eran conocidos por el médico de guardia, conforme surge de la historia clínica, ese mismo día 18 de agosto debió procederse a la consulta con el médico especialista Dr. Rossi.

A ello agrego que el padre de los actores, mientras se encontró en la guardia, presentó un cuadro febril con 38 grados, y además un cuadro de bacteriemia.

En otras palabras, los antecedentes del paciente, el resultado de los estudios realizados, y la evolución del enfermo mientras se encontró en la guardia, indicaban una actuación más enérgica y eficiente por parte del médico a cargo.

De haber intervenido antes el médico especialista, y de haberse realizado antes la intervención laparoscópica –el paciente estuvo estable hasta promediar el día 19 de agosto de 2008-, quizá se hubiera evitado la sepsis y el posterior fallecimiento.

Es cierto, como lo indica la a quo, que no puede imputarse al médico de guardia un error de diagnóstico, por el contrario, entiendo que realizados los estudios de práctica conoció, con bastante aproximación, cual era el origen del estado del paciente.

Es a partir de este momento que se le puede efectuar el reproche de no haber actuado con la diligencia que el caso requería.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, determinó la existencia de responsabilidad de la médica de guardia, quién, pese a sospechar que el paciente podía tener alojado un cuerpo extraño en el tracto esofágico (en el caso, había tragado un hueso de pollo y sufrió una lesión perforativa del esófago), no agotó los medios para disponer positivamente la necesidad de una derivación; y esta actitud negligente de la médica de guardia agravó, sin duda, el proceso patológico con el transcurso de las horas hasta que finalmente fue intervenida, dos días más tarde, con inocultable riesgo de sepsis (autos "V. de R., M. c/ Stewart", 13/3/2003, LL 2003-D, pág. 649).

La Sala A de la Cámara citada en el párrafo anterior resolvió que era responsable el médico de guardia que omitió internar a un paciente que se encontraba en grave estado de salud –en el caso, padecía dificultades respiratorias- y luego falleció, puesto que obró con negligencia por omisión, ya que actuó con ligereza impropia de su importante función, sin formular una adecuada advertencia de los riesgos que corría el enfermo (autos "D.F., C.E. c/ Sistema de Protección Médica S.A.", 12/12/2005, LL 2006-C, pág. 900).

También la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy ha entendido que los galenos que atendieron a un paciente que falleció por un schok séptico cometieron mala praxis médica, pues incurrieron en una omisión culposa al no haber obrado con previsión y de manera oportuna, cuando existía la posibilidad de evitar o morigerar la enfermedad a partir de una acción adecuada y pertinente, que era razonable exigirles (autos "B., M.N. c/ Sanatorio Nuestra Señora del Rosario", 6/2/2014, LL AR/JUR/647/2014).

Si bien se entiende que la atención por guardia tiene características especiales, dado la cantidad de personas que se presentan y el abuso que generalmente se hace de este tipo de servicio, ello no exime al médico a cargo de adoptar la diligencia necesaria para detectar, en la medida de lo posible, aquellos supuestos que revisten riesgo o gravedad, y brindarles la atención adecuada y oportuna.

En autos la internación del padre de los actores, y la consulta con el médico especialista debió ser realizada el mismo día de la atención por guardia, con bastante antelación a lo que realmente ocurrió, toda vez que, insisto, los antecedentes del paciente y el resultado de los estudios realizados, debían haber hecho prever al médico actuante de la necesidad de una intervención quirúrgica y los riesgos de producción de una sepsis, como finalmente sucedió.

Ricardo Luis Lorenzetti señala que las coordenadas espacio-temporales cobran suma importancia cuando el juez debe considerar la culpa médica (cfr. aut. cit., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 94/95). Y justamente en autos son estas coordenadas las que marcan la negligencia en la atención del paciente en guardia, en tanto no se obró en tiempo oportuno y, además, cuando el profesional interviniente contaba con todos los servicios del sanatorio a su alcance como para efectuar una interconsulta con el especialista.

Consecuentemente corresponde endilgar responsabilidad al médico de guardia, aunque no con la extensión pretendida por la parte actora.

IV.- Llegado a este punto, la actora demandó a la Dra. Andrea Saavedra Piorno, adjudicándole ser la médica de guardia que atendió al padre de los actores.

La profesional, al contestar la demanda, negó esta circunstancia, sin embargo de la historia clínica surge que dicha persona atendió, conjuntamente con otros dos médicos, al señor Edgardo Navarro (fs. 30/vta.).

Los otros dos médicos que intervinieron en esa atención son los Dres. Gustavo Serrano y Diegos Romanos (fs. 29/30 vta.). El primero de los médicos nombrados fue citado como tercero en los términos de los arts. 94 y 96 del CPCyC (fs. 139/140).

Esta Sala II viene sosteniendo que el art. 96 del CPCyC no permite la condena respecto del tercero. Así en autos "Padilla c/ I.P.V.U." (expte. n° 296.815/2003, P.I. 2013-I, n° 47) se señaló que: "Tal como lo pone de manifiesto el recurrente, esta Sala II ya ha adoptado posición respecto de la interpretación del art. 96 del CPCyC. Así hemos dicho, en los precedentes citados en la expresión de agravios (P.I. 2012-I, n° 89, autos "Gimenez c/ Asociación Deportiva Centenario"; P.I. 2012-II, n° 133, autos "Padilla Rojas c/ Servicios Médicos") que la regla del art. 96 de la ley de rito referida a que la sentencia afecta al tercero como a los litigantes principales, no significa que pueda recaer condena sobre aquél, sino que, en caso de sentencia condenatoria, ésta sólo constituye un antecedente favorable a la fundabilidad de la pretensión de regreso que se interponga frente al citado, pero, no puede ejecutarse contra éste.

"Cabe agregar que, si bien la jurisprudencia nacional no es unívoca, aún después de la reforma al texto del art. 96 del Código Procesal Civil Nacional introducida por Ley 25.488, el criterio adoptado por la Sala II coincide con el plenario "Balebona" de la Cámara Nacional Civil (sentencia del 4/3/1992, LL 1192-B, pág. 264), criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sustenta aunque reconociendo excepciones. Así en autos "Baumgartner, Mario c/ Jockey Club de la Provincia de Buenos Aires" (sentencia del 6/10/1992) señaló que "el principio de congruencia obsta a la posibilidad de condenar al tercero citado en los

términos del art. 94 del CPCC, por no haber sido demandado…

Corresponde dejar sin efecto la resolución que ha decidido la cuestión con prescindencia del alcance que cabe asignar a la intervención de tercero –limitado… a la oponibilidad de la sentencia en un eventual proceso ulterior- frustrando así, de manera inmediata, las concretas garantías constitucionales invocadas".

"Cierto es que, conforme lo señalé, la misma Corte ha hecho excepción a esta doctrina, con votos disidentes, permitiendo la condena al tercero con fundamento en los principios de economía y celeridad, la doctrina del exceso ritual y la preponderancia de la realidad por sobre las abstracciones procesales (autos "Gandolfi de Vanetta c/ Dirección Nacional de Vialidad", sentencia del 16/4/1998, LL 1985-A, pág. 394), pero entiendo que esta decisión es producto de las particulares circunstancias de la causa, y no puede ser tomada como un cambio absoluto de postura".

De lo dicho se sigue que, más allá de la responsabilidad de los dos profesionales, la condena progresará solamente respecto del que fue demandado, y no del tercero citado a juicio.

V.- Sentado lo anterior, y conforme lo adelanté, entiendo que el resultado dañoso (muerte del padre de los actores) no puede ser imputado en un 100% a la actuación negligente de los médicos de guardia.

Alberto Bueres señala que la prueba de la culpa médica no genera, per se, una presunción de causalidad entre dicha culpa y el resultado. La prueba de la relación de causalidad incumbe a la víctima –en este caso, sus hijos-, sin perjuicio de que pueda existir, de acuerdo a las circunstancias del caso, un aligeramiento de esa prueba en torno de la imputación material y a la adecuación de las consecuencias, o de ciertas consecuencias (cfr. aut. cit., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, 1991, T. 1, n° 22).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza –Sala I-, con primer voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, señaló que la culpa médica puede provocar un daño que no consiste en la muerte ni la invalidez del paciente, sino en la pérdida de chances ciertas de prolongar una vida útil –al privarlo de chances de sobrevivir o vivir con una incapacidad menor- (autos "Marchena c/ Dimensión S.A.", 23/6/2003, JA 2004-I, pág. 494).

Se explica en el precedente señalado en el párrafo anterior, y luego de una extensa reseña de las posiciones doctrinarias –extranjeras y nacionales- y de la jurisprudencia, que: "La primera conclusión es afirmar la existencia del llamado daño intermedio. Me parece evidente que, a veces, la culpa médica (por omisión o por comisión) está en relación causal con un daño que no es la muerte ni la invalidez en si misma, sino las chances ciertas de prolongar una vida útil. En estos casos, cuando el paciente se encuentra en una situación en que el ejército de los malos, las fuerzas de la enfermedad de las que habla Luis González Morán, tienen posibilidades de ganar la guerra, pero las fuerzas de la salud tienen altas probabilidades de prolongar la vida útil del paciente, posibilidades que se pierden por culpa médica, no reconocer este daño puede conducir a una solución injusta, cualquiera sea las alternativas por las que se opte.

"Si no se indemniza, el ordenamiento no da respuesta a un verdadero daño, culposamente causado; así, el médico que culposamente no detecta un cáncer en su estadio inicial, priva al paciente de chances de sobrevivir o de vivir con una incapacidad menor… Si se condena al médico a indemnizar la muerte o la incapacidad, se repara un porcentaje superior al daño efectivamente causado, pues lo cierto es que esas fuerzas del mal también tienen su propia capacidad de reacción; por esta vía, la de la indemnización integral de la muerte o la invalidez, se camina decididamente a la teoría de la indiferencia de la concausa, o a la teoría de la conditio sine qua non, ambas, de resultado injusto".

Ricardo Luis Lorenzetti sostiene que en la responsabilidad médica es muy importante la discriminación de lo que produce el actuar galénico y lo que causa la enfermedad a fin de determinar la autoría causal. Explica el autor citado: "El paciente llega enfermo y su enfermedad tiene su propio curso causal: llega dañado y puede empeorar si la enfermedad continúa, o curarse. Hay entonces un curso causal determinado por la enfermedad… El médico puede no desarrollar ninguna prestación, debiendo hacerlo. En este caso no causó directamente ningún daño, ya que no hay un obrar comisivo sino una abstención.

Esta omisión resulta dañosa porque priva al paciente de la chance de curación" (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 214/215).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, afirmó, en autos "F., K.E. c/ Clínica Cruz Celeste S.A." (LL AR/JUR/79531/2014) que en materia de responsabilidad médica se plantea claramente la pérdida de chance ya que la omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o de sanar. Resulta indudable, continúa diciendo el tribunal citado, que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente.

Trasladando estos conceptos al caso de autos, y más allá de la poca prueba existente al respecto, no puedo pasar por alto que el padre de los actores llegó enfermo a la guardia, y con un proceso infeccioso, consecuencia de la obstrucción de la vía biliar, que ya

había determinado la existencia de otro foco infeccioso en los pulmones. Ello me lleva a concluir que el paciente llegó a la guardia en un estado avanzado de la enfermedad.

Luego, la omisión incurrida por los médicos de guardia entiendo que provocó la pérdida de chance de curación o de sobrevivida a la que me vengo refiriendo, pero no es causa de todo el daño –fallecimiento del paciente-, ya que este desenlace podría, de todos modos, haberse producido, no obstante haber sido sometido a una cirugía laparoscópica a tiempo, dado el avance de la infección.

El perito es claro sobre la alta tasa de mortalidad de personas que presentan cuadros de colangitis con schok séptico y falla multiorgánica.

Teniendo que graduar la intervención de la conducta omisiva de los médicos de guardia en la muerte del padre de los actores, considero que su incidencia, en cuanto pérdida de la chance de sobrevida y curación, ha sido del 50%.

VI.- Los actores reclaman solamente la indemnización por 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).

Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que "El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización.

"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial.

"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica… Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización…Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro…El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular.

"El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración… La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar" (aut. cit., "La indemnización del daño moral. Avaluación del pretium doloris", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38).

A efectos de estimar el monto de la reparación debida a los actores tengo en cuenta que la pérdida del padre siempre es un suceso sumamente aflictivo para una persona, cualquiera sea la edad que ésta tenga, aunque cierto es que ese daño suele ser más profundo cuando el hijo se encuentra en las primeras etapas de su vida (niñez y adolescencia).

Los actores de autos han superado aquellas etapas tempranas.

Surge de la prueba testimonial rendida en la causa que existía un vínculo estrecho entre el padre y los hijos.

Conforme lo dicho, estimo la indemnización por daño moral en la suma de $ 200.000,00 para cada uno de los hijos; y teniendo en cuenta la atribución de responsabilidad en el desenlace dañoso que se ha asignado a la actuación de los médicos de guardia, la demanda progresa entonces por la suma de $ 100.000,00 para cada uno de ellos.

VII.- Este capital devengará intereses desde la fecha de la mora (23 de agosto de 2008) y hasta la fecha del presente resolutorio de

acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir de esta última fecha y hasta el efectivo pago, conforme la tasa activa del mismo banco, conforme criterio sentado por esta Sala II en autos “Billar c/ Consejo Provincial de Educación” (expte. n° 421.965/2010, P.S. 2017-I, n° 21).

VIII.- Resta analizar si la condena ha de hacerse extensiva a la institución sanatorial, Policlínico Neuquén.

Si bien no surge claramente de la demanda, pareciera que el Policlínico Neuquén ha sido demandado por incumplimiento de la obligación tácita de seguridad que pesa sobre los establecimientos hospitalarios por la actuación de los médicos, y en estos términos ha respondido la demanda el sanatorio accionado.

Más allá de la controversia surgida en torno a si el nuevo Código Civil y Comercial ha decretado la muerte de la obligación tácita de seguridad en el derecho común (cfr. Picasso, Sebastián, “El nuevo código y la obligación tácita de seguridad: ¿Un entierro demorado?”, LL 2015-F, pág. 1.160; Pizarro, Ramón D., “¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?”, LL fascículo del 21/9/2015, pág. 1), lo cierto es que con la anterior legislación, que rige el caso de autos, la jurisprudencia ha aplicado esta obligación para condenar solidariamente a las entidades hospitalarias por las malas praxis cometidas por los médicos que integran sus planteles profesionales.

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, condenó al centro médico del cual dependía el personal de guardia, entendiendo que este último tiene una obligación de seguridad objetiva con relación a la obligación principal del médico, de modo que probada la culpa del médico o de algún auxiliar de aquél y, claro está, la relación de causalidad, se hace patente la transgresión de esta obligación de seguridad de la clínica, que responderá en forma inexcusable (autos “A., S.M. c/ M., P.”, 16/6/2016, LL AR/JUR/46096/2016).

Por su parte la Cámara 3ª. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza señaló que “la obligación de seguridad crea un deber positivo de actuar para proteger a otros a) en primer lugar, cuando el deudor crea una situación de riesgo que sólo él controla, como el fabricante de un medicamento, o el propietario de restaurante o cine respecto de los clientes;

b) cuando hay una relación especial entre las partes, como el dueño de un colegio respecto de los alumnos menores; y c) finalmente, cuando el deudor está en mejores condiciones (normalmente porque puede hacerlo a un menor costo) de evitar el daño, como el organizador de un recital de rock o de un partido de fútbol, que está en mejores condiciones que el público de evitar que se vendan bebidas alcohólicas (cfr. LOPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría General de la Responsabilidad Civil, LexisNexis, 2006)…Esta obligación de seguridad ha acarreado y acarrea hoy numerosas discusiones sobre su naturaleza, caracteres y consecuencias, las que pueden compulsarse fácilmente en los despachos de mayoría y minoría de la Comisión 2° de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil…Sin perjuicio de ello, nadie discute que es una obligación relevante en el tratamiento de la responsabilidad de los establecimientos médico asistenciales, cualquiera sea la fuente en la que se encuentre la génesis de la obligación… Tradicionalmente se ha sostenido que la responsabilidad del establecimiento sanitario tiene una fuente doble. Por un lado, es garante del desempeño del médico, obligación ésta que es accesoria a la del galeno, por lo que en principio no responde si no se encuentra culpa en el actuar médico. Pero también hay una obligación principal de garantía o seguridad por los servicios que el médico no está en condiciones de garantizar, como ser la asepsia del lugar, la existencia de instrumental adecuado, y de todos los requisitos que el ente debe cumplir cuando es habilitado.

“Con más precisión se ha ido elaborando la doctrina de la responsabilidad objetiva del centro asistencial, en el sentido que el sanatorio, en una palabra, garantiza que el paciente no sufrirá daños durante su estadía por los servicios que allí se le brindan, por lo que la responsabilidad es en principio objetiva” (autos “G., M.C.Y. c/ Hospital Luis Lagomaggiore”, 5/9/2014, LL AR/JUR/53858/2014).

El Tribunal Superior de Justicia provincial también ha aplicado este deber tácito de seguridad que tienen los centros asistenciales en autos “Campano c/ Baradello” (expte. n° 184/2009, Acuerdo n° 11/2012 del registro de la Secretaría Civil). Dijo el Alto Tribunal en esa oportunidad “…la actuación médica puede desarrollarse en establecimientos asistenciales, generalmente organizados como una empresa respecto de la cual los profesionales mantienen algún tipo de vinculación jurídica.

“En tales casos, y en virtud de tal vínculo, se deriva una responsabilidad directa de la institución frente al paciente, basada en una obligación tácita de seguridad, accesoria a la principal, de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico. Y es en función de ese deber de seguridad que el establecimiento responde porque se preste el servicio sin causar daños al paciente por deficiencias y también por la culpa en que incurran sus sustitutos, copartícipes y auxiliares”.

Consecuentemente la demandada Policlínico Neuquén será condenada en forma solidaria con la profesional médica, en tanto ésta formó parte de su plantel profesional, y estaba a cargo de la atención en el servicio de guardia que ofrece el sanatorio.

IX.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio apelado y hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando solidariamente a los demandados Andrea Saavedra Piorno y al Policlínico

Neuquén Instituto de Diagnóstico y Tratamiento S.A., y a sus respectivas aseguradoras en la medida del contrato de seguro, a abonar a los actores la suma de $ 200.000,00 con más sus intereses, de acuerdo con lo establecido en el Considerando respectivo, dentro de los cinco días de quedar firme la presente.

Las costas por la actuación en ambas instancias se distribuyen en un 50% a cargo de los demandados y un 50% a cargo de los actores, en atención al éxito obtenido (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en el 22,40% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la ley 1.594) para la letrada apoderada de la parte actora Dra. ...; 4,52% de la base regulatoria para el Dr. ..., apoderado de los demandados Policlínico Neuquén y SMG Compañía Argentina de Seguros S.A.; 11,30% de la base regulatoria en conjunto para los letrados patrocinantes de la mismas partes Dres. ... y ...; 15,82% de la base regulatoria para el Dr. ..., en doble carácter por los demandados ... y Federación Patronal Seguros S.A. y por el tercero Serrano, todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10, 11 y 12 del arancel para abogados.

Los honorarios del perito médico Jorge Andrés García, atendiendo a la labor cumplida y considerando la adecuada proporción que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, se determinan en el 3% de la base regulatoria.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada de los Dres. ... y ... se fijan en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos por su labor 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 decisorio apelado y hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando solidariamente a los demandados Saavedra Piorno y al Policlínico Neuquén Instituto de Diagnóstico y Tratamiento S.A., y a sus respectivas aseguradoras en la medida del contrato de seguro, a abonar a los actores la suma de $ 200.000,00 con más sus intereses, de acuerdo con lo establecido en el Considerando respectivo, dentro de los cinco días de quedar firme la presente.

II.- Imponer las costas de ambas instancias en un 50% a cargo de los demandados y un 50% a cargo de los actores, en atención al éxito obtenido (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en el 22,40% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la ley 1.594) para la letrada apoderada de la parte actora Dra. ...; 4,52% de la base regulatoria para el Dr. ..., apoderado de los demandados Policlínico Neuquén y SMG Compañía Argentina de Seguros S.A.; 11,30% de la base regulatoria en conjunto para los letrados patrocinantes de la mismas partes Dres. ... y ...; 15,82% de la base regulatoria para el Dr. ..., en doble carácter por los demandados Saavedra Piorno y Federación Patronal Seguros S.A. y por el tercero Serrano, todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10, 11 y 12 del arancel para abogados.

IV.- Determinar los honorarios del perito médico ..., en el 3% de la base regulatoria.

V.- Fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada de los Dres. ... y ... en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

VI.- 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

"SUAREZ ELVIO ORLANDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 514551/2016) – Sentencia: 170/17 – Fecha: 02/08/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCION DE AMPARO. RESTITUCION DE LA PROVISION DE AGUA POTABLE. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA. OBLIGADOS. ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO. ESTADO PROVINCIAL. MUNICIPIO. EXCLUSION.

1.- La Provincia del Neuquén debe ser excluida de la condena decidida en una acción de amparo en donde se ordena restituir la provisión de agua potable a la actora, su grupo familiar y a los restantes habitantes de Puesto Guzmán, por cuanto la sentencia debe circunscribirse al Ente Provincial de Agua y Saneamiento, ya que habiéndose creado, por ley, un ente autárquico con facultades específicas para satisfacer el interés de la población de la Provincia en materia de saneamiento urbano mediante el abastecimiento de agua potable, entre otros extremos (art. 2, ley 1.763), es esta entidad la que debe asumir la obligación de proveer regularmente agua potable a la población de Puesto Guzmán, y no la Provincia del Neuquén.

2.- La Municipalidad de Neuquén debe ser excluida de la condena decidida en una acción de amparo en donde se ordena restituir la provisión de agua potable a la actora, su grupo familiar y a los restantes habitantes de Puesto Guzmán, por cuanto habiéndose acreditado que la zona de Puesto Guzmán se encuentra fuera del ejido urbano de dicha comuna, va de suyo que no corresponde incluirla en la condena. Siendo la finalidad de todo municipio satisfacer los intereses y necesidades de sus vecinos, ella debe ser cumplida respecto de quienes residan en su ejido urbano, que es donde se ejerce la competencia municipal.

Texto completo:

NEUQUEN, 2 de agosto de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SUAREZ ELVIO ORLANDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO”, (JNQCI5 EXP Nº 514551/2016), 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.- Las demandadas Provincia del Neuquén y Municipalidad de Neuquén plantearon recursos de apelación contra la sentencia de fs. 299/305 vta., que hace lugar a la demanda, condenando a las demandadas a restituir la provisión de agua potable a la actora, su grupo familiar y a los restantes habitantes de Puesto Guzmán en forma inmediata, garantizando su mantenimiento, con costas a los vencidos.

a) La recurrente Provincia del Neuquén se agravia por el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, ya que la magistrada de grado reconoció expresamente que el EPAS es el organismo de orden provincial con competencia y, por ende, quién debe abordar el suministro de agua potable en Puesto Guzmán, aunque agrega que la Municipalidad de Neuquén también debe brindar esa provisión por cuanto es el ente que venía proveyendo el servicio, y por haber autorizado el asentamiento en el lugar.

Dice que la Provincia del Neuquén ha cumplido con la manda constitucional del art. 81, al crear el EPAS mediante ley 1.763.

Sigue diciendo que no pueden confundirse las diferentes personalidades jurídicas, porque justamente organismos como EPAS se han creado para afrontar la complejidad de las situaciones, necesidades, problemas y cuestiones específicas, mediante lo que se denomina organización del Estado.

Señala que la sentencia recurrida, lejos de analizar la legitimación pasiva de cada organismo demandado, analizó las competencias y responsabilidades de ambas entidades –Estado Provincial y EPAS- como si fueran una sola.

Afirma que ello causa agravio a su parte por cuanto la Provincia del Neuquén, al haber delegado legal y legítimamente la función específica de provisión y distribución de agua potable, no debe actuar en el caso concreto.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones y del Tribunal Superior de Justicia.

b) La recurrente Municipalidad de Neuquén se agravia por entender que no se ha dado tratamiento coherente y satisfactorio a la defensa de falta de legitimación pasiva.

Dice que el sector conocido como Asociación de Fomento Rural Las Baterías – Puesto Guzmán se encuentra fuera del ejido de la ciudad de Neuquén, hecho que es reconocido por el demandante.

Sigue diciendo que la Municipalidad de Neuquén no controvierte ni pone en discusión la titularidad registral de los lotes, sino que lo que controvierte es la imposición de seguir prestando un servicio fuera de la jurisdicción de la ciudad de Neuquén, habiendo un organismo provincial con plena capacidad técnica y jurídica a esos efectos.

Cita disposiciones de tratados internacionales sobre el derecho al agua y se refiere a la competencia territorial municipal.

c) La demandada Municipalidad de Neuquén contesta el traslado del memorial de agravios de la Provincia del Neuquén a fs. 326/vta.

Dice que el hecho que la Municipalidad de Neuquén haya prestado un servicio de agua potable a los habitantes del sector Puesto Guzmán obedece a la indebida omisión de las autoridades provinciales y sus entes autárquicos.

Califica de falsa la afirmación referida a que la municipalidad haya autorizado el desarrollo urbano en el sector de autos, toda vez que, como los pobladores lo reconocen, los lotes fueron adquiridos a una comercializadora.

d) Ni la parte actora ni la demandad EPAS contestan los traslados de las expresiones de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación de autos no cabe sino otorgar razón a ambos apelantes.

En lo que refiere a la Provincia del Neuquén, entiendo que habiéndose creado, por ley, un ente autárquico con facultades específicas para satisfacer el interés de la población de la Provincia en materia de saneamiento urbano mediante el abastecimiento de agua potable, entre otros extremos (art. 2, ley 1.763), es esta entidad la que debe asumir la obligación de proveer regularmente agua potable a la población de Puesto Guzmán, y no la Provincia del Neuquén.

Alejandro Pérez Hualde señala que en la descentralización administrativa el ente descentralizado goza de autarquía porque tiene personería, patrimonio propio y se da su organización interna. Sobre sus actos el ente descentralizante, depositario natural de las facultades atribuidas, sólo controlará en adelante la legalidad del accionar del ente en lo que se denomina control de tutela. El ente descentralizado se hará cargo de la oportunidad, mérito y conveniencia de las medidas y resoluciones que adopte en el cumplimiento de sus fines (cfr. aut. cit., “Descentralización administrativa y descentralización constitucional”, LL 003/011192).

Ello es lo que surge a nivel local de la ley 1.284, en tanto las entidades descentralizadas están sujetas al control jerárquico institucional que constitucionalmente corresponde al Poder Ejecutivo, con las facultades previstas en el art. 29 de la ley (art. 28, ley citada).

Consecuentemente, y como lo adelanté, encontrándose la provisión del servicio de agua potable dentro de los fines específicos del Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS), la condena de autos debe circunscribirse a dicho organismo, excluyéndose al Estado Provincial, sin perjuicio, claro está, de las facultades de control del Poder Ejecutivo Provincial respecto del cabal cumplimiento de la sentencia de autos.

III.- En lo que refiere a la municipalidad de Neuquén, habiéndose acreditado que la zona de Puesto Guzmán se encuentra fuera del ejido urbano de dicha comuna, va de suyo que no corresponde incluirla en la condena.

Siendo la finalidad de todo municipio satisfacer los intereses y necesidades de sus vecinos, ella debe ser cumplida respecto de quienes residan en su ejido urbano, que es donde se ejerce la competencia municipal.

Fuera de los límites de la jurisdicción municipal, la municipalidad no puede ni debe actuar. Más aún cuando dicha actuación importa afectar recursos económicos municipales para satisfacer necesidades de población asentada fuera de los límites de la comuna.

La competencia municipal siempre se ejerce dentro de los límites de la jurisdicción territorial del municipio (ya sea que se trate de zona urbana, suburbana o subrural) –cfr. Cám. Apl. Civ. Com. y Minería Viedma, “Tarruela c/ Municipalidad de San Antonio Oeste”, 7/2/2006, LL AR/JUR/665/2006).

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar a los recursos de apelación de autos, y modificar parcialmente la sentencia recurrida, rechazando la demanda respecto de la Municipalidad de la ciudad de Neuquén y de la Provincia del Neuquén, por lo que la condena se circunscribe al Ente Provincial de Agua y Saneamiento, sin perjuicio de la facultad de contralor del Poder Ejecutivo Provincial.

Las costas por la actuación en ambas instancias respecto de la Provincia del Neuquén y de la Municipalidad de Neuquén se imponen en el orden causado, dado que el amparista pudo entender razonablemente que ambos demandados estaban obligados a cumplir con la prestación reclamada (art. 68, 2da. parte CPCyC).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia recurrida, rechazando la demanda respecto de la Municipalidad de la ciudad de Neuquén y de la Provincia del Neuquén, por lo que la condena se circunscribe al Ente Provincial de Agua y Saneamiento, sin perjuicio de la facultad de contralor del Poder Ejecutivo Provincial.

II.- Imponer las costas de ambas instancias respecto de la Provincia del Neuquén y de la Municipalidad de Neuquén en el orden causado, dado que el amparista pudo entender razonablemente que ambos demandados estaban obligados a cumplir con la prestación reclamada (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"B. N. N. Y OTROS S/ CAMBIO DE NOMBRE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 65424/2014) – Sentencia: 173/17 – Fecha: 22/08/2017

DERECHO DE FAMILIA: Derechos personalísmos.

NOMBRE. SUPRESION DE APELLIDO. ADULTOS.

Corresponde autorizar la supresión del apellido paterno solicitada por los actores, por cuanto si no hay intereses de terceros comprometidos, tratándose de tres adultos que manifiestan una voluntad común, entiendo que cabe hacer primar su voluntad de que se suprima el apellido paterno. Ello es así, toda vez que en el caso de autos, las razones alegadas resultan atendibles, más aún cuando media un allanamiento a la pretensión por parte del progenitor, a lo que cabe sumar la falta de oposición luego de publicados los edictos y los informes registrales que dan cuenta de la ausencia de gravámenes que afecten a los actores.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de agosto de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “B. N. N. Y OTROS S/ CAMBIO DE NOMBRE”, (JNQFA4 EXP Nº 65424/2014), 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.- Apelan los actores la sentencia que rechazara la pretensión de que se suprima de sus nombres el apellido paterno.

A fs. 113/114 expresan agravios señalando que la petición no se basa en un capricho sino que nace de su sentimiento de no considerarse hijos del Sr. M. por las actitudes que éste ha tenido para con ellos, de quien señalan, han sufrido abandono desde muy temprana edad.

Aluden a que si se estima que el nombre es una institución de policía civil, ha sido acreditado que no hay derechos individuales de la sociedad que puedan verse afectados.

Afirman que no se encuentran identificados con ese apellido y que, a partir de ese hondo pesar que les causa desde hace mucho

tiempo, son conocidos por su apellido materno en el medio en el que se desenvuelven.

Acentúan que no hubo oposición por parte del progenitor y tampoco del Ministerio Público Fiscal de modo que al no haber justificativos que lleven a rechazar la pretensión, solicitan que la sentencia en crisis sea revocada.

II.- Analizada la cuestión a la luz de las constancias, encuentro pertinente destacar que en el tópico que nos convoca en la actualidad cabe referirse más que a la inmutabilidad del nombre como principio, al de estabilidad del mismo, el cual se dirige al mantenimiento de una determinada identificación con la finalidad de proteger a ciertos intereses sociales, sin dejar de lado el aspecto individual que hace a la identidad de las personas.

De este modo si no hay intereses de terceros comprometidos, tratándose de tres adultos que manifiestan una voluntad común, entiendo que cabe hacer primar su voluntad de que se suprima el apellido paterno.

Insisto en que el concepto de estabilidad frente al de inmutabilidad, permite el ingreso de la pretensión incoada cuando se alegan motivos que evaluados, con un criterio de razonabilidad, habilitan la modificación.

En el caso de autos, las razones alegadas resultan atendibles, más aún cuando media un allanamiento a la pretensión por parte del progenitor, a lo que cabe sumar la falta de oposición luego de publicados los edictos y los informes registrales que dan cuenta de la ausencia de gravámenes que afecten a los actores.

El allanamiento formulado es probablemente lo que ha llevado a los actores a desistir de las testimoniales y enfocar su actividad procesal a acreditar la falta de afectación a derechos de terceros por medio de la prueba informativa.

Bajo estas pautas, la decisión de hacer lugar a la pretensión siendo que los propios actores manifiestan que desde hace ya años no utilizan en su vida diaria el apellido cuestionado, contribuirá a garantizar la seguridad jurídica que de algún modo resguarda la identificación en los registros, pues coincidirá la realidad que éstos viven cotidianamente en sus relaciones sociales con la que se verifique en aquellos.

De este modo, es que he de proponer al Acuerdo revocar la sentencia apelada, autorizándose la supresión del apellido paterno disponiéndose en consecuencia la comunicación a los Registros respectivos.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución obrante a fojas 110/112 en lo que ha sido materia de recurso y agravios, autorizándose a los actores a que se suprima el apellido paterno debiéndose realizar en la instancia de grado la comunicación a los

Registros que correspondan.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los presentes al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"B. S. V. C/ R. O. A. S/ INC. DE CUOTA ALIMENTARIA EXTRAORDINARIA E/A 36200/2008" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1106/2016) – Interlocutoria: 290/17 – Fecha: 24/08/2017

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA EXTRAORDINARIA. PRACTICA HABITUAL DE ACTIVIDAD DEPORTIVA. VIAJE.

Debe ser confirmada la decisión que fijó la cuota extraordinaria de alimentos, por cuanto dadas las características de este viaje -a la ciudad de Buenos Aires-, no parece relevante si el viaje

fue de placer o meramente deportivo, como intenta justificar el progenitor, sino que fue una actividad aislada dentro del marco de la actividad que el menor realiza en ese ámbito -practica fútbol habitualmente como actividad deportiva-, de acuerdo a lo aquí acreditado y por la que ambos padres deben contribuir.

Texto completo:

NEUQUEN, 24 de Agosto del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "B. S. V. C/ R. O. A. S/ INC. DE CUOTA ALIMENTARIA EXTRAORDINARIA E/A 36200/2008", (JNQFA1 INC Nº 1106/2016), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- El alimentante apeló la cuota extraordinaria fijada en el resolutorio de fs. 35/36 vta. a fin de cubrir los gastos que demandó el viaje realizado por el joven M.

En sus agravios, dijo que no existe ningún elemento en la causa que diga que el menor se sometiera a una prueba deportiva y que, por el contrario, el viaje que realizó junto a otros integrantes del club de fútbol fue de placer.

Agrega que tal erogación no puede considerarse necesaria, urgente y extraordinaria, como así también, que fue decidida unilateralmente por la madre.

Siguió diciendo que no se tuvo en cuenta que la Sra. B. continuó percibiendo el 35% durante algún tiempo por no haberse comunicado a su empleadora la reducción al 50% en virtud de la caducidad operada respecto a los alimentos de su hija A..

Finalmente, se quejó porque se trató de un gasto previsible, dado que M. practica habitualmente aquel deporte, resultando habitual la realización de tales viajes, como así también, de la determinación de intereses y la imposición de costas.

II.- Comenzamos por señalar que esta Sala, en anterior composición y con criterio que mantenemos, ha dicho que:

"… la procedencia de alimentos extraordinarios de necesidad, deben apreciarse en forma severa y fijarse sólo cuando se halle plenamente acreditada la "necesidad" (conf. Cc0102 Lp 217942 Rsi-120-94 S –05/07/1994).

Al respecto la jurisprudencia ha expresado que: "Lo determinante, para fijar la cuota extraordinaria de alimentos, es que la necesidad que estos tienden a cubrir haya sido imprevisible al momento de establecerse la cuota ordinaria, o que, si bien era previsible, es un gasto que no acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, destinado a atender necesidades impostergables del acreedor alimentario quedando ello sujeto al prudente arbitrio judicial en función de la naturaleza de las circunstancias sobre las que se formuló el pedimento" (arts. 641, 647 del Código Procesal)(Cc0201 Lp 106120 Rsd-72-6 S – 04/04/2006).

"La cuota alimentaria se fija para atender a las necesidades ordinarias de la vida, es decir, las que suceden regularmente de acuerdo a las circunstancias que rodean al alimentado al momento de establecer la cuota. Pueden sobrevenir necesidades que no aparecen cubiertas por la cuota ordinaria por cuanto no fueron previstas en el momento de establecerla. De manera que lo determinante para admitir la cuota extraordinaria, no es sólo la imprevisibilidad de la necesidad, sino que no haya sido tenido en cuenta ni aún implícitamente al establecer aquellas. Quien pretende alimentos extraordinarios debe demostrar que le son necesarios, cargando por lo tanto con la carga de probarlos con los alcances previstos en el art. 372 del C.C." (Nº Fallo: 01190096 – Ubicación: A 168-072 –Nº Expediente: 140487/340)…" (E/a: "R. M. A. CONTRA M. M. A. S/ INCIDENTE DE ELEVACION E/A 36389/08 JF4", ICF Nº 11256/9, resolutorio de fecha 07 de julio de 2009, Dres. Gigena Basombrío y Osti de Esquivel).

Sentado ello, de las constancias de la causa observamos que M. efectivamente practica fútbol habitualmente como actividad deportiva y que el viaje realizado a la ciudad de Buenos Aires el 25/10/2015 ha sido a efectos de visitar clubes, sin que exista desacuerdo en esto. Asimismo, que viene percibiendo una cuota alimentaria del 35% de los haberes jubilatorios del padre desde julio de 2016.

Aplicando las pautas ya señaladas y dadas las características de este viaje, no parece relevante si el viaje fue de placer o meramente deportivo, como intenta justificar el progenitor, sino que fue una actividad aislada dentro del marco de la actividad que M. realiza en ese ámbito, de acuerdo a lo aquí acreditado y por la que ambos padres deben contribuir.

Tampoco nos parece un elemento determinante la reducción y posterior readecuación de la cuota alimentaria, dada la caducidad de la obligación alimentaria de la otra hija, A., ya que en definitiva M. viene percibiendo el mismo porcentaje que el fijado originariamente, para los dos hijos.

En esta línea, resulta indudable que la erogación aquí discutida no formó parte del contenido de la pensión, y como bien destaca la Defensoría interviniente, aquella no alcanzaba al momento de realizarse el viaje para afrontar el gasto extraordinario.

Por otro lado, no resulta evidente que el asentimiento de la progenitora para que M. fuera a Buenos Aires con su club haya sido unilateral, muy por el contrario, es la falta de respuesta y colaboración del apelante la que, aparentemente, originó esta cuestión.

En cuanto a los intereses y toda vez que la obligación alimentaria se encuentra determinada, asume un carácter de deuda de valor que queda fija con el transcurso del tiempo cuando no es abonada en término, y que por tanto, devengan accesorios.

Por lo cual, siendo este rubro parte de la obligación parental, merece ser ajustada a valores actuales, en beneficio del hijo.

Igual suerte correrá el agravio relativo a las costas, dada la naturaleza de esta temática.

III.- Por todo lo expuesto, corresponde el rechazo del recurso en estudio, y en consecuencia, la confirmación del resolutorio apelado.

Las costas de Alzada se impondrán al alimentante.

Los honorarios se fijarán en el 30% de los determinados para la instancia de grado.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar el auto dictado a fs. 44 y vta., en lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al alimentante.

III.- Fijar los honorarios profesionales en el 30% de los determinados para la instancia de grado.

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

"CRLJENKO JOSE OMAR NATALIO C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 369811/2008) – Sentencia: 115/17 – Fecha: 04/07/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ENFERMEDAD PROFESIONAL. PRESTACIONES DINERARIAS. INGRESO BASE. CALCULO. INTERPRETACION DE LA LEY. LEY VIGENTE. LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO. INDEMNIZACION.

1.- Que se encuentra acreditado con la información emitida por la empleadora para el período anual antecedente que no fuera objeto de cuestionamiento -enero a diciembre de 2015 (...)-, que el trabajador percibía haberes de la relación laboral como Jefe de Preceptores de primera, percibiendo un total de $13.193,64, y por Maestro de Enseñanza Práctica Escuela Técnica, $13.911,57, que sumados alcanza a $27.105; ello divido por 365 días y multiplicado por el factor 30,4 alcanza a un IBM de $2.257,53. En conclusión, advirtiendo que sólo se ha computado una de las tareas desempeñadas, le asiste razón al recurrente y procedente la apelación en punto a elevar el monto del valor mensual del ingreso base a utilizarse para

determinar la prestación dineraria.

2.- […] le asiste razón al juez de grado que habiendo entrado en rigor el 26.10.2012 y el 06.11.2009, en ambos casos luego de su publicación en el Boletín Oficial, la Ley 26773 y el Dec. 1694/09, y tratándose de una incapacidad parcial y permanente derivada de una enfermedad profesional cuya primera manifestación se exterioriza el 24.10.2005, conforme denuncia y requerimiento de intervención del organismo administrativo (…), no corresponde aplicar en el caso las previsiones de las normas citadas, procediendo fijar la prestación dineraria reclamada conforme lo regulado por el Dec. 1278/2000, vigente a aquella fecha, tal como además fuera invocado al demandar.

3.- […] la cuantificación de la prestación dineraria que corresponde al actor será el resultado de adoptar el monto que surja de la fórmula del art. 14 inc. 2- a) de la Ley 24557, que en el caso difiere de la establecida en la sentencia de grado, considerando la modificación del porcentaje de incapacidad y el valor IBM: $2.257,53 x 53 x (65:43) x 24,99% = $45.198,14. Que como se comprueba el valor obtenido supera aún el mínimo garantizado por el Dec. 1694/09 de $ 44.982 ($180.000 x 24,99%).

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de julio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CRLJENKO JOSE OMAR NATALIO C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART”, (Expte. JNQLA1 Nº 369811/2008), venidos en apelación 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. 515/564 la parte actora interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia de fecha 02.03.2016 (fs. 503/509); pide se la revoque en los términos de los agravios que expone, con costas a la demandada.

En primer agravio critica que el juez de grado sostenga que los efectos de la relación jurídica entre las partes se debe regir por la normativa vigente al momento del siniestro sin importar las modificaciones que se producen en un sistema normativo, adoptando una premisa errónea al confundir a la contingencia en si con el daño que ésta produce; que al momento de dictarse la sentencia la aseguradora no abonó la indemnización pertinente, dejando existente la reparación del perjuicio entendiendo que corresponde decidir con la nueva norma, tratándose de una consecuencia no consumada del infortunio; agrega que otro elemento que lleva a la aplicación de la tarifa vigente es que se trata de una típica obligación de valor, en el caso de la salud humana y la tarifa es la ley vigente al momento de la sentencia debido a su falta de cancelación con anterioridad; que procede la interpretación que hace la CSJUN en la causa “Figueroa” respecto de las nuevas indemnizaciones y que debe ser la más favorable a las víctimas de infortunio, para evitar su pulverización; que así lo planteó al alegar, aportando citas de doctrina y jurisprudencia en el sentido que expone.

Que en nuestro medio se ha declarado la inconstitucionaliad el art. 16 del Dec. 1694/09; solicita se aplique el régimen de la LRT reformada por la Ley 26773, comprensivo de los ajustes de las sumas siguiendo el índice establecido y resoluciones que lo regulan –en el caso la 01/2016-, con más el adicional de su art. 3°, conforme la interpretación teleológica o finalista del inc. 6 de su art. 17, al amparo de los principios pro homine, atento a que la protección del trabajador impone considerar criterio propios que exceden el marco del mercado económico y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, receptados en la Constitución Nacional; que los magistrados deben examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional, exigencia impuesta a su vez por el sistema convencional, y en consecuencia se debe declarar la inconstitucionalidad del inc. 5 del art. 17 de la norma citada cuando establece que se aplica a las contingencia laborales cuya primera manifestación invalidante sea posterior a su publicación (26.10.12); y todo lo expuesto en base a doctrina y jurisprudencia nacional y local.

Solicita que se declare la inconstitucionalidad y no aplicación del Dec. 472/14 por afectar el principio de legalidad e irrogar perjuicios a las víctimas de accidentes de trabajo, cuando modifica y no reglamenta lo establecido en la Ley 26773, constituyendo

un exceso en tal facultad, contradiciendo incluso el propio mensaje de elevación del P.E. y discursos legislativos que propiciaron aquella ley; que en aquel se hace una interpretación capciosa y desprotectoria cuando fija que el ajuste por RIPE solo se prescribe para los pisos indemnizatorios del Dec. 1694/09 y adicionales de pago único del DNU 1278 en incapacidades superiores al 50% y muerte.

Denuncia que el juez de grado sin fundamentos objetivos se aparta de la pericia médica psiquiatra que establece que el actor se encuentra en la categoría de gran inválido, hace una errónea interpretación del Baremo y omite referirse a los gastos de tratamiento allí indicados; pide que sea corregido.

Que se trata de dos análisis distintos los elaborados: pericia psicológica y psiquiátrica, y no de un mismo trabajo elaborado por dos profesionales con distinta experticia; que en cuanto a lo referido en el último en que no se aplica el Baremo 659, critica que se lo considere una mera opinión de un tercero cuando su posición se encuentra absolutamente permitida por lo determinado por el Superior Tribunal de Justicia en el fallo “Salinas”; que se debe tener presente la incorporación de los Convenios OIT 155 y 157 por Ley 26693 y 26694, relativa a la seguridad y salud de los trabajadores.

Que procede en el caso determinar los tres factores de ponderación que fueron desestimados, teniendo en cuenta la patología descripta en las pericias, la incapacidad laborativa total, permanente y definitiva, que supera el 66%, debiendo tomarse el 100%,

Finalmente denuncia como erróneo el cálculo obtenido por el juez de grado en relación al IBM, en relación a los recibos acompañados de fs. 40/67, de los que resulta $2.847 y no 1208,79; hace reserva del caso federal.

Sustanciado el recurso (fs. 565), la contraparte no responde.

II.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que en lo que es materia de agravios, la sentencia de grado parte de tener por acreditado de que se trata de un supuesto de enfermedad profesional, y a tal fin computa lo dictaminado en sede judicial que no fuera impugnado por las partes por disminución auditiva –hipoacusia bilateral- el 7,4% (pericia de fs. 186/189) y por la discapacidad psicológica del 15% por Reacción Vivencial Anormal Grado 2 (pericia de fs. 206/208-220), que por aplicación del criterio de la incapacidad restante alcanza a un total del 21,20%, ello siguiendo el Baremo del Dec. 659/96.

En relación a la prueba específica que viene cuestionada, por un lado considera que al haber recibido el actor la jubilación por invalidez, los factores de ponderación no deben incidir por estar vinculados al futuro desempeño laboral que no se producirá en el caso.

Respecto a la evaluación de la prueba pericial en psicología que en base a la utilización del baremo A.M.A 1967 atribuye un 68% de incapacidad, señala que el perito no acierta al definir concretamente un diagnóstico de la patología encuadrable en el baremo que corresponde aplicar para permitir al juzgador la evaluación lógica de las conclusiones y la posterior atribución del porcentaje a resarcir; asimismo, que se aparta de aplicar el baremo legal por razones ideológicas, personales y subjetivas, excediendo la tarea que le fue propuesta atento a que la aplicación de las normas no está sujeta a la opinión sobre su mérito o conveniencia, adjudicándole el carácter de opinión de un tercero.

Acerca del monto del IBM promedia los recibos de fs. 40/67 arribando a $1.205,79, y aplicando la fórmula legal, lo multiplica por 53, por el coeficiente de edad del 1,51, y el porcentaje de incapacidad, 21,20%, para adoptar como monto de la prestación la suma de $20.458, luego cotejarlo con el tope previsto en el Dec. 1278/00 que estima aplicable al caso.

Que conforme doctrina y jurisprudencia que cita, desestima el pedido de aplicación retroactiva de la Ley 26773, y de ello, que derive abstracto el planteo de inconstitucionalidad del Dec. 472/14, reglamentario de la ley citada; de igual forma el planteo de pago en renta dado el grado de incapacidad que se reconoce, como la inconstitucionalidad del baremo toda vez que la enfermedad aquí determinada se encontraba listada; mientras que lo relativo al tope legal, no se encuentra suficientemente motivado el planteo, no alcanzando las citas jurisprudenciales mencionadas.

III.- Que por razones metodológicas se abordará en primer punto lo relacionado a la evaluación de la incapacidad del actor, luego la incidencia de los factores de ponderación, la necesidad de prestaciones en especie, el monto del valor mensual del ingreso base y finalmente el régimen legal aplicable.

A.- Que cabe resaltar que en lo que es materia de recurso, al demandar se solicitó la realización de dos pericias, a los fines de que se informe invalidez o incapacidad psiquiátrica y psicológica, y necesidad de tratamientos de la especialidad (fs. 37/38).

El dictamen psicológico estima la incapacidad en el 15% conforme el Baremo General para el Fuero Civil y recomienda una sesión individual por semana durante el primer año, y una cada 15 días en el segundo; también una sesión de pareja cada 15 días durante el primer año, y una por mes en el segundo, con un costo de $80 y $120 cada una, respectivamente (fs. 206/208).

Que el actor denuncia la falta de respuesta a la cuantificación de la incapacidad de acuerdo al Baremo Dec. 6549/96 (fs. 212); que a fs. 212 es rectificado por la perito señalando que lo aplicado, y que padece Reacción Vivencial Anormal Neurótica –R.V.A.N.- Grado II.

Que a fs. 252/258 el perito en psiquiatría describe que el nivel intelectual menor" del actor "es probable que acontezca como consecuencia de traumatismo psíquico" que redunda en: "Capacidad disminuida para enfrentar las dificultades, inhibición generalizado, Conformación de personalidad con rasgos predominantes de depresión reactiva, Autoestima devaluada", recomendando tratamiento psicoterapéutico una vez por semana, al menos 100 y valuando cada sesión en $150 cada una.

Cuestiona por insuficiente los baremos de valuación para jubilaciones y pensiones y la tabla de incapacidades laborales, e informa que según el baremo de A.M.A. 1977 el conjunto de síntomas y secuelas de los padecimientos coloca al actor ante un déficit de incapacidades el 68%.

Así, considerando los hechos alegados, evaluando la prueba producida conforme la regla de la sana crítica y estableciendo la mayor fuerza de convicción, habré de apartarme de lo dictaminado en la pericia en psiquiatría, atento a que se limita a describir que se trata de una "afección psicológica", mientras omite justificar de manera objetiva por qué se aparta de las pautas establecidas en el baremo legal, y luego, en qué radicaría un diagnóstico y porcentaje diferenciado de lo que ya había informado la especialista que ya se encontraba agregado al expediente.

Que en definitiva, de las pruebas analizadas puede concluirse válidamente que el actor presenta como consecuencia de la enfermedad profesional, a las que se asocian las patologías descriptas por los peritos médico y psicólogo, según la evaluación establecida según la normativa de la reglamentación dec. 659/96 de la ley 24557, en la proporción del 11,62% el primero y 15% el segundo.

Que de conformidad al procedimiento legal de cálculo de la capacidad restante, se habrá de modificar el porcentaje de la incapacidad, parcial y permanente determinada en la instancia de grado, para elevarla al 24,99 % (15% + 9,88% (85% x 11,62%).

Que en punto a lo expuesto, entonces, resulta que en forma parcial procede atender la apelación del actor, considerando que en el punto 2 del capítulo Factores de ponderación del Dec. 659/96, se prevé que: "La ponderación de estos factores es una tarea que ha de abordarse caso por caso, para determinar si corresponde aplicar —según las características del sujeto accidentado y de la lesión, las posibilidades de reubicación, la afectación para el desempeño de su tarea habitual, etc.— estos factores de ponderación y, en su caso, el rango de los mismos. A tal efecto, se podrán aplicar uno o varios de los factores y no necesariamente el valor máximo previsto".

Que estimo justificado el procedimiento seguido por el perito médico que incluyó los factores de ponderación (fs. 187 vta), porque la regulación no distingue que el trabajador se encuentre jubilado o no, y lo cierto es que la disminución de su capacidad aconteció mientras estaba laborando, resultando indistinto la incidencia del tiempo que fue requerido para su reconocimiento y reparación.

Luego, la ausencia de crítica por parte del actor respecto a su consideración en la incapacidad psicológica, y máxime si se atiende al porcentaje allí fijado para la RVAN II en relación al previsto en el baremo legal, evidencia la ausencia de perjuicio.

B.- En relación a las prestaciones en especie, y de conformidad a lo establecido en el art. 20, incs. 1, c) y 3, los informes en psicología y psiquiatría transcriptos dan cuenta la insuficiencia en el cumplimiento de la obligación que se le impone a la aseguradora de riesgos de trabajo.

Que siguiendo lo dictaminado por la perito psicóloga estimo procedente y prudente adoptar la evaluación y cuantificación de los tratamientos bianuales requeridos, consistentes en 76 sesiones individuales y 36 de pareja, que multiplicados por el valor unitario de $80 y $120, resulta un total de $10.400.

Que dicho importe devengará intereses desde la fecha de la pericia (22.12.2010- fs. 208 vta) hasta el 31.07.2015 y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina efectivo pago, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar aquella hasta que la última sea publicada.

C.- Que es materia de agravio para el actor el valor mensual del ingreso base adoptado por el juez de grado de $1.205,79.

Que se encuentra acreditado con la información emitida por la empleadora para el período anual antecedente que no fuera objeto de cuestionamiento -enero a diciembre de 2015 (fs. 40/67)-, que el trabajador percibía haberes de la relación laboral como Jefe de Preceptores de primera, percibiendo un total de $13.193,64, y por Maestro de Enseñanza Práctica Escuela Técnica, $13.911,57, que sumados alcanza a $27.105; ello divido por 365 días y multiplicado por el factor 30,4 alcanza a un IBM de $2.257,53.

En conclusión, advirtiendo que sólo se ha computado una de las tareas desempeñadas, le asiste razón al recurrente y procedente la apelación en punto a elevar el monto del valor mensual del ingreso base a utilizarse para determinar la prestación dineraria.

D.- Que abordando en conjunto los cuestionamientos contra el régimen reparatorio que adopta el sentenciante derivado de la oportunidad en que acaeció la primera manifestación invalidante de la enfermedad profesional que afecta al trabajador, sus consecuencias y los intereses que allí se fijan, estimo oportuno reseñar que con fundamento en los arts. 14 bis de la Const. Nacional; 38 inc. n) de la Const. Provincial, 2 y 3 del Cód. Civil; 11 y 49 ap. 5 de la ley 24.557 y 163 inc. 5 del C.P.C.C., así como en la ley 26.773 y los Decretos 1694/09; y 472/14), propicié que para liquidación de las prestaciones de la LRT se debían aplicar en

forma inmediata las mejoras efectuadas por decretos o leyes modificatorias, dando cuenta de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en ejercicio del control jurisdiccional difuso de legalidad ("DIAZ GLADYS ELIANA C/ COOPERATIVA COPELCO S/DESPIDO" (Expte. Nº 309108/4), sent. del 19 de mayo del 2006); de la aplicación del dec. 1694/09, declarando la inconstitucionalidad del art. 16 del mismo ("BASUALDO HORACIO ALFREDO C/PREVENCION ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. Nº 391051/9 sent. del 24 de mayo del 2011); y de igual manera, en relación a la ley 26.773, declarando la inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5 a los efectos ("FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/CONSOLIDAR ART S.A. S/RECURSO ART.46 LEY 24557" (Expte. Nº 413.572/10 sent. del 19 de septiembre del 2013), así como, la procedencia del adicional del 20% del art. 3° de la última norma citada, sin que tal interpretación implicara aplicación retroactiva de las normas, ni que en ello se afectara el derecho de propiedad de la ART obligada por prestaciones, y a cuyos análisis y fundamentos dados me remito por razones de brevedad.

Que tal criterio fue el mayoritariamente seguido en esta cámara respecto a la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio y a la aplicación inmediata de la normativa de ajuste de la LRT aún a relaciones o situaciones jurídicas, y comprensivo de ellas, la cuantificación del daño, como se puede observar en la causa citada en último término (sala III, Dr.Ghisini), y en los autos "MENDEZ JUAN AGUSTIN C/ CONSOLIDAR ART.S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (EXP Nº 377393/8), (Sala I, Dr. Pascuarelli), y "FUENTES CRISTIAN GILBERTO C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO", (Expte.Nº 412674/10), (sala II, Dra. Clerici), y ello conforme lo sostenido por la C.S.J.N. en la causa "Camusso, Vda. De Marino Amalia c/Perkins S.A." (21.05.76 - Fallos 294:44).

Ello, en razón de la evidente y confiscatoria desactualización de las tarifas fijadas tras el transcurso de casi diez años y el rigor inmediato de la ley a créditos aún no cancelados, en el marco del art. 3 del Cód. Civil, entendiendo que ello contradecía la normativa de transición referida a los propios motivos de urgencia económica y excediendo la expresa delegación legislativa formulada en el art. 11 inc. 3 de la LRT, ya que el PEN, autoridad reglamentaria, debía solamente determinar la mejora correspondiente de las prestaciones de acuerdo a las circunstancias económicas generales, y que de ninguna manera podía condicionar su entrada en vigencia, postergando aún más la recomposición de las indemnizaciones por incapacidad de los trabajadores damnificados.

Que conforme a lo hasta aquí expuesto, a poco de analizar el cuestionamiento que aquí formula el actor, se advierte que coincide con la materia recientemente decidida 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).

Que resulta clarificador aquello sostenido por la CSJN respecto a los alcances de lo decidido en "Calderón", "Arcuri Rojas" y "Camusso" considerado en oportunidad en que se sentenciara por la inconstitucionalidad de la limitación temporal del Decreto 1694 y la Ley 26773, respecto de infortunios acaecidos con anterioridad a su vigencia:

"6°) Que esta Corte se expidió recientemente sobre conflictos como el aquí planteado en casos en los que estaba en juego la aplicación del decreto 1278/2000.

En el caso "Lucca de Hoz" (Fallos: 333:1433) la viuda del trabajador fallecido en un accidente laboral le imputaba arbitrariedad a un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo argumentando, entre otras cosas, que esta había incurrido en una grave omisión al no reconocerle la prestación adicional de suma fija de $ 50.000 incorporada al régimen de reparación por el decreto 1278/2000.

El Tribunal descartó tal agravio remitiéndose a los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal que hizo hincapié en que dicho decreto "no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos que dieron motivo al reclamo", y en que, al respecto, la Corte tenía dicho que: "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)".

Cabe destacar que la reseña de pronunciamientos efectuada en el dictamen —para descartar la aplicación retroactiva del decreto 1278/2000— dio cuenta de una postura que invariablemente había adoptado el Tribunal al pronunciarse acerca de los conflictos inter-temporales que suscitaron las sucesivas reformas legales del régimen especial de reparación de los accidentes y enfermedades del trabajo".

"7°) Que, sin perjuicio de ello, en la causa CSJ 915/2010 (46-C)/CS1 "Calderón, Celia Marta c. Asociart ART. S.A. s/ accidente" (sentencia del 29 de abril de 2014), al descalificar un fallo del superior tribunal mendocino, esta Corte señaló que frente a circunstancias como las que allí se verificaban, consistentes en que el accidente que daba origen al reclamo había ocurrido con anterioridad al dictado del decreto 1278/2000 pero la declaración del carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente derivada del infortunio había acontecido cuando ya regía el incremento de las indemnizaciones dispuesto por dicho decreto, los jueces debían otorgarle un adecuado tratamiento al planteo de la parte actora que perseguía la percepción de ese incremento.

Amén de señalar que dichas circunstancias diferenciaban a este caso de aquellos en los que todas las consecuencias dañosas de un infortunio se producían inmediatamente, como acontecía con el accidente fatal de la causa "Lucca de Hoz", el Tribunal puntualizó: (1) que la norma del art. 19 del decreto 1278/2000 —al limitarse a indicar la fecha en la que este decreto entraría en vigencia— no había fijado una pauta suficientemente clara acerca de la aplicación temporal de las disposiciones que incrementaban las prestaciones indemnizatorias de la ley de riesgos; (2) que ello había dado lugar a planteos basados en que no mediaba una aplicación retroactiva de la nueva normativa si esta era tenida en cuenta para reparar incapacidades que adquirieron carácter definitivo con posterioridad a su entrada en vigencia; y (3) que tales planteos —atinentes a la interpretación del citado art. 19— debían examinarse desde una perspectiva que tuviera en cuenta que el decreto de necesidad y urgencia en cuestión, según sus propios considerandos, perseguía fines "perentorios e impostergables", y procuraba dar respuesta a la necesidad de mejorar el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo "de inmediato" (cfr. punto III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que la Corte se remitió).

Por otra parte, no puede soslayarse que, como se desprende de los antecedentes jurisprudenciales mencionados en el caso "Calderón", entre los planteos atinentes a la aplicación temporal de las modificaciones introducidas en el año 2000 al régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo figuraba el de la invalidez constitucional del art. 8° del decreto 410/2001 que reglamentó el art. 19 del decreto 1278/2000 procurando establecer qué contingencias quedarían regidas por dichas modificaciones. El planteo de inconstitucionalidad se basaba en que ante el silencio del citado art. 19 correspondía aplicar las reglas del art. 3° del código civil —vigente a esa fecha— y dichas reglas no podían ser desvirtuadas mediante un decreto reglamentario (cfr. causa CSJ 624/2006 (42-A)/CS1 "Aguilar, José Justo c. Provincia ART. s/ accidente ley 9688", sentencia del 12 de mayo de 2009).

8°) Que las consideraciones efectuadas en la causa "Calderón" en modo alguno pueden ser tenidas en cuenta para la solución del sub lite, pues en este caso no cabe duda de que: a) la propia ley 26.773 estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias; y b) ante la existencia de estas pautas legales específicas quedó excluida la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes.

La simple lectura de los textos normativos reseñados en el considerando 5° de este pronunciamiento basta para advertir que del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: (1) aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara "actualizados" a esta última fecha; y (2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice. Y que del art. 17.5 también se desprende claramente que estos nuevos importes "actualizados" solo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación 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.

9°) Que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado, como lo hizo el a quo, mediante la

dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad.

Por lo demás, tampoco es posible justificar tal apartamiento acudiendo a la doctrina de los precedentes “Arcuri Rojas” y “Camusso” (Fallos: 332:2454 y 294:434, respectivamente), mencionados por la parte actora al solicitar la aplicación de las disposiciones de la ley 26.773 que aluden a la actualización por el índice RIPTE (fs. 540/547), pues las circunstancias del sub examine difieren notablemente de las tratadas en aquellos casos.

10) Que, en efecto, en el caso “Arcuri Rojas” se invocaba un derecho de naturaleza previsional, el derecho a una pensión que la actora reclamaba con motivo de la muerte de su esposo; y para reconocer ese derecho, que no encontraba sustento en la ley de jubilaciones y pensiones vigente a la fecha del deceso, la Corte, siguiendo un criterio que ya había adoptado ante situaciones similares (Fallos: 308:116 y 883; 312:2250), tuvo en cuenta un texto legal posterior más favorable a fin de evitar que la viuda quedara en una situación de total desamparo. Fue dentro de ese muy específico contexto que el Tribunal sostuvo que hubiera sido vano el esfuerzo del legislador para cumplir con la obligación impuesta por los tratados de derechos humanos de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales si por vía interpretativa se sustraía de esa evolución a quien hubiera quedado absolutamente desamparada en caso de aplicarse la legislación anterior que establecía un menor grado de protección (Fallos: 332:2454, considerandos 12 a 15).

Esa situación de total desamparo no se verifica en el caso de autos.

Por el contrario, es un dato no controvertido que las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo vigentes al momento del infortunio contemplaban el pago de una prestación dineraria destinada a reparar el daño ocasionado por la incapacidad laboral que el hecho provocó. Prestación a la que, incluso, la cámara le adicionó intereses desde la fecha del accidente en el entendimiento de que, de acuerdo con el “principio general de las obligaciones civiles”, los perjuicios sufridos por el actor por no tener a su disposición el capital desde ese momento podían compensarse mediante la imposición de tal tipo de accesorios.

11) Que tampoco guardan analogía con este caso las cuestiones tratadas en la causa “Camusso” (Fallos: 294:434).

Lo que allí estaba en juego era la aplicación de la ley 20.695, dictada en julio de 1974, que dispuso que los créditos laborales demandados judicialmente serían actualizados mediante los índices oficiales de incremento del costo de vida. A diferencia de la ley 26.773, la ley 20.695 establecía que su normativa sería aplicable “incluso a los juicios actualmente en trámite, comprendiendo el proceso de ejecución de sentencia y cualquiera sea la etapa en que se encuentre”. Y lo que, en definitiva, la Corte resolvió en aquella causa fue que la actualización con arreglo a la ley 20.695 de un crédito cuyo importe había sido establecido mediante una sentencia firme, pero estaba pendiente de pago, no implicaba una alteración sustancial de la cosa juzgada que menoscabara las garantías constitucionales de propiedad y de la defensa en juicio.

12) Que si bien el a quo no aclaró en qué medida podría incidir el decreto 1694/2009 en la solución del presente caso, 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.

En tales condiciones, corresponde descalificar el fallo apelado con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias mencionada en el considerando 3°”.

Más reciente, 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 fallo mayoritario que se sigue la interpretación de la Corte Cimera en relación a la vigencia temporal de la ley especial, desarrolla:

“… 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. …”

En consecuencia, le asiste razón al juez de grado que habiendo entrado en rigor el 26.10.2012 y el 06.11.2009, en ambos casos luego de su publicación en el Boletín Oficial, la Ley 26773 y el Dec. 1694/09, y tratándose de una incapacidad parcial y permanente derivada de una enfermedad profesional cuya primera manifestación se exterioriza el 24.10.2005, conforme denuncia y

requerimiento de intervención del organismo administrativo (fs. 3/7), no corresponde aplicar en el caso las previsiones de las normas citadas, procediendo fijar la prestación dineraria reclamada conforme lo regulado por el Dec. 1278/2000, vigente a aquella fecha, tal como además fuera invocado al demandar (fs. 29).

Conforme lo expuesto, la cuantificación de las prestación dineraria que corresponde al actor será el resultado de adoptar el monto que surja de la fórmula del art. 14 inc. 2- a) de la Ley 24557, que en el caso difiere de la establecida en la sentencia de grado, considerando la modificación del porcentaje de incapacidad y el valor IBM: $2.257,53 x 53 x (65:43) x 24,99% = $45.198,14.

Que como se comprueba el valor obtenido supera aún el mínimo garantizado por el Dec. 1694/09 de $ 44.982 ($180.000 x 24,99%).

Que el importe devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A. desde el 24.10.2005 hasta el 31.07.2015 y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina efectivo pago, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar aquella hasta que la última sea publicada.

IV.- En relación a las costas, se habrá de confirmar las devengadas en la instancia de grado a la parte demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921) mientras que las de Alzada se impondrán en el orden causado, considerando el cambio de postura motivado derivado en el citado antecedente del Máximo Tribunal nacional (arts. 17 Ley 921 y 68, 2da. Parte CPCyC).

V.- Sin perjuicio de la modificación del monto de condena, procede confirmar los honorarios establecidos en porcentajes en la decisión de grado -conforme pautas y límites establecidos en los arts. 6, 7, 8, 9, 10, 20 39 y cc. de la Ley 1594-, fijándose que los devengados en esta Alzada se establecen en el 30% de aquellos (art. 15 de la ley arancelaria) considerando la actividad que hayan cumplido los letrados en equivalente carácter.

VI.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso por la actora, propiciaré al acuerdo hacer lugar a la apelación, modificando el monto de condena a la suma de $55.598,14, fijando los intereses según lo expresado para los rubros individualizados en III-B y III-D, y confirmar la imposición en costas y regulación de honorarios de la instancia de grado, mientras que serán en el orden causado las devengadas en la Alzada y la retribución profesional conforme el art. 15 de la 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.- Modificar la sentencia dictada a fs. 503/509, elevando el monto de condena a la suma de PESOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO CON CATORCE CENTAVOS ($55.598,14), con más los intereses según lo expresado para los rubros individualizados en III-B y III-D, de conformidad a lo explicitado en los

Considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Confirmar la imposición de costas y regulación de honorarios establecidas en la instancia de grado.

3.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, 2° apartado del 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 a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"MORENO RAUL ALBERTO C/ DEMASI LUCIA BEATRIZ S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 457842/2011) – Sentencia: 122/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO DIRECTO. COMUNICACION DEL DESPIDO. INVARIABILIDAD DE LA CAUSA. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. REGISTRACION DE LA RELACION LABORAL. LIBROS DEL EMPLEADOR. INDEMNIZACION POR DESPIDO. MULTA. DESPIDO SIN CAUSA.

1.- Resulta injustificado el despido directo que la empleadora dispusiera invocando “mal desempeño en sus funciones” y “no haber entregado la suma de $563 correspondiente a mi ganancia”, si no se expresó con claridad cuáles eran las imputaciones al trabajador, pecando de imprecisa la inicial notificación, aún improcedente la posibilidad de ampliar las causales que se pretende en la posterior comunicación, y de la prueba colectada no se acredita la conducta de generar inconvenientes por maltrato en la base, “haber siniestrado en dos oportunidades el vehículo” y que por ello no fuera posible usarlo por una semana para ser reparado en un taller. Ello así por cuanto la injuria debe ser expuesta con claridad y su contemporaneidad de ninguna manera puede ser vislumbrada en las declaraciones testimoniales durante el proceso judicial, con lo que indudablemente ha afectado el derecho de defensa del trabajador y viola el art. 243 de la ley 20744.

2.- Frente al incumplimiento de la expresa intimación que se le dirigiera a la demandada bajo los apercibimientos del art. 21 de la Ley 921, que remite al art. 38, resulta que ante la omisión constatada de exhibir libros, registros o planillas obligatorias (arts. 52 y 54 LCT), al haber el trabajador formulado declaración jurada de su salario, estimo procedente adoptar el alegado por la suma de $3.900,00.

3.- Procede aplicar la multa del art. 2° de la Ley 25323, si el actor reclamo el pago en la forma que exige la norma y al tiempo de promover esta acción no había recibido las indemnizaciones cuya procedencia fue acreditada.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de julio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MORENO RAUL ALBERTO C/ DEMASI LUCIA BEATRIZ S/ COBRO DE HABERES”, (JNQLA1 EXP Nº 457842/2011), venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Cecilia PAMPHILE, por apartamiento del Dr. Fernando Marcelo Ghisini con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que la parte actora interpone apelación contra la sentencia definitiva del 14 de diciembre de 2016 (fs. 199/204), expresando agravios a fs. 208/210.

Cuestiona que el juez de grado haya estimado la remuneración mensual en base a una interpretación errónea de los arts. 142 de la LCT y 38 de la Ley 921, conforme a que ante la falta de presentación de libros obligatorios y planillas de registro diario de recaudación, debiéndose aplicar las presunciones establecidas en los arts. 52 y 55 de la LCT y tener por válido el monto denunciado por su parte.

Sustanciado el recurso con la demandada responde a fs. 228/229; pide su rechazo por no cumplir con los recaudos del art. 265 del CPCyC, y resalta que su parte también se ha agraviado por el razonamiento contenido en la sentencia denunciando la falta de sustento en las constancias de la causa para fundar la duplicación de la jornada y salario, remitiéndose a lo allí expresado.

II.- Que la demandada también apela el pronunciamiento definitivo (fs. 213/225), solicitando se lo deje sin efecto, con costas.

Luego de realizar una reseña de los antecedentes relevantes de la causa y como cuestión preliminar plantea que al decidir se ha incurrido en arbitrariedad, incongruencia y parcialidad, al presuponerse hechos que no han sido corroborados con prueba, y

alejados de la realidad atento a que el actor incurrió en un mal desempeño de sus funciones, la jornada no era completa y que el taxi recaudaba cuando el actor lo manejaba, e injustificado un ingreso como el presupuesto por el a quo.

En primer punto destaca que su parte fue precisa en su responde respecto a la jornada y en su caso fue el actor el que no cumplió con la exigencia del inc. d) del art. 20 de la Ley 921, no pudiendo aplicársele un apercibimiento o una presunción por no haber ido más allá de lo realizado por éste en su propia demanda.

En segundo agravio, respecto al salario cuestiona la valoración de la prueba por la que se lo duplica sin considerar que el actor no desconoció los recibos que presentara, las planillas de rendición diaria de los días de agosto de los cuales surge la recaudación diaria del taxi, cuando no existe obligación legal de conservar las anteriores, y las conclusiones de la pericial contable no fueron impugnadas por aquel.

Respecto del despido, critica que el sentenciante haya realizado una lectura tergiversada de la prueba y de la conducta asumida por las partes, con clara parcialidad, desconociendo la carta documento que remitiera en respuesta a los telegramas del actor, quien tuvo conocimiento de los hechos que se le endilgaron, el despido y sus razones válidas; que fueron descalificados los testimonios que aportara respecto al desempeño del trabajador respecto a la queja de una persona transportada, el choque con otro vehículo, y la falta de rendición de sumas percibidas.

Subsidiariamente se agravia porque se falla extra petita en el rubro días descontados de julio, y que el trabajador al practicar planilla en su demanda reclama por dicho rubro una suma inferior, incluso cuando se menciona 10 días de julio de 2009 cuando se trata del 2011; que no procede la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25323 atento a que surge que su parte ha sido coherente desde el principio al fin de la relación y en los términos del art. 63 de la LCT, por lo que bien pudo considerarse con derecho a litigar al haber tenido motivos suficientes para despedir, y en su caso, disminuirse su monto.

Sustanciado el recurso (fs. 226), el actor responde a fs. 230/232; solicita se rechace con costas.

III.- Entrando al estudio de las cuestiones traídas a entendimiento resulta que llega firme a esta Alzada la relación habida entre las partes y la modalidad de trabajo regidas por el CCT 584/08 que alcanza a la actividad del Servicio de Automóviles de Alquiler con Taxímentro y a los choferes no titulares de vehículo o de licencias que los conducen, denominados “peones de taxi”, quienes perciben un porcentaje de la recaudación diaria (30%).

Que la sentencia en crisis hace lugar a las diferencias de haberes en base a la remuneración que calcula luego de reconocer que el actor cumplía una jornada completa, así como las indemnizaciones derivada del distracto, por antigüedad, mes integración, preaviso, aguinaldos, vacaciones proporcionales y la multa del art. 2 de la Ley 25323, considerando el ingreso de fecha 06.04.2011 y egreso con motivo del despido directo dispuesto por la empleadora conforme carta documento del 15.08.2011 (fs. 35), estableciendo la falta de acreditación de su causa.

Que por razones metodológicas, se habrá de abordar en primer punto lo postulado por la demandada respecto del despido y la procedencia de las indemnizaciones, para finalmente analizar la crítica común respecto al procedimiento para determinar la remuneración del actor que incide en la cuantificación de la totalidad de los rubros.

A.- Que controvertida la causa del distracto directo que la empleadora dispusiera invocando “mal desempeño en sus funciones” y “no haber entregado la suma de $563 correspondiente a mi ganancia”, el juez de grado calificó de “vagas e imprecisas las causales” e improbado de “dónde provendría el faltante de dinero” (fs. 4).

Que el artículo 243 de la Ley de Contrato de Trabajo establece expresamente: “Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido. El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas.” (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. j de la Const. Prov.; 242 de la L.C.T.; y 37 y 386 del C.P.C.C.).

Atento la información expuesta frente a los agravios vertidos por la accionada, considero que deberá confirmarse el decisorio impugnado, principalmente, por cuanto no se expresó con claridad cuáles eran las imputaciones al trabajador, pecando de imprecisa la señalada inicial notificación (fs. 4), y aún improcedente la posibilidad de ampliar las causales que se pretende en la posterior comunicación (fs. 35), de la prueba colectada no se acredita la conducta de generar inconvenientes por maltrato en la base, “haber siniestrado en dos oportunidades el vehículo” y que por ello no fuera posible usarlo por una semana para ser reparado en un taller.

Que la injuria que debe ser expuesta con claridad y su contemporaneidad de ninguna manera puede ser vislumbrada en las declaraciones testimoniales durante el proceso judicial, e indudablemente ha afectado el derecho de defensa del trabajador y viola la norma explicitada.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido: “De conformidad al art. 243 de la ley 20744, frente a la denuncia con justa causa, ni el empleador despido directo, ni el trabajador despido indirecto, podrán invocar en juicio, otros motivos o causas de disolución de los que debieron haber sido indicados claramente en la inexcusable comunicación escrita de denuncia, no cabe admitir como motivo de ruptura, un hecho que no fue objeto de comunicación por escrito, ni tampoco puede examinarse en juicio, causas no incluidas en la comunicación del distracto. La ratio legis del art. citado, no es otra cosa que la de evitar la indefensión del trabajador por desconocimiento de las causas en que el despido fuera fundado.” (Referencia Normativa: Ley 20744 20-09-74 Art. 243, Catsl2 Rs, L000 473 Rsd-31-00 S Fecha: 28/04/2000, Juez: Veron, Osvaldo A. (sd), Caratula: Borda Santos Mariano C/ Bechara S.a. Y/o Quien Resulte Responsable S/ Despido, Etc., Mag. Votantes: Verón, Osvaldo A. - Rodríguez De Dib, Martha C.-LDT).

Finalmente, el agravio tampoco permite considerar que se haya evidenciado prueba que permita vincular al trabajador con la única causa especificada, consistente en la retención de sumas de dinero.

En conclusión, procede la confirmación de la decisión de grado en este punto, y la procedencia de los rubros indemnizatorios derivados del despido directo incausado.

B.- Atendiendo a la cuestión vinculada con la jornada y su retribución en que las partes insisten en sus postulados ante esta Alzada, resulta que la controversia es dirimida por el juez de grado teniendo por acreditado que las labores fueron cumplidas por el actor en jornada completa, y no por media como sostiene la empleadora; en consecuencia, ante la ausencia de tickets de los viajes realizados y que el dictamen pericial refiere recibos anejos a la causa, e invocando la facultad conferida por los arts. 142 LCT y 38 Ley 921, determina el salario duplica la consignada en los recibos.

Que vale recordar que el día 15.08.2011 (fs. 2) durante la vigencia de la relación laboral tales elementos del contrato de trabajo habían sido materia de reclamo por el actor denunciando que en los recibos de sueldos se consignaba un básico inferior, el cumplimiento de una jornada completa con franco el día lunes, exigiendo el pago del porcentual del 30%, que conforme los términos de la respuesta emitida por carta documento de fecha 27.08.2011 –fs. 35- no mereció reparos, objeción ni que se expidiera acerca de los exactos términos en que se desarrolló el vínculo.

Luego, ante la denuncia del real sueldo mensual de $3.900 prestando formal juramento en los términos del art. 38 de la Ley 921 (fs. 9/11vta), e intimada la demandada a presentar la documentación laboral y de registración obligatoria que se detalla a fs. 11 y vta. en el plazo de cinco días bajo apercibimiento de lo establecido en el citado artículo y el art. 21 de la misma ley (28.08.12 - fs. 68, notificada a fs. 95/96), la misma no fue aportada a la causa ni puesta disposición del perito contador designado (fs. 163/166).

Que el art. 38 de la Ley 921 estipula que “Cuando en virtud de una norma convencional o legal exista la obligación de llevar libros, registros o planillas y -a requerimiento judicial- no se los exhiba o los exhibidos no reúnan los requisitos legales, convencionales o reglamentarios, se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor que en ellos debían constar, salvo prueba en contrario, si mediara declaración jurada del actor sobre ellos.

Acreditada la relación laboral, cuando se controvierta el monto o la percepción de las retribuciones, la prueba contraria a las reclamaciones del actor estará a cargo del empleador. Si éste no la alegara a o fuera insuficiente, se estará a los dichos del actor, pudiendo el juez apartarse de los mismos, si fuese manifiesta la desproporción en las prestaciones. La falta de libros en legal forma o de correlación en sus asientos con respecto a los recibos que presentaren las partes, constituirá presunción suficiente para facultar al juez a apartarse del contenido de éstos, aunque su firma se hubiera reconocido judicialmente, si mediara impugnación de aquél en dicho acto”.

Que las omisiones reseñadas resultan relevantes atento la principal actividad de la accionada consistente en la explotación de una licencia de transporte de pasajeros y al no existir controversia en que el actor era el único chofer que se desempeñaba diariamente, y para concluir en la improcedencia de considerar los recibos y las tres planillas de liquidación acompañadas a los fines del abordaje de los agravios, y el resultado de la pericial contable derivado de aquellos.

Que tampoco el contenido de los testimonios, que la recurrente considera insuficientemente evaluados, permiten inferir el exacto horario laborado y la retribución del actor, atento a que mientras la agencia donde se receptan los pedidos de viajes afirma que nada puede decir qué días trabajaba y ni sobre la recaudación del vehículo porque depende de las horas que decida el dueño (Ríos, fs. 81) mientras que la otra declara sólo en base a los dichos o comentarios de la demandada (Paz, fs. 83), cuando toda limitación como la pretendida estaba a su cargo acreditar.

Que en definitiva, frente al incumplimiento de la expresa intimación que se le dirigiera a la demandada bajo los apercibimientos del art. 21 de la Ley 921, que remite al art. 38, resulta que ante la omisión constatada de exhibir libros, registros o planillas obligatorias (arts. 52 y 54 LCT), al haber el trabajador formulado declaración jurada de su salario, estimo procedente adoptar el alegado por la suma de $3.900,00.

Al respecto, la Ley de Contrato de Trabajo en su Art. 55 prescribe que “La falta de exhibición o requerimiento judicial o

administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de contralor previstos por los artículos 52 y 54 será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus causa-habientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos", también por su art. 56 faculta a los jueces a que "En los casos en que se controvierta el monto de las remuneraciones y la prueba rendida fuera insuficiente para acreditar lo pactado entre las partes el Juez podrá, por decisión fundada, fijar el importe del crédito de acuerdo a las circunstancias de cada caso", y sobre el particular la Corte Nacional ha explicitado que:

"Aunque los artículos 55 y 56 de la LCT y 165 del Cód. Procesal crean una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador y facultan a los magistrados a fijar el importe del crédito de que se trata, ello se debe hacer por decisorio fundado" (conforme CSJN, junio 26-991, en T y SS, 1991-982).

Por lo expuesto, se habrá de rechazar el agravio de la demandada y receptar el del actor, en cuyo merito se calcularán los rubros admitidos en la sentencia de grado que llegan firmes conforme una remuneración de $3.900, para justipreciar aquellos de la siguiente manera: Indemnización por antigüedad, preaviso y su SAC, mes integración: $3.900, $4.225 y $1.950; Vacaciones proporcionales: $813,00; SAC proporcional: $1.659, y las diferencias de haberes devengadas entre los meses de Abril y julio de 2011: $11.920 ($3.900 – $920 = $2.980 x 4).

D.- Finalmente respecto a la procedencia de la multa del art. 2° de la Ley 25323, además de que el actor reclamo el pago en la forma que exige la norma (fs. 3), lo cierto es que al tiempo de promover esta acción no había recibido las indemnizaciones cuya procedencia fue acreditada, y con ello, el incumplimiento por parte de la demandada, que es el presupuesto de la sanción.

Así como que, a tenor del análisis desarrollado a los fines de dirimir la controversia derivada de la oposición de la empleadora, resulta inadmisible justificar que se haya concretado con el convencimiento de que era lo que correspondía, a los fines de considerar la eximición total o parcial de la multa.

Que finalmente, y en atención a la modificación de los conceptos indemnizatorios establecidos en el punto B, concretamente por antigüedad, preaviso y mes integración (arts. 245, 232 y 233 LCT), procede recalcular el monto de la multa que asciende a $5.037,50 (50% de 10.075,00).

IV.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recursos, propiciare al acuerdo rechazar la apelación de la demandada, y confirmando en su mayor parte el fallo recurrido, elevar el monto de la condena a la suma de $29.504,50, con más los intereses establecidos en aquel cuya tasa y cómputo llegan firmes.

Las costas en la alzada se impondrán a cargo de la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921), a cuyo efecto se regulan en el 30% y 25% los honorarios de los profesionales que intervinieron por la actora y la demandadaen el mismo carácter, y respectivamente (art. 15 de la Ley Arancelaria).

TAL MI VOTO.

La Dra. Pamphile dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Confirmar en su mayor parte la sentencia de grado del 14 de diciembre de 2016 (fs. 199/204), elevando el monto de condena a la suma de $29.504,50, con más los intereses establecidos en aquella, cuya tasa y cómputo llegan firmes.

2.- Imponer las costas en la Alzada a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921).

3.- Los honorarios se regularán en el 30% y 25% de los profesionales que intervinieron por la actora y la demandada en el mismo carácter, y respectivamente (art. 15 de la Ley Arancelaria).

4.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Cecilia Pamphile - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"CAMPOS PABLO FERNANDO C/ COPA 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.: 461655/2011) – Sentencia: 124/17 – Fecha: 25/07/2017

DERECHO LABORAL: Derecho colectivo del trabajo.

ASOCIACIONES SINDICALES DE TRABAJADORES. ESTABILIDAD SINDICAL. DELEGADO SINDICAL. DESPIDO. INDEMNIZACION POR ESTABILIDAD GREMIAL. OBRERO DE LA CONSTRUCCIÓN. DISIDENCIA.

1.- En tanto en el caso no se concreta el presupuesto del citado art. 51 de la ley 23551, atento a que en la comunicación del despido no se invocó una justa causa, ni obviamente que fuera la culminación de la obra ni otro dato que permitiera inferir que se trataba de una decisión general con alcance a todos los empleados contratados, quedó configurada la conducta antisindical y discriminatoria que habilita al trabajador a reclamar la indemnización prevista conforme el cuarto párrafo del art. 52 de la Ley 23551. (del voto del Dr. Medori, en mayoría).

2.- El bien jurídico protegido por la ley 23551 es la libertad en el ejercicio de las representaciones sindicales, y en el caso se han comprobado los presupuestos que hacen viable la indemnización prevista en su art. 52, derivando impropio negar la afectación a la estabilidad gremial al delegado de obra cuando al comunicársele el despido no se le informó que la obra culminaba, omitiendo todo tipo de causa, y al pretender revocarlo, fuera de todo plazo razonable, no se alcanza acuerdo alguno a tal fin. (del voto del Dr. Medori, en mayoría).

3.- No es dudoso que los trabajadores, delegados de obra, carecen de estabilidad gremial y pueden ser despedidos cuando la empresa dispone, en razón de la terminación de la obra para la que fueron contratados, el distracto también, y con carácter general, de todo el personal asignado a la misma (artículo 51 de la ley 23.551). Se trata pues, del ejercicio legítimo de facultades que la ley acuerda a la empresa al finalizar la obra (asimilada en este caso al establecimiento) y que racional y lógicamente, se oponen a la pretensión de tutela sindical. Los actores, revestían el carácter de delegados de obra y no de empresa, lo que supone que la tutela legal cede ante la terminación de la obra. La representación del personal asumida por los delegados de obra, cesa cuando no existen trabajadores a quien representar porque fueron despedidos justamente por finalización de la misma. Las circunstancias apuntadas y acreditadas fehacientemente, tornan improcedente el reclamo por falta de los presupuestos fácticos que habilitarían, la indemnización por estabilidad gremial reclamada en los términos del art. 52 de la Ley N° 23.551. (del voto del Dr. Ghisini, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de julio de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CAMPOS PABLO FERNANDO C/ COPA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, (JNQLA2 EXP Nº 461655/2011), 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. Ghisini dijo:

I.- Vienen estos autos a consideración de la Alzada para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fs. 127/130 vta., a tenor de los agravios vertidos a fs. 135/136, cuyo traslado fue contestado por la contraria a fs. 139/141, solicitando su rechazo con costas.

II.- En su recurso, manifiesta en primer lugar, que la jueza de grado ha efectuado una errónea aplicación del art. 51 de la Ley N° 23.551, ya que dicho artículo se refiere a la dispensa de la estabilidad del empleo de un representante sindical en una situación de cesación o suspensión general de tareas, extremo que como fuera acreditado con las testimoniales y reconocido por la demandada, no fue el supuesto fáctico del proceso, siendo que la obra continuó un tiempo posterior al despido de su representado.

Interpreta, que la situación de autos encuadra en el supuesto previsto en la segunda parte del art. 51 de la Ley N° 23.551.

Indica, que no se contempló como prueba el documento aportado en autos, relativo al relevamiento o inspección de obra, realizado en fecha 18/08/2011 que acreditaba la continuidad de la misma.

Menciona, que en respuesta al TLC remitido por su mandante, la demandada en forma maliciosa contestó mediante carta documento del Correo Argentino del 29/08/2011, que al momento de remitir las comunicaciones de despido por finalización de obra, fue inadvertida su calidad de subdelegado de obra.

En segundo lugar, se agravia por la interpretación restrictiva que la a quo hace del artículo 95 del CCT 776/75, limitativa como anacrónica de la libertad sindical, supuesto éste que ha sido superado por los preceptos normativos de la Ley posterior en referencia a los presupuestos y fundamentos consagrados por la Ley 23.551 y su decreto reglamentario 467/88.

Entiende, que el sostenimiento jurisprudencial de dicho precepto implicaría el vaciamiento del concepto vigente de tutela sindical, dejando sin representación sindical a los trabajadores que continúan en la obra.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debo decir que, como principio general, cuando la representación gremial está ligada a una actividad y obra determinada, su culminación provoca la finalización del mandato y de la estabilidad gremial correspondiente.

Ello es así, toda vez que la finalización de la obra en la que se desempeñaba el subdelegado gremial lleva implícita –si el mandato ha sido otorgado por y durante el período que ella insume- el cese de la representación y de la consiguiente estabilidad gremial invocada.

En la industria de la construcción, teniendo en cuenta el régimen especial que regula sus relaciones laborales, la finalización de la obra es equiparable a la "cesación de actividades en el establecimiento", en los términos dispuestos por el art. 51 de la Ley 23.551, por lo que ante aquella circunstancia el subdelegado gremial no puede alegar su derecho a la estabilidad en el empleo, o a la percepción de la indemnización especial prevista en la ley citada.

En tal sentido, la jurisprudencia ha dicho: “Si la presentación gremial está ligada directa y exclusivamente a una obra determinada, la finalización de esta última provoca el fin del mandato y de la estabilidad correspondiente, dadas las características de la actividad.” (CNAT Sala 6, Sentencia 22-11-1989, Juez JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID CAMPANELLA, HECTOR OSCAR c/ CONIPER S.A. s/ LEY 22250 MAG. VOTANTES: JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID - RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS).

Otro: “Producido el despido del delegado gremial en una obra del empleador por finalización de la misma, situación que en el caso equivale al cierre del establecimiento (art. 54, ley 22105), aquél no puede invocar la estabilidad en el empleo ni tiene el principal obligación de reubicarlo” (SCBA, L 40789 S 17-10-89, Juez RODRIGUEZ VILLAR (SD)Cicero, Miguel Angel c/Beca S.A. s/Indemnización art. 54, ley 22105 AyS 1989-III, 743 MAG. VOTANTES: RODRIGUEZ VILLAR - SALAS - CAVAGNA MARTÍNEZ - NEGRI – MERCADER).

Por último: “Acreditado que la extinción de la relación laboral de los trabajadores se produjo por finalización de la obra para cuya ejecución habían sido contratada, según el régimen de la ley 22250, conforme al art. 51 de la ley 23.551 vigente a la fecha del distracto, éstos carecen de acción para reclamar por el cobro de indemnización por violación de la garantía de estabilidad sindical.” SCBA, L 47335 S 20-11-91, Juez RODRIGUEZ VILLAR (SD) Quintanilla Lazo, Luis Ramón c/ Proalistar S.A. s/Despido ED 150, 249 - DJBA 143, 26 - AyS 1991-IV, 224.-MAG. VOTANTES: RODRIGUEZ VILLAR - SALAS - LABORDE - MERCADER – VIVANCO.

Dentro del marco expuesto, es que corresponde analizar si en el caso concreto hubo motivos serios y atendibles para que la empleadora deba respetar la estabilidad gremial del Sr. Pablo Fernando Campos y, en su caso, ante el despido del mismo, deba abonar las indemnizaciones que a tal fin estatuye el art. 52 de la Ley N° 23.551.

En autos si bien el actor fue despedido con anterioridad al cese definitivo de la actividad que se desarrollaba hasta ese momento en la obra, la empleadora, advirtiendo que detentaba el cargo de subdelegado gremial, lo reincorpora hasta la finalización de la obra.

Consecuentemente, el actor no puede ser acreedor de las indemnizaciones por estabilidad gremial consagradas por el art. 52 de la Ley 23.551, toda vez que el propio art. 51 de la mentada ley claramente establece: “La estabilidad en el empleo no podrá ser invocada en los casos de cesación de actividades del establecimiento o de suspensión general de tareas del mismo...”.

Si bien, el apelante pretende encuadrar su situación en la segunda parte del artículo mencionado, que dice: “Cuando no se trate de una suspensión general de actividades, pero se proceda a reducir al personal por vía de suspensiones o despidos y deba atenderse al orden de antigüedad, se excluirá para la determinación de ese orden a los trabajadores que se encuentren amparados por la estabilidad instituida en esta ley”, considero que ello no es viable, máxime cuando ha quedado debidamente acreditado en la causa que la empresa reincorporó al trabajador durante el escaso tiempo que faltaba para finalizar la obra (algo más de dos semanas), y le reconoció los salarios caídos, los que fueron abonados hasta el cese de la obra.

A su vez, con los testimonios rendidos en la causa se ha logrado acreditar los extremos fácticos invocados por la demandada, esto es que el cese de la relación laboral ha sido como consecuencia de la culminación de la obra llevada a cabo por COPA S.A. y no como consecuencia de una actitud antisindical de la empleadora.

Así, al declarar la Sra. Mariela Noemí Manriquez (fs. 77 y vta.) expresó: “el actor realizaba trabajos de albañilería en Copa SA, en una obra en El Chañar.

La obra estaba finalizando y se iba despidiendo prorrateadamente a la gente, dentro de la primera tanda de despidos fue despedido el actor, sin darse cuenta de que era subdelegado. Ya no se necesitaba trabajo de albañilería, estaban con las terminaciones por eso se despidió a esa tanda de gente, es decir los albañiles. Reciben una cd del actor donde menciona que es subdelegado, al advertirlo lo reincorporaron. Fue un error reincorporarlo porque no se necesitaban más albañiles. El 1/09/11 se entregó la obra y se dio de baja a todo el personal. Una vez reincorporado el actor no tenía trabajo para realizar, no hacía nada porque estaban trabajando los pintores, los zingueros y los durleros haciendo trabajo de terminación. Se le reliquidaron al actor los días desde que se lo despidió hasta que se lo reincorporó. Se le pago la liquidación el fondo de desempleo. Esto le consta a la testigo porque tiene los depósitos bancarios hacen los pagos a través del banco incluido el pago de fondo de desempleo...”

Y continuó: “Cuando se terminó el trabajo grueso de albañilería se despidió a los albañiles y quedaron los otros oficios de terminación...” Al preguntársele si sabe si el actor se vio a lo largo de la relación laboral estorbado de desarrollar sus tareas como subdelegado? respondió: “No, para nada, ni el delegado ni el subdelegado”.

A su turno, a fs. 78 y vta., el Sr. Morales José Luis (cuñado del actor), declaró: “...El actor dejó de trabajar porque terminó el trabajo, esto lo supone el testigo porque a él lo cortaron así porque se terminó el trabajo...El actor era subdelegado, con los compañeros no tuvo ningún inconveniente para desempeñar su rol como subdelegado...Cree que la empresa no le debe nada a Campos...”.

Por su parte, a fs. 79 y vta., obra declaración testimonial del Sr. Juan Carlos Morales, quién expuso: “EL actor ingreso a trabajar en COPA SA el 1/10/2011 y trabajo allí a los seis meses que lo “cortaron”, pero a la semana lo reintegraron...”

De la prueba testimonial reseñada, surge que el accionante no fue despedido por revestir el carácter de subdelegado gremial, sino que el motivo de su desvinculación fue el cese de las actividades de albañilería en la obra. Si bien, la empleadora al despedirlo en un primer momento no advirtió el carácter de subdelegado del Sr. Campos, al ser informada de tal circunstancia, conforme surge de las declaraciones testimoniales, lo reincorporó hasta el cese definitivo de la obra.

Vale decir, que en el caso bajo estudio, no se dan los presupuestos fácticos que tornan viable la indemnización por estabilidad gremial, pues no se trata de una medida particular tomada por la empresa como represalia contra un delegado gremial, sino que es una medida genérica en función de haber cumplido con el objetivo para el cual estuvo destinada la empresa, en la ejecución de una obra determinada.

Cabe traer a colación, que esta Sala (PS.-2010-T°IV-F°775/778) en un caso similar tuvo oportunidad de expedirse del siguiente modo: “Acreditado que la extinción de la relación laboral de los trabajadores se produjo por finalización de la obra para cuya ejecución habían sido contratados, según el régimen de la ley 22250, conforme al art. 51 de la ley 23.551 vigente a la fecha del distracto, éstos carecen de acción para reclamar por el cobro de indemnización por violación de la garantía de estabilidad sindical”.

También que: “No es dudoso que los trabajadores, delegados de obra, carecen de estabilidad gremial y pueden ser despedidos cuando la empresa dispone, en razón de la terminación de la obra para la que fueron contratados, el distracto también, y con carácter general, de todo el personal asignado a la misma (artículo 51 de la ley 23.551). Se trata pues, del ejercicio legítimo de facultades que la ley acuerda a la empresa al finalizar la obra (asimilada en este caso al establecimiento) y que racional y lógicamente, se oponen a la pretensión de tutela sindical. Los actores, revestían el carácter de delegados de obra y no de empresa, lo que supone que la tutela legal cede ante la terminación de la obra. La representación del personal asumida por los delegados de obra, cesa cuando no existen trabajadores a quien representar porque fueron despedidos justamente por finalización

de la misma".

Las circunstancias apuntadas y acreditadas fehacientemente, tornan improcedente el reclamo por falta de los presupuestos fácticos que habilitarían, la indemnización por estabilidad gremial reclamada en los términos del art. 52 de la Ley N° 23.551.

Por lo que habré de coincidir con la valoración de la prueba testimonial realizada en la instancia de grado, y en consecuencia, propiciare al Acuerdo el rechazo del recurso en todas sus partes, con costas de Alzada a cargo del recurrente vencido.

TAL MI VOTO.

El Dr. Medori dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede y a propiciar que, en mérito a los agravios del actor, se revoque la sentencia de grado y se haga lugar la demanda en todas sus partes, condenando a la accionada al pago de la suma de $ 60.588,80, con más sus intereses desde el distracto de fecha 13 de agosto de 2011, y las costas del juicio.

II.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, procede dejar sentando que no se encuentra controvertido el cumplimiento de uno de los recaudos contenidos en el primer párrafo del art. 52 de la Ley N° 23551, cuando se refiere –por expresa emisión a su art. 40- a los "delegados de personal", atento a el actor fue electo representante gremial por los operarios contratados para una obra denominada como "Obra Ampliación de las oficinas y talleres de pampa energy, ubicada en loma de la lata de la provincia Neuquén", tal como fuera notificada a la autoridad de aplicación laboral (fs. 5) y conforme acta de asamblea de fecha 10.11.2010 (fs. 6).

Que se encuentra admitida como documental un telegrama que le fuera remitido al actor con fecha 13 de agosto de 2011 (fs. 2), comunicándole: "INFORMAMOS A UD. QUE PRESCINDIMOS DE SUS SERVICIOS A PARTIR DEL DIA DE FECHA…. QUEDA UD. DEBIDAMENTE NOTIFICADO. LIQUIDACION FINAL Y CERTIFICACION DE SERVICIOS A DISPOSICION EN LOS PLAZOS DE LEY", y que por el mismo medio telegráfico, el día 18 de agosto de 2011 respondió impugnando el despido, invocó su condición gremial y se consideró despedido ante la injuria manifiesta, reclamando las remuneraciones faltantes hasta completar el mandato conforme el art. 52° de la Ley 23551 (fs. 3).

Que tampoco fue impugnada la constatación sindical de fecha 18 de agosto de 2011 acerca del trabajo en la citada obra de seis dependientes con la categoría "Oficial", conforme documental individualizada como "CONTROL DE OBRA" (fs. 7).

Que tratándose del fundamento en que la empleadora articula la defensa admitida en la sentencia de grado, cabe citar que el día 29 de agosto de 2011 aquella comunicó al trabajador que:

"…se le hace saber que pasó en forma inadvertida su calidad de subdelegado de obra al momento de remitir las comunicaciones de despido por finalización de obra cursados en forma conjunta a cinco empleados, todos correspondientes a la UOCRA. Por tal motivo se le hace saber que toda vez que la obra se entregará el día 01/09/11, fecha en la cual se dará de baja a los restantes empleados que cumplieron tareas de detalles de finalización, se ponen a vtra disposición las sumas correspondientes a los haberes desde el día 13/08/11 hasta el 01/09/11 y el proporcional de liquidación final y fondo de desempleo por tal periodo.

Negamos haber vulnerado derechos y garantías constitucionales de libertad y representación sindical" (fs. 4).

Luego, el argumento del reclamante se centra en la errónea valoración de la prueba en que se incurre al sentenciar, cuando se encuentra acreditado que la obra continuó con posterioridad al distracto, tachando de maliciosa la contestación cumplida por la empleadora el 29 de agosto de 2011 respecto a no haber advertido su calidad de subdelegado de obra.

A.- Que existe coincidencia en que el marco legal comprometido se integra con el art. 52 de la Ley 23551, por el que "Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente 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, conforme al procedimiento establecido en el artículo 47. … La violación por parte del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados en el párrafo anterior, dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo…. El trabajador, salvo que se trate de un candidato no electo, podrá optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto, en cuyo caso tendrá derecho a percibir, además de indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior. …".

También por su art. 51, cuya aplicación viene cuestionada, que contempla límites a la protección legal a la estabilidad en el empleo garantizada a los dirigentes, representantes, candidatos y otros sujetos alcanzados por el ámbito personal de tutela sindical, si se dan los supuestos de cese de la actividad del establecimiento o suspensión general de las tareas del mismo.

Que de todas formas, y como se analizara seguidamente, los términos de la pretensión basada en la validez del despido con efectos desde su notificación al trabajador, y el argumento defensivo de la empleadora de haberse operado su retractación, hace

necesario recurrir a la previsión del art. 234 de la LCT cuando estipula que “El despido no podrá ser retractado, salvo acuerdo de partes”.

III.- Que a tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, habré de coincidir con el apelante en que en el caso no se concreta el presupuesto del citado art. 51 de la ley 23551, atento a que en la comunicación del despido no se invocó una justa causa, ni obviamente que fuera la culminación de la obra ni, u otro dato que permitiera inferir que se trataba de una decisión general con alcance a todos los empleados contratados.

De esta forma quedó configurada la conducta antisindical y discriminatoria que habilita al trabajador a reclamar la indemnización prevista conforme el cuarto párrafo del art. 52 de la Ley 23551 conforme a que:

A.- Si bien en la sentencia de grado no es abordado la centralidad que ha adquirido la extinción del contrato sin invocar causa alguna -cuando incluso la ley es tajante al prohibir variar su justificación, art. 243 LCT-, y lo cierto es que tal decisión no podía ser revocada unilateralmente por la empleadora dada la expresa previsión del art. 234 de la LCT donde se exige que a tal fin debe haber acuerdo entre las partes, y que nunca se acreditó.

Que como acto unilateral y recepticio el despido quedó configurado y tuvo efectos desde la manifestación de voluntad de la accionada llegó a la órbita de conocimiento del actor el 13 de agosto de 2011, y a su respecto esta Alzada se expidió sosteniendo que: “El despido, como acto extintivo unilateral, salvo la situación del art. 241 de la LCT, para su valimiento no requiere una forma especial, a no ser que haya sido prescripta por contrato individual o colectivo y sólo se prevé la notificación por escrito para el caso de que se otorgue preaviso o que se quiera invocar la existencia de causa justa, por lo que cabe afirmar que es un acto que puede ser manifestado de cualquier manera, ya sea verbalmente o por escrito, siendo sí recaudo fundamental en caso de nacer de la voluntad individual de una de las partes contratantes, que haya entrado o podido entrar en conocimiento de la contraparte. No existe ningún tipo de disposición legal que obligue al trabajador a reclamar se revierta la decisión comunicada de disolver el contrato de trabajo, por lo cual éste no se encuentra obligado a exigir aclaración de la situación ante la comunicación verbal de su despido. Ello sólo se torna necesario, a los efectos probatorios, ante el posible desconocimiento de la empleadora de la relación laboral o del despido efectuado”. (OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1996 -II- 208/211, Sala II, CC0002 NQ, CA 819 RSD-208-96 S 2-4-96, Juez GIGENA BASOMBRIO (SD), FERREYRA, GRACIELA EDITH c/ ASIMRA Y OTROS s/ DESPIDO, MAG. VOTANTES: GARCIA - GIGENA BASOMBRIO, lexdoctor).

A su vez la conducta de la empleadora debe ser contextualizada con la tardanza en expedirse de más de 10 días y que del contenido telegráfico no resulte expresa la reincorporación, limitándose a informar que se le abonarían los días hasta el cese de la obra, extremos que importan el descuido de que se trataba de un trabajador con funciones gremiales, cuando los deberes de diligencia y obrar de buena fe (arts. 79 y 63 LCT) genéricamente imponen que “las intimaciones deben ser oportunas, es decir con tiempo necesario para que se explique al intimado, y con finalidad de evitar vulnerar el principio de conservación del empleo, concretos ya que debe especificarse detalladamente su contenido, y fehacientes, de modo que permita su individualización y no queden dudas acerca de su cumplimiento”. (TTrab., Nº 3 Lomas de Zamora, en pleno, 2/12/85.- "Otalora, Avelino c/Línea 74, S.A., D.T., 1986-537).

Y no menos que no se haya acreditado aquella justificación del error incurrido de no considerar la tutela sindical del actor o que estaba en un grupo con otros 5 empleados a los que también le había cursado telegrama de despido, invocados en el segundo despacho.

En definitiva, la crítica del actor ha evidenciado que la juez de grado se apartó del plexo fáctico y regulación aplicable que había postulado, para escoger la hipótesis de la empleadora que como presupuesto eximente de responsabilidad le otorgó efectos jurídicos a un episodio carente de ellos, la revocación del despido, sobre el que, exigido el expreso acuerdo de las partes, no se acreditó que se haya alcanzado.

Que en definitiva, por los mismos términos y desde el mismo momento en que fue comunicado el distracto sin invocar causal, había quedado aplazada la posibilidad de introducir al análisis la eventual justificación del momento en que se culminaría la obra y la exacta fecha en que se produjo, y producir prueba a tal fin.

Que de todas formas, no resultan ajenos la imprecisión de los testigos que se compadece con semejante defecto en la redacción del acta de recepción de obra labrada entre la demandada y su comitente, quienes el 30 de de noviembre de 2011 detallan “los trabajos finalizados al 31 de agosto de 2011” y luego aluden a “las actividades pendientes de ejecución y demás negociaciones entre la partes para resolverlas en adelante” (fs. 99), e impropio que el cese al que alude el art. 51 de la Ley 23551 pueda quedar sujeta lo que pudiera estipular la propia parte con el dueño de la obra, ambos interesados, cuando lo cierto es que la prueba pericial contable, que es la específica, da cuenta de dependientes de nómina hasta el mes de diciembre de 2011, sin definición sobre su amenidad al ámbito de representación del actor en el establecimiento (fs. 94).

Que en la materia, el bien jurídico protegido por la ley 23551 es la libertad en el ejercicio de las representaciones sindicales, y en el caso se han comprobado los presupuestos que hacen viable la indemnización prevista en su art. 52, derivando impropio negar la afectación a la estabilidad gremial al delegado de obra cuando al comunicársele el despido no se le informó que la obra culminaba, omitiendo todo tipo de causa, y al pretender revocarlo, fuera de todo plazo razonable, no se alcanza acuerdo alguno a tal fin.

B.- Respecto a la cuantificación del monto indemnizatorio, y considerando lo establecido en el párrafo anterior, procede extender hasta el mes de diciembre de 2011 el cómputo de las remuneraciones que le hubieren correspondido por el tiempo faltante de mandato, es decir 4 meses, más los 12 correspondientes al año de estabilidad posterior, haciendo un total de $60.588,80 siguiendo el salario quincenal asignado por el actor en su planilla ($1.893,40).

IV.- Por las consideraciones expuestas, propiciaré al acuerdo que se revoque en todas sus partes la sentencia de grado y, haciendo lugar a la demanda, se condene a la empleadora accionada a abonar al actor dentro de los 10 días de notificada la suma de $60.588,80 con más los intereses a computarse desde el distracto (13.08.2011).

V.- Respecto a los honorarios, procede dejar sin efecto los regulados, y fijar los porcentajes correspondientes a los letrados apoderado y patrocintante de la parte actora en el 6% y 16%, los de la abogada de la demandada, en el doble carácter, en el 20%, y los del perito interviniente en el 3%, a calcularse sobre la planilla a practicarse conforme el art. 51 de la Ley 921 (arts. 6, 7, 8, 10, 12, 20, 37 y 39 Ley 1594).

Establecer los devengados en la Alzada en el 30% y 25% de aquellos que resulten respectivamente para los profesionales que actuaron por el actor y la demandada (art. 15 L.A.)

VI.- Las costas devengadas en ambas instancias serán a cargo de la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921 y 68 CPCyC).

TAL MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente se integra Sala con la Dra. Cecilia Pamphile quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos expuestos por el Dr. Medori, adhiero a su voto pronunciándome en idéntico sentido.

Por lo expuesto POR MAYORIA:

SE RESUELVE:

1.- Revocar en todas sus partes la sentencia de grado y, haciendo lugar a la demanda, condenar a la empleadora accionada a abonar al actor, dentro de los 10 días de notificada, la suma de $60.588,80 con más los intereses a computarse desde el distracto (13.08.2011).

2.- Respecto a los honorarios, procede dejar sin efecto los regulados, y fijar los porcentajes correspondientes: a los letrados apoderado y patrocinante de la parte actora en el 6% y 16%, respectivamente; los de la abogada de la demandada, en el doble carácter, en el 20%, y los del perito interviniente en el 3%, todos a calcularse sobre la planilla a practicarse conforme el art. 51 de la Ley 921 (arts. 6,7,8,10, 12,20,37 y 39 Ley 1594).

3.- Regular los honorarios de Alzada en el 30% y 25% de aquellos que resulten respectivamente para los profesionales que actuaron por el actor y la demandada, en igual carácter, en la anterior instancia (art. 15 L.A.).

4.-Las costas devengadas en ambas instancias serán a cargo de la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921 y 68 CPCyC).

5.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"PEÑA LUCAS EZEQUIEL C/ CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 472649/2012) – Sentencia: 133/17 – Fecha: 10/08/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. CULPA DE LA VICTIMA. MOTOCICLETA. MANIOBRA IMPRUDENTE. ALCOHOLEMIA. EXCESO DE VELOCIDAD. FALTA DE IDONEIDAD PARA CONDUCIR. RECHAZO DE LA DEMANDA. DISIDENCIA.

1.- Coincido con la jueza de grado respecto a que fue la víctima el que concreta todo el aporte causal en el acaecimiento del choque que se produce cuando se aproxima a la intersección y pretende superar por la izquierda al rodado de la demandada que había llegado mucho antes y se encontraba en movimiento realizando un maniobra de giro a la izquierda. En efecto, analizando la causa eficiente del daño, al no haber acreditado la principal hipótesis conforme lo expone el perito accidentológico (art. 377 del CPCyC), el análisis de la prueba y el razonamiento de la juez de grado no queda desvirtuado conforme a resultar de la colectada que aquel realizó una maniobra ilegal, negligente e imprudente, ni contaba con el dominio de la motocicleta, y que ello no solo se corresponde con la falta de idoneidad para conducir rodados en la vía pública que evidencia la falta de licencia habilitante, sino también por el hecho de que su estado alcoholizado le impedía conducir, al generar desorientación y próximo a la incoordinación motriz, acreditando per se un accionar concreto de la víctima para configurar las eximentes en los términos del art. 1113, segundo párr., segunda parte, del Código Civil, para, de este modo, quedar enervada la imputación de responsabilidad de la demandada al desplazar en forma total la incidencia causal de la maniobra de esta última. (del voto del Dr. Medori, en mayoría).

2.- La eximente de culpa de la víctima, alegada por la accionada, debe ser probada por ésta última, para eximirse, total o parcialmente de responsabilidad. Y, la escasa prueba aportada a la causa no resulta suficiente para favorecer la postura de la demandada a los fines de eximirla totalmente de ella. Por otra parte, la conducta del actor tampoco ha sido de lo más diligente, debido a que fue él quien impactó con su motocicleta a la demandada, y que además circulaba en estado de ebriedad, con una graduación alcohólica en sangre de 1,44 g/l, que superaba lo permitida; situación ésta que si bien no resulta suficiente para atribuirle toda la responsabilidad en el accidente, tampoco es factible despojarlo de algún grado de ella, era carga del actor demostrar que su conducta ha sido diligente en el arte de conducir, cuestión que en atención a la escases probatoria no ha podido ser determinado en la causa. En función de lo expuesto, considero que existe concurrencia de culpas ya que cada protagonista incidió en partes iguales en el acaecimiento del siniestro, por lo que propongo modificar la sentencia de grado en el sentido señalado.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de agosto de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PEÑA LUCAS EZEQUIEL C/ CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, (Expte. JNQCI2 Nº 472.649/2012), 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. 244/246 y vta., rechazó la demanda interpuesta por Lucas Ezequiel Peña y le impuso las costas en atención a su condición de vencido.

Para así resolver interpretó la a quo que del croquis surge que el presunto lugar de impacto se sitúa en el cuadrante noreste, en una posición que permite presumir que la demandada no estaba realizando la maniobra de U alegada, y de la escasa prueba producida dedujo que se había posicionado para doblar a la izquierda en el lugar más próximo al giro, tal como lo indica el art. 43 de la Ley Nacional de Tránsito.

Por tanto, al haberse acreditado la culpa de la víctima, hizo lugar al planteo de la demandada en los términos del art. 1.113, segunda parte del Código Civil y rechazó lugar a la demanda impetrada.

Esa sentencia es apelada por la parte actora a fs. 250, expresando agravios a fs. 258/263 y vta., cuyo traslado fue contestado por la accionada a fs. 265/268 y vta.

II.- En su expresión de agravios, cuestiona la sentencia porque exime de responsabilidad a la demandada por los daños derivados del accidente, al considerar que el mismo se produjo por culpa exclusiva de la víctima.

Expresa, que teniendo en cuenta la versión de los hechos proporcionados por las partes, resulta operativo el art. 1.113 del Código Civil, en cuanto consagra una responsabilidad de carácter objetivo, de la cual la accionada solo puede liberarse acreditando alguna de las eximentes allí previstas.

Menciona, que la víctima solo tiene que probar la existencia del daño y la intervención activa de la cosa con la que se produjo el mismo, presumiéndose que aquel se ha generado por el riesgo de la cosa. De modo tal que le incumbe al dueño o guardián de ésta demostrar lo contrario.

Afirma, que bajo estos postulados y tal como se reconoce en la sentencia, queda claro que el caso bajo examen debe subsumirse en la previsión del art. 1113, ap. 2° del Código Civil, toda vez que el automóvil Chevrolet Corsa, dominio: EJQ-563, configura una cosa riesgosa, con una peligrosidad potencialmente mayor que la motocicleta conducida por el actor.

Expone, que como consecuencia de ello opera una presunción en cabeza del dueño o guardián de la cosa, posición que en autos ocupan los demandados y por extensión la citada en garantía. Y que, a tenor de tal presunción, la contraria tiene la carga de acreditar la ruptura del nexo causal entre los daños y la intervención de la cosa riesgosa.

Entiende, que en autos no se encuentra probada la culpa de la víctima, ya que si bien es cierto que de la prueba de alcoholemia, surgió que el actor se encontraba alcoholizado, ello no genera una presunción iure et de iure en cuanto a que el accidente se produjo por culpa de éste.

Dice, que la accionada no acreditó la culpa de la víctima, sino que lo único que ha quedado demostrado es que la prueba de alcoholemia le ha dado positivo al accionante.

Señala, que la verdadera causa eficiente del siniestro se encuentra en la maniobra de giro efectuada por la demandada. Así, refiere que conforme surge del croquis realizado en tránsito, ésta es quién giro a la izquierda sin poder definirse con las pruebas de autos si realizaba un giro en U o tomaba la calle Lago Larilasquen, pero si surge del croquis que fue ella quien se interpuso en la circulación de la moto.

Sostiene, que la accionada fue quien provocó el accidente, y que si el actor no hubiese estado alcoholizado, el mismo igual se hubiera producido, siendo que se evidencia claramente en el croquis que la primera fue quien encerró al segundo, sin posibilidades para éste de poder realizar una maniobra evasiva.

Alega, que en función de lo dispuesto por el art. 43 de la Ley 24.449, si el vehículo mayor tenía intenciones de girar a su izquierda debía situarse sobre el costado derecho de la calzada, con una antelación de 30 metros; lo cual no se encuentra acreditado en autos, vale decir que la demandada haya cumplido con dichos recaudos.

Subsidiariamente, plantea la concurrencia de culpas en base a que la conductora del vehículo mayor no tomó los recaudos establecidos en el citado art. 43 de la Ley 24.449.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, vinculada con la responsabilidad que les cupo a las partes en la producción del accidente objeto de marras, debo decir, que el artículo 1.113 del Código Civil consagra una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, que se justifique la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser debidamente acreditada, pues no alcanza con meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida.

Desde esta perspectiva, es que voy a analizar el caso planteado, y observo que aquí no se ha probado que el accionar del Sr. Lucas Ezequiel Peña, haya incidido, al menos en forma total, en la producción del accidente.

Así pues, de una causa ignorada o desconocida de la mecánica del accidente no se puede inferir un eximente de responsabilidad, ya que al responsable no le es suficiente 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 disminuye o desaparece cuando la eximente ha sido acreditada.

De modo que, la eximente de culpa de la víctima, alegada por la accionada, debe ser probada por ésta última, para eximirse, total o parcialmente de responsabilidad. Y, la escasa prueba aportada a la causa no resulta suficiente para favorecer la postura de la demandada a los fines de eximirla totalmente de ella.

Por otra parte, la conducta del actor tampoco ha sido de lo más diligente, debido a que fue él quien impactó con su motocicleta a la demandada, y que además circulaba en estado de ebriedad, con una graduación alcohólica en sangre de 1,44 g/l, que superaba lo permitida; situación ésta que si bien no resulta suficiente para atribuirle toda la responsabilidad en el accidente, tampoco es factible despojarlo de algún grado de ella.

Veamos, a fs. 61 y vta., obra el croquis policial de donde se desprende que el presunto lugar de impacto, es sobre la calle Lighuen en la intersección con calle Lago Larislafquen de esta ciudad de Neuquén, sobre la margen izquierda del carril por donde venían circulando los aquí implicados.

Esto demuestra que la demandada –según su relato- disminuyó la velocidad de su rodado con intención de girar hacia la izquierda, pero debió tomar todas las precauciones necesarias, pues esa no era la maniobra correcta, ya que debía detenerse sobre la margen derecha de la arteria, a fin de no obstaculizar el tránsito de los vehículos que circulaban por detrás suyo en su misma dirección, para luego proceder a efectuar el giro a la izquierda.

La jurisprudencia en relación a la culpabilidad por maniobras similares a la de autos tiene dicho que "si bien es cierto que el giro a la izquierda en una arteria de doble mano –como en el caso- no se encuentra prohibido, también lo es que la ley resulta rigurosa ante su realización y sólo lo permite cuando a través de ella no se ocasiona una situación de riesgo para quien circula a su frente o aún para quien lo hace por detrás, por lo que el hecho de no tomar las precauciones necesarias antes de emprender la misma, importa una grave imprudencia que puede llevar a la declaración de culpabilidad para el caso de producirse un accidente" (Cám. 5ª Civ. y Com. Córdoba, 12-09-84, "L., "; LLC, 1985 - 78 (113 - R). Número de Texto: 43163- STJRNSP: SE. <180/03> "D., L. s/Queja en: 'D., L. s/Lesiones graves culposas'" (Expte. Nº 18454/03 STJ), (02-12-03). SODERO NIEVAS - LUTZ – BALLADINI- Sumarios Relacionados: 42074 4193440943 02143 03559).

En autos, no ha quedado acreditado que la demandada haya tomado todos los recaudos necesarios que se deben observar previo a efectuar la maniobra de giro a su izquierda, como la colocación del guiño a fin de advertir al conductor del rodado menor su intención de doblar. Máxime cuando no hubo una detención de su rodado y la maniobra se efectuó –en una vía de doble mano pero de carril simple- sobre el margen izquierdo de la arteria por la que venía circulando, por lo que su detención implicaba normalmente un obstáculo para los vehículos que viene por detrás.

Desde otro punto de vista, si bien es cierto que el hecho que el actor estuviese alcoholizado no es suficiente para atribuirle toda la responsabilidad por el hecho acaecido, tal circunstancia no constituye un dato menor que no merezca ser apreciado, máxime cuando ha quedado demostrado que fue él quien impactó a la accionada.

De allí que, dentro del contexto cómo ocurrieron los hechos, no resulta intrascendente que el Sr. Lucas E. Peña, contaba al momento del siniestro con 1,44 g/l de alcohol en sangre (v. fs. 62) y que si bien dicho parámetro no es por sí solo suficiente para determinar su responsabilidad, junto a ello, era carga del actor demostrar que su conducta ha sido diligente en el arte de conducir, cuestión que en atención a la escases probatoria no ha podido ser determinado en la causa.

En función de lo expuesto, considero que existe concurrencia de culpas ya que cada protagonista incidió en partes iguales en el acaecimiento del siniestro, por lo que propongo modificar la sentencia de grado en el sentido señalado.

Sentado lo anterior, corresponde que me aboque ahora a estudiar ahora la pertinencia de los daños reclamados en la demanda y su quantum indemnizatorio.

En relación al daño físico reclamado por el actor en su líbelo de demanda ($73.000), en los siguientes términos: “A raíz del accidente el actor sufrió politraumatismos varios: Traumatismo de cráneo seguido de un cuadro obnulatorio por unos instantes; cervicalgia traumática; severo traumatismo en ambas muñecas, severo traumatismo de codo derecho con afectación de partes blandas; severo traumatismo de rodilla y tobillo izquierdo con afectación de partes blandas; escoriaciones varias. Consecuencia de estas lesiones, debió guardar reposo durante un prolongado lapso de tiempo. Acaecido el hecho, fue trasladado de urgencia al hospital Bouquet Roldan...”.

Luego de confrontar dichos padecimientos descriptos con la pericia médica de fs. 208/209 y vta., advierto que el accionante no ha logrado acreditar en la extensión pretendida los daños físicos que dice haber sufrido como consecuencia del accidente.

En efecto, de dicha pericia médica se desprende: “Paciente que ingresa por sus propios medios con marcha eubásica. En el examen médico se encuentra lúcido, ubicado en tiempo y espacio, colabora con el interrogatorio y el examen físico.

Físicamente en buen estado general. Ingresa sin dificultades ni inmovilizaciones. No presenta yesos. El examen de su cabeza y cuello no presenta heridas ni cicatrices. El examen médico de ambos miembros superiores presenta limitación funcional y dolor en muñeca derecha con los movimientos.

Flexión dorsal 40°, palmar 50°, Desviación radial 10°, cubital 10°...No se encuentran otras lesiones vinculadas al mecanismo del accidente" (fs. 208 y vta.).

En sus conclusiones el experto nos dice: "El actor sufrió un accidente de tránsito con politraumatismo, en el momento del examen pericial presenta una gonalgia izquierda y la ecografía informa proceso inflamatorio, por lo que no puede relacionarse con el accidente ocurrido hace 4 años. La muñeca derecha presenta una tendinitis y limitación funcional, cuya incapacidad se calcula en: Limitación funcional muñeca derecha 6%".

A fs. 219 y vta., el perito médico al contestar la impugnación realizada por el actor, expuso: "En general la tendinitis de muñeca con reposo o el uso de muñequera curan, excepto en tenistas o golfistas, etc. En el caso del actor ya que es solicitado por la parte se beneficiaría con un tratamiento de FKT unas 10 sesiones con un costo de $200 cada una".

De modo que, al aplicar la fórmula de matemática financiera como pauta orientadora y en virtud de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, teniendo en cuenta la incapacidad determinada (6%), el SMVM señalado en la demanda, la edad del actor al momento del accidente (26 años) y el grado de responsabilidad (50%), fijo en la suma de $20.000 el daño físico.

En cuanto a los gastos de farmacia, radiología y asistencia médica, en base a la índole de la lesión sufrida, y sin perjuicio de que no se hayan adjuntado comprobantes de dichos gastos, los mismos resultan procedentes porque de lo contrario se dejarían afuera una serie de ellos, que si bien no están acreditados, son consecuencia lógica de las lesiones sufridas por el accionante.

Así, se deben contemplar los gastos de medicamentos, principalmente de analgésicos y demás necesarios para mitigar el dolor producto de la lesión sufrida.

En ese orden, la jurisprudencia ha dicho: "Los gastos médicos y de farmacia no exigen necesariamente la prueba acabada de su existencia si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento al que fuera sometido la víctima y la circunstancia de haber sido atendida en centros asistenciales públicos no es óbice a la procedencia del rubro toda vez que no se desvanece aún la atribución de elegir otro servicio médico que se considera con más condiciones para atender una posible interconsulta" (Autos: SEYGAS NORMA I c/ TRONCOSO SERGIO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.: 33877 - Civil - Sala K - Fecha: 17/12/1993).

"Para la concesión de los rubros, gastos de farmacia, kinésicos, de traslado y propina procede estimar una suma indemnizatoria prudente por estos conceptos aunque no se hayan acreditado, cuando se trata de las lesiones sufridas por la víctima (conf., C. N. Civ., Sala F, L. 67.070 del 21/12/90; íd. íd., L. 61.092 del 22/2/91; íd., L. 107.799 del 12/11/92), no siendo obstáculo para ello la circunstancia que aquella contara con asistencia gratuita de un hospital público, por cuanto, sabido es, que siempre exceden los que suministran en dichos nosocomios a través de la asistencia médica que prestan" (Autos: PAEZ IRAMENDY Carlos Alberto c/ MARTINO Mario Rafael s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.: 14069 - Civil - Sala F - Fecha: 12/04/1994).

"La procedencia del resarcimiento de gastos de asistencia médica, honorarios, medicamentos, etc., ocasionados como consecuencia de un accidente de tránsito, no requiere necesariamente la presentación de recibos ni facturas; lo que si es menester es que los gastos invocados guarden relación con las lesiones sufridas por la víctima y encuentre apoyatura en informes médicos, quedando sus montos librados al prudente arbitrio judicial" (En igual sentido: sala E, 10.9.03, "Duran, Rodolfo Fidel c/ Interpar SA s/ sumario")(Autos: ANGRIMAN DE GARCIA TORRES ADELINA C/ PERALTA JOSE S/ SUM. - Sala: E - Mag.: RAMIREZ - GUERRERO - ARECHA - Fecha: 27/05/1991).

Además, dentro del concepto de gastos, se incluyen los necesarios para que el afectado pueda trasladarse a los centros asistenciales y los de farmacia; todas estas circunstancias, teniendo en cuenta el porcentaje de responsabilidad (50%) por el que prospera la demanda, justifican que el monto global sea estimado de conformidad con las facultades que me otorga el art. 165 del Ordenamiento procesal, en la suma de $1.500.

En relación a los gastos terapéuticos futuros, ellos son resarcibles en la medida que, teniendo en cuenta la índole de la lesión, sea aconsejable a fin de superar o disminuir las inhabilidades psicofísicas derivadas de una incapacidad sobreviviente, siempre y cuando estas sean producto del accidente.

En el caso, conforme surge de la pericia médica, el accidente le generó al actor una incapacidad transitoria, es decir, reversible, del 6%, por lo que en función de ello, el tratamiento futuro de Kinesiología, aconsejado por el galeno, resulta acorde con la lesión sufrida.

En lo que respecta a gastos por tratamiento futuro, considero que el mismo ha sido debidamente acreditado a través de la pericia médica, en donde a fs. 219 y vta., se expuso: "En el caso del actor ya que es solicitado por la parte se beneficiaría con un

tratamiento de FKT unas 10 sesiones con un costo de $200 cada una".

Consecuentemente, los gastos por tal rubro rondarían los $2.000, y, teniendo en cuenta el porcentaje de responsabilidad atribuido (50%), y conforme las facultades que me confiere el art. 165 del CPCyC, el rubro en cuestión deberá prosperar por la suma de $1.000.

En cuanto al daño moral, debo señalar que es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso y comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de las víctimas. (CNCiv; sala L, 06/05/2010, Lanare de Fernández, Marta Aurora c Limardo de Cozzo, Rosario y otro, La Ley Online).

Además, la reparación del daño debe ser integral, pues debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

Sin embargo, no puedo dejar de observar que si se otorga una indemnización por un daño no sufrido, estaríamos excediendo nuestro mandato al provocar un enriquecimiento sin causa.

En el presente caso, el accidente y la lesión padecida por el conductor de la motocicleta tienen entidad suficiente para habilitar la procedencia del rubro en cuestión.

En tal sentido, la jurisprudencia sostiene que: "El agravio moral se presume in re ipsa cuando la fuente de la responsabilidad es un ilícito. La dimensión que le asigne el juzgador, dependerá de un conjunto de circunstancias, entre las que cuenta la misma personalidad y situación del afectado, edad, ocupación, trances que se vio necesitado de afrontar y sobrellevar, como lesiones, heridas, tratamientos cruentos o no, perspectivas de recuperar la salud si es que ha sido comprometida por efecto del perjuicio, y como ingrediente complementario la alteración de la armonía del cuerpo, comprendiendo lo anatómico y lo funcional" (p. 236, sum.33, t.2, Hernán Daray, obra citada).

Y que: "Procede la indemnización por daño moral si las lesiones físicas experimentadas permiten presumir la existencia del dolor, padecimientos, angustia, menoscabo o inquietud espiritual. 2- El agravio moral es consecuencia necesaria e ineludible de la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto y la demostración de su existencia importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral. (Sumario N°18333 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil)."(Autos: VIDAL Oscar Alberto c/ METROVÍAS S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados: HERNANDEZ, DÍAZ, AMEAL. - Sala K. - Fecha: 03/07/2008 - Nro. Exp.: K499766-LDT).

De allí, que teniendo en cuenta el hecho generador de los daños experimentados por el actor, la lesión sufrida y el porcentaje por el que prospera la demanda, estimo prudente, en función de las facultades que me confiere el art. 165 del CPCyC, fijar el daño moral en la suma de $20.000.

En cuanto a las consideraciones volcadas en el escrito de demanda a fin de que se indemnice de manera autónoma el daño psíquico del moral, debo decir que independientemente que la doctrina y la jurisprudencia no son contestes en cuanto a la autonomía del primero respecto del segundo, interpreto que sin entrar a efectuar un análisis exhaustivo sobre tal problemática, el actor no ha logrado demostrar la existencia de elementos que permitan configurar y justipreciar éste tipo de daño como independiente del moral, por lo que el mismo será rechazado.

Me debo abocar ahora, al tema vinculado a la falta de seguro invocada por aseguradora La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A., en su presentación de fs. 23/31.

La aseguradora nombrada, a raíz del accidente, ha sido citada por el actor, conductor de la motocicleta, en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros.

Frente a ello, La Meridional, interpuso la falta de cobertura y por ende solicitó el rechazo de la citación, al invocar la falta de seguro como consecuencia de la omisión de denuncia del siniestro por parte de la asegurada Susana Mariela Baldebenito.

Teniendo en cuenta el contexto expuesto precedentemente, adelanto que la falta de denuncia del siniestro por parte del asegurado, si bien tiene implicancias sobre la relación sustancial asegurativa, es decir, sobre la relación contractual existente entre el seguro y su asegurado, no la tiene frente al tercero damnificado del siniestro, a quién la falta de cumplimiento de la carga legal le resulta inoponible.

En tal sentido prestigiosa doctrina que comparto ha dicho: "Si bien el efecto que trae aparejado el incumplimiento de la denuncia del siniestro es el previsto en el art. 47, Ley de Seguros, en el sentido de que decae el derecho del asegurado, ello es así solo en la relación jurídica sustancial asegurativa.

Ello significa que, tratándose, como lo es, de una defensa posterior al siniestro, pues la carga de denunciarlo obviamente sucede cronológicamente al riesgo realizado, no es oponible al tercero que, en el marco del seguro contra la responsabilidad civil, cite al asegurador en garantía". (Rubén S. Stiglitz- Derecho de Seguros- T° II, pág. 157- Segunda Edición actualizada- Ed. Abeledo-Perrot).

Por su parte, la jurisprudencia ha expresado: “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, nº22). Auto: FEDERACION PATRONAL COOP. DE SEGUROS LIMITADA c/PLAYA DE ESTACIONAMIENTO SUBT. 9 DE JULIO s/SUMARIO - Sala: Civil - Sala E - Mag.: DUPUIS - Tipo de Sentencia: Sentencia Definitiva - N° Sent.: C. E13564 - Fecha: 24/02/1994).

Consecuentemente, el hecho que la asegurada no haya denunciado la existencia del siniestro en los términos del art. 46 de la Ley N° 17.418, sin perjuicio de las consecuencias que dicha omisión genera para al asegurado, conforme art. 47 de la misma Ley, tal circunstancia resulta inoponible al tercero damnificado, quien está facultado para citar a la aseguradora en los términos del art. 118 de la misma ley.

Por lo tanto, corresponde rechazar la falta de cobertura alegada por la aseguradora, y condenarla en la medida del seguro, a la indemnización por la responsabilidad atribuida a la demandada (50%).

Ello sin perjuicio de la acción de repetición que la compañía aseguradora pueda llegar a realizar contra su asegurado.

Las costas de esta incidencia generada entre la parte actora y la aseguradora, serán a cargo de ésta última, atento a su carácter de vencida, debiéndose regular los honorarios correspondientes, conforme pautas del art. 69 del CPCyC.

IV.- Por todo lo dicho, propongo al Acuerdo la revocación de la sentencia de grado y en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. LUCAS EZEQUIEL PEÑA, y en su mérito se condene a la Sra. TRINIDAD DEL CARMEN CONTRERAS y a la aseguradora citada en garantía, LA MERIDIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., ésta última en la medida del seguro, a que dentro del plazo de 10 días de notificada la presente, abone al actor la suma de PESOS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS ($42.500), con más los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha del hecho (7/12/2011) hasta su efectivo pago, suma a la que deberán adicionarse los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén S.A., desde la fecha del hecho (7/12/2011) hasta su efectivo pago.

En atención a la forma como se resuelve, las costas de Primera Instancia y las de Alzada serán soportadas en el orden causado (art. 71 del CPCyC), debiéndose proceder a regular los honorarios de ambas instancias conforme las pautas arancelarias vigentes.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede, para propiciar el rechazo de la apelación de la parte actora con costas a su cargo y la confirmación de la sentencia de grado que rechazó la demanda de responsabilidad civil al haberse acreditado el exclusivo aporte causal de la víctima en el hecho y con ello configurada la exención legal prevista en el segundo apartado del art. 1113 del C.Civil.

II.- 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 del actor, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta 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, pag. 466).

Que partiendo de la sentencia de grado, resulta que la decisión en crisis, en base a la previsión contenida en la segunda parte del art. 1113 del C.Civil concluyó en que la víctima había incurrido en culpa, basándose en el informe policial donde se acreditan los dichos de la demandada en cuanto a que el actor se negó a ser asistido por la médica del Hospital Heller, así como que superaba con creces el alcohol en sangre permitido, para dar cuenta de su imposibilidad de conducir con pleno dominio no tan sólo del birrodado, sino de su propia persona; agregó que del croquis surge que el presunto punto de impacto se sitúa en el cuadrante noreste, en una posición que permite presumir que el demandado no estaba realizando la maniobra de “U” alegada y de la escasa prueba producida deduce que se había posicionado para doblar a la izquierda en el lugar más próximo al giro, como lo prevé el art. 43 de la Ley de Tránsito.

Que el marco probatorio se integra con el acta policial agregada a fs. 61 y vta que da cuenta de que la colisión se produce en la intersección entre dos calles, específicamente en el eje central de una de ellas –considerando que fue a 4,60 de la línea de la acera que posee un ancho de 11,00-, con huellas de frenada de 11,80mts. dejadas sobre la senda por la motocicleta que guiaba el actor, quien lo hacía con 1,44gr/l de alcohol en sangre según en la prueba de alcoholemia y sin licencia para conducir, negándose

a ser asistido por el servicio médico.

Que la pericia accidentológica de fs. 86/88 nada aporta al debate cuando entiende que no es posible determinar si el vehículo de la demandada intentó un giro en U en la encrucijada ni la calidad de embistente de alguno de ellos, que

“No existen en autos elementos que permitan determinar objetivamente los daños producidos en el vehículo de la actora y por lo tanto no es posible determinar si los hecho se produjeron como se explica en la demanda”; y que solamente se puede informar que existió un choque entre ambos móviles, desconociendo además las circunstancias del hecho.

III.- Que a tenor de lo reseñado, se coincide con la jueza de grado respecto a que fue la víctima el que concreta todo el aporte causal en el acaecimiento del choque que se produce cuando se aproxima a la intersección y pretende superar por la izquierda al rodado de la demandada que había llegado mucho antes y se encontraba en movimiento realizando un maniobra de giro a la izquierda.

Que el cuestionamiento dirigido a la interpretación y aplicación de la responsabilidad objetiva regulada en el segundo apartado del art. 1113 del C.Civil, la errónea valoración de la prueba que se endilga a la sentenciante, y subsidiariamente el planteo de la concurrencia de culpas, impone aproximarse al concepto de relación causal, que estructura el derecho de daños, para luego relacionarlo con la prueba, y a su respecto la doctrina explica que:

“El concepto de causalidad es eminentemente lógico. Involucra una referencia, una conexión entre dos procesos: entre la causa, por un lado, y el efecto o resultado, por el otro. La causa de un hecho dañoso es la condición que se reputa adecuada, entre todas las que pueden haber concurrido, para producir objetivamente el daño como resultado. Por ello se alude a la causa adecuada, que nuestro codificador ha vinculado estrechamente a la previsión del autor... ” y a continuación: “... Debe partirse de la idea de que, entre las diversas condiciones que coadyuvan a un resultado, no todas son equivalentes sino que son de eficacia distinta. Sólo cabe denominar jurídicamente causa a la condición que es apta, idónea en función de la posibilidad y de la probabilidad que en sí encierra para provocar el resultado. Debe atenderse a lo que ordinariamente acaece según el orden normal, ordinario de los acontecimientos.

Según este punto de vista la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce.” (“Cocausación de daños” Una visión panorámica - Eduardo Zannoni Revista de Derecho de daños –Rubinzal Culzoni- pág. 7).

Luego, la íntima relación entre los conceptos de relación de causalidad y previsibilidad fue advertida claramente por el Código Civil cuando regula las consecuencia de los hechos y su imputación; y en lo que resulta de interés para la causa, mientras las consecuencias inmediatas, resultan imputables al sujeto no porque resulten inmediatas como próximas a la causa, sino porque acostumbran suceder según el curso normal y ordinario de las cosas, es decir, era altamente idónea para producir esa consecuencia por ello se refiere a ellas también como altamente probables o previsibles; por otra parte, las mediatas, también resultan imputables en la medida que el agente las hubiera previsto o hubiera podido preverlas, pues aún cuando esa consecuencia se produce de un modo indirecto, requiriendo la conexión con otro hecho, no puede hablarse de interrupción del nexo causal porque el hecho originario tenía –por sí- virtualidad para producir el resultado.

Por ello, es factible sostener la interrupción del nexo causal únicamente en el caso en que la nueva causa no tenga ninguna relación con la ya existente; y si el hecho fue producido por el hecho posterior absolutamente independiente del primero, hay interrupción interesando la eficacia actual y no la mera eficacia virtual; razonamiento en el que la jurisprudencia es pacífica cuando explica que “el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquel. Para establecer la causa del daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquel se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (SCJBA; Ac 37535, Cardone, María Ester c/ Borasi, Edgardo Luis y otro s/ Daños y perjuicios, del 9.8.88).

Que conforme a lo expuesto y en el análisis de la relación de causalidad para determinar la autoría, vinculándose el daño inmediatamente con el hecho de la persona o cosa, y mediatamente con el factor de atribución, dado que la ley para el supuesto que nos ocupa ha establecido uno de carácter objetivo, la previsibilidad del hecho debe examinarse “en abstracto”, a diferencia de culpa, que se lo hace “en concreto”.

Que en el marco señalado, a su vez, se debe establecer si el hecho de la víctima ha influido en la causalidad hasta desplazar fuera de la esfera del demandado la atribución de las consecuencia del hecho (Barbato, Culpa sin responsabilidad, reflexiones sobre la culpa de la víctima y otros supuestos análogos- ED 143-870), y a su respecto se exige que tal obrar haya incidido exclusiva o concurrentemente gravitando en el ilícito y resultado dañoso, de tal forma de que en la atribución de responsabilidad se cumpla en la medida o proporción en que el agente causal haya sido decisivo en el acaecimiento del hecho.

IV.- Que como anticipara, se coincide con el razonamiento de la juez de grado, considerando que lo acreditado es que el actor pudo ver con suficiente anticipación la presencia del automotor que lo antecedía en el mismo sentido de circulación cuando estaba realizando la maniobra de giro hacia la izquierda, porque luego de percibirlo accionó los frenos de su motocicleta 11,80mts antes.

Entonces, debe descartarse de plano que constituyera un encierro en "U" o una maniobra sorpresiva porque en tal caso el impacto se hubiera producido en la parte trasera; a su respecto, tratándose de la única hipótesis de la mecánica del accidente en que están involucrados dos rodados equiparados en el riesgo que incorporan al tránsito, era a cargo del pretensor su acreditación en los términos del art. 377 del CPCyC, cuando la pericial accidentológica concluye la imposibilidad de describir que haya acontecido según lo descripto en la demanda (fs. 87, puntos 4, 5 y 6), destacando que tal imposibilidad radicó en no poder constatar los daños producidos en el vehículo de la actora.

Que de lo informado, y ausente otro tipo de prueba que lo contradiga y por la ubicación de los bólidos, lugar del impacto informado y que los daños del automotor se encuentran en su lateral izquierdo, resulta que el actor pretendió superar a la demandada concretando una conducta que se encuentra prohibida por la Ley de Tránsito por tratarse de una encrucijada de calles que, conforme el inc. b de su art. 42 de la Ley de Tránsito, impone que "El adelantamiento a otro vehículo debe hacerse por la izquierda conforme las siguientes reglas:

"b) Debe tener la visibilidad suficiente y no iniciar la maniobra si se aproxima a una encrucijada, curva, puente, cima de la vía o lugar peligroso;".

Que decisión antijurídica se conecta a su vez causalmente con el desconocimiento de la regla, desde que el actor no ha comprobado su idoneidad para conducir ello evidenciado por ausencia de licencia habilitante que también es exigida por la citada ley en el inc. a) de su art. 40, estableciendo para tal caso la prohibición para circular en el inc. a) de su art. 48, que también importa una infracción legal.

Que a su vez, el prolongado frenado es evidencia de que la velocidad que llevaba fuera la "precautoria" que prevé el art. 50 cuando impone que se "debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación. De no ser así deberá abandonar la vía o detener la marcha".

Luego, estimando que el actor no podía superar la velocidad de 30km/h por tratarse de una intersección, contó con suficiente tiempo para eludir al rodado que estaba haciendo el giro a la izquierda, no sólo para frenar sino para superar al rodado por la derecha a una velocidad inferior a 30km que es la autorizada para una intersección, el actor contó con tiempo más que suficiente no solo para frenar su rodado y la detención.

A las circunstancias expuestas hasta aquí que permiten confirmar la presunción legal de ausencia de idoneidad en la conducción por parte del actor y que se conecta con la total falta de dominio del birrodado, que por sus gravísimas consecuencias finiquita el análisis sobre la ajenidad en el hecho de la demandada, y lo constituye la condición psicofísica que fue constatada en aquel que se encontraba severamente afectado por un estado de alcoholemia que le impedía guiar una motocicleta en el tránsito público, luego de haberse detectado una graduación de 1,44 gr/l, y a su respecto recordar que Emilio Bonnet ("Medicina Legal", ed. López, Bs. As., 1967), ha correlacionado los síntomas clínicos con la alcoholemia, diferenciando cinco períodos progresivos, a saber: Primer período: (0,10 a 1 gr. 0/00). Distorsión psicosensorial, con tiempos de reacción alargados y menos eficientes; euforia, agresividad. Segundo período: (1 a 1,43 grs. 0/00). Disminución de la atención y de la memoria, desorientación y desviaciones socioambientales. Tercer período: (1,50 a 3 grs. 0/00). Se agrega incoordinación motriz, alteraciones sensoperceptivas, amnesia y alteraciones del juicio crítico. Cuarto período: (3,01 a 4 grs. 0/00). Sueño profundo. Quinto período: (4.01 a 6 grs. 0/00). Coma.

Que mientras el art. 48 de la Ley 24449, que en su inc. a) expresamente prohíbe "Conducir cualquier tipo de vehículos con una alcoholemia superior a 500 miligramos por litro de sangre. Para quienes conduzcan motocicletas o ciclomotores queda prohibido hacerlo con una alcoholemia superior a 200 miligramos por litro de sangre", el art. 261º de la Ordenanza Nº 8033 de la ciudad de Neuquén –vigente al momento del hecho- preveía a su respecto que:

"Se entenderá que se está bajo los efectos del alcohol, toda vez que la tasa alcohólica métrica exceda el cero coma cinco por mil (0,5‰) de sangre …".

Que en definitiva, analizando la causa eficiente del daño, al no haber acreditado la principal hipótesis conforme lo expone el perito accidentológico (art. 377 del CPCyC), el análisis de la prueba y el razonamiento de la juez de grado no queda desvirtuado conforme a resultar de la colectada que aquel realizó una maniobra ilegal, negligente e imprudente, ni contaba con el dominio de la motocicleta, y que ello no solo se corresponde con la falta de idoneidad para conducir rodados en la vía pública que evidencia la falta de licencia habilitante, sino también por el hecho de que su estado alcoholizado le impedía conducir, al generar desorientación y próximo a la incoordinación motriz, acreditando per se un accionar concreto de la víctima para configurar las eximentes en los

términos del art. 1113, segundo párr., segunda parte, del Código Civil, para, de este modo, quedar enervada la imputación de responsabilidad de la demandada al desplazar en forma total la incidencia causal de la maniobra de esta última.

V.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo de la apelación, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a cargo del recurrente vencido, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la Dra. Patricia CLERICI, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 244/246 y vta., 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 a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Patricia Clerici

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"COEXCO S.A. C/ SEOANE STELLA MARIS S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 446370/2011) – Sentencia: 135/17 – Fecha: 17/08/2017

DERECHO COMERCIAL: Contratos comerciales.

COMPRAVENTA MERCANTIL. EMPRESAS EXPORTADORAS DE FRUTA. USOS Y COSTUMBRES. VALOR DE LA FRUTA. OBLIGACION DE DAR SUMAS DE DINERO. BUENA FE.

1.- Cabe confirmar la sentencia de grado que condena a la accionada a pagar una suma de dinero respecto de la operación de pago y entrega de fruta, pues los antecedentes fácticos y jurídicos analizados siguiendo las reglas de la sana critica (art. 388 del CPCyC), generan suficiente certeza acerca de la cantidad, destino y valor de los bienes que efectivamente fueron dados en propiedad por la accionada a la actora con motivo del contrato de compra venta, y la ausencia de elementos que den convencimiento de que comprendiera todos los entregados en el establecimiento elegido para procesarlo y obtener aquellos que eran su objeto, coincidiendo con la conclusión de la juez de grado respecto de la obligación de restituir las sumas entregadas en exceso a aquel valor.

2.- En los presentes no se configura la común característica que se presenta en aquellos contratos entre productores y los empacadores o empresas exportadoras de fruta -muchas veces verbales- en que la clasificación de la fruta se produce ex – post facto de su recepción, donde la buena fe y confianza entre los contratantes impone que ante la falta de observación de la calidad se aplique la presunción hominis acerca de la regularidad de la remesa o buen

estado del producto; ello así porque la prueba colectada fue elocuente respecto a que sólo tuvo por objeto aquella de un tipo determinado y con un precio preconvenido.

3.- La entrega de remesas de dinero, la entrega y facturación de los productos vendidos por la accionada, no hay evidencia de que se trate de una venta ajustada a los usos y costumbres que puedan equipararse a las previsiones de la Provincia de Río Negro N° 3611 denominada "Régimen de Transparencia del negocio frutícola" ni dentro de los límites de una consignación, que habilite justificar que la actora estuviera obligada a emitir una rendición o liquidación, porque ello no podía ser sino consecuencia de un proceso vinculado con la comercialización de bienes diversos por su calidad y, obviamente, su destino y precio, que nunca se concretó entre las partes que lo redujeron a uno solo, el de exportación, y con valores vinculados al mercado externo y en moneda extrajera.

4.- No existe prueba acerca de que la actora se haya apartado de los términos de la convención ni de sus deberes de lealtad contractual, comprobándose sí la ausencia de correlato de los hechos postulados por la demandada respecto a que la compraventa abarcara la totalidad de los productos recepcionados en el galpón de empaque local que había sido elegido a los fines de la prestación objeto del contrato, por no resultar conformada a ello su actuación subsiguiente y contemporánea consistente en registrar y facturar exclusivamente aquella que por su calidad era del exclusivo interés de la demandante, tanto como omitir toda información sobre el destino de la fruta restante y de exhibir la totalidad de sus registros de ventas.

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de agosto de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: COEXCO S.A. C/ SEOANE STELLA MARIS S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" (JNQCI5 EXP Nº 446370/2011), venidos en apelación 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.- Vienen las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de fecha 26 de mayo de 2016, expresando agravios a fs. 975/985 y vta., y contestado a fs. 987/992.

Expresa que su mandante se dedica a explotar una chacra de su propiedad produciendo frutas (manzanas y peras), que no es comerciante y no tiene obligación de llevar libros conforme el Código de Comercio ni el actual artículo 320 del C.C. y C. por cuanto no está organizada como una empresa.

Relata que le entregó a la actora la totalidad de su producción de fruta del año 2009/2010 dando cuenta de ello los remitos obrantes adjuntos a la contestación de demanda; recibiendo de ella solo las transferencias denunciadas en su demanda.

Explica que entrego un total de 441.410 kilos de fruta y recibió la suma total de $331.489,52 lo cual hace un total por kilo de fruta de $0.75; aclarando que no hubo contrato en que se pactara un precio como erróneamente lo dice lo sentencia; siendo que ni la propia actora en su demanda dice tamaño dislate.

Manifiesta con relación al derecho aplicable al caso que no se detendrá demasiado en si se debe aplicar la legislación derogada o la vigente dado que en ambos casos, la solución deberá ser igual; señalando que los usos y costumbres siguen siendo fuente directa del derecho. Así, transcribe el artículo 218 inciso 6, art. 219 y art. 964 del Código de Comercio afirmando que la interpretación de la prueba recolectada en autos que efectúa la juez de grado se aparta notoriamente de las misma. Tan así, que se aparta de lo que las partes coinciden: no había precio pactado.

Indica que la propia actora reconoce que se pacta un precio internacional que es fluctuante, que el empacador realiza adelantos de

dinero, y que al final de la temporada, una vez conocido el precio obtenido, el empacador “realiza un balance…por medio del cual se establece cual es el saldo correspondiente”.

Afirma que la sentencia hace caso omiso de ello y toma en consideración la declaración de un testigo calificado (nada menos que la contadora que realiza la certificación contable de fs. 4/5, Natalia Patricia García) quien describe un procedimiento absolutamente distinto al que las partes (siguiendo los usos y costumbres) han reconocido; señalando que con ello la contadora muestra que Coexco no realizó nunca la liquidación final a que se había comprometido, por ende, no tiene como justificar el precio pagado.

Agrega que aunque la actora pretende luego cambiar su versión en cuanto a la forma de contratación lo cierto es que no acompaña un solo instrumento del que así surja, y además en posterior postura contradice actos anteriores válidos, que no es jurídicamente admisible (“non concedit venire conra factum propium”).

Destaca que los otros dos testigos en que se apoya la juez de grado (Salinas y Barre), empleados jerárquicos de la actora, no describen un procedimiento diferente al señalado por los usos y costumbres, reconocido por las partes; ambos refieren a facturas y omiten toda relación a los remitos existentes sin facturar porque no existía ese ‘balance’, esa ‘liquidación’ que Coexco debía hacer y no lo hizo. A ello se adiciona, el procedimiento de contratación descripto por la testigo García a fs. 590 y vta., quien con sus dichos, refleja el incumplimiento de la parte actora.

Afirma que la sentencia omite toda consideración a los remitos acompañados cuya autenticidad ha sido corroborada por los transportistas Luis y Gabriel Cifuentes, limitándose a señalar que las “facturas Nro. 410 y 411” que la demandada pretende hacer valer, no se encuentran conformadas por la parte actora y, tomando como valido la afirmación del perito que no las considera por su falta de correlación con los remitos.

Explica que en esos remitos, se referencian variedad y cantidad de bines, los que son provistos por el empacador y contienen cada uno, aproximadamente 400 kilos de fruta, por lo que si se multiplica la cantidad de bines que dan cuenta los remitos por 400 surge que su representada entrego a Coexco 441.410 kilos de fruta.

Agrega que no toda la fruta era de exportación, también hubo fruta apta para el mercado interno y fruta de descarte; y dice que por ello, Coexco se cuida mucho de hablar de kilogramos de fruta. Cuestiona que si lo comprado es fruta de exportación –como dice la actora- y que sólo fueron los kilogramos que indica en las facturas que acepta como validas y dice haber pagado ¿que paso con el resto de los kilogramos entregados?

Alega que si se los hubiera devuelto debería contar con los correspondientes remitos de devolución, si las vendió, algunos al mercado interno y otros a la industria, debió liquidarlos y pagárselos a Coexco pero no lo hizo; y es aquí donde el sentenciante no advierte que nos sobran kilogramos de fruta o nos falta dinero porque la ecuación planteada por la actora no cierra por ninguna parte y tampoco alcanza a vislumbrar que en una relación de productor-empacador, o de productor-industria, la parte débil del contrato siempre es el productor (tan así que la Ley 25113 creó un sistema para protegerlo y otro tanto hace la Ley 3611 de la Provincia de Rio Negro) y el empacador es la parte fuerte del contrato, por ser quien establece sus normas, en el caso no escritas, quien maneja la clasificación de la fruta entregada y hace la liquidación final estableciendo el precio definitivo.

Critica la paupérrima prueba pericial efectuada en autos por cuanto consiste en una sumatoria de “copiar y pegar”, que carece de rigor científico.

De allí que la sentencia resulta arbitraria por cuanto no aplica la sana critica en el análisis de la misma, transcribiendo a la letra sus conclusiones.

Concluye que el fallo es arbitrario señalando que el precio que resulta del mismo resulta irrisorio; solicita se revoque con costas a la contraria por su culpa exclusiva.

Corrido el traslado de los agravios, contesta la actora a fs. 987/992.

Expresa que la pieza recursiva no cumple con los recaudos dispuestos por el art. 265 del código de rito, trasluciendo más bien una mera disconformidad con el fallo en crisis.

Destaca que se encuentra fuera de toda discusión que el presente proceso trata sobre reclamos de deuda de tintes netamente mercantiles sustentados cada uno de ellos en cierto vinculo contractual (compra venta de mercaderías) siendo importante delimitar dadas las posiciones adoptadas por los litigantes si, efectivamente la accionada adeuda suma alguna al accionante o si por el contrario, es la actora quien le debe a la demandada.

Asevera que la relación entre las partes no se encuentra dubitada por ende, no resiste mayor análisis.

Aclara respecto a la cuestión probatoria, que las partes tuvieron la oportunidad no solo de ofrecer los medios que consideraran ajustados a sus pretensiones sino también de lograr los resultados tendientes a obtener la razón de sus dichos; debiendo ambas cumplir con lo dispuesto por el art. 377 C.P.C. y C. en cuanto a la carga probatoria siendo la accionada quien estuvo lejos de poder demostrar su postura. Incluso su impugnación se redujo a mencionar cuestiones que ni siquiera formaron parte de la controversia

(finalidad de la ley de transparencia frutícola).

Alega que este proceso no versa sobre el hecho de delimitar el valor que le fue asignado a la fruta (precio pactado entre la Sra. Seoane y Coexco S.A.) sino de determinar si existen deudas pendientes entre las partes: ese es el tema decidendum y en todo caso una vez determinadas cuantificar los reclamos. A tal fin, Coexco S.A. adjunto facturas, certificación contable de deuda, transferencias bancarias, y ofreció la declaración de testigos, la realización de una prueba pericial contable e informes bancarios.

Explicita que los resultados obtenidos a través de la prueba pericial contable otorgaron entidad suficiente al reclamo enderezado por Coexco S.A. en tanto la misma se llevo a cabo sobre los libros de comercio de la actora los que contenía en sus registros las operatorias señaladas en el reclamo inicial.

Y que a tal fin, la magistrada valoró el informe del perito quien fue concluyente al indicar, que los citados remitos no pueden vincularse con las facturas que pretende hacer valer la demandada indicando en aval a ello que las cantidades de bines no coinciden entre si, dado que los consignados en las facturas difieren de los consignados en los remitos.

Controvierte cuales fueron las razones que le impidieron a la demandada, efectivizar el reclamo en torno a las sumas que dijo se le adeudan cuando en rigor de verdad su despliegue pretensor recién se avizoró una vez que la accionante inició los reclamos pertinentes a través de la vía epistolar; antes de ello no hubo reclamos por parte de la Sra. Seoane lo cual implica de algún modo que la demandada no poseía razones para formular ningún tipo de reclamo.

Indica que se acreditó mediante las transferencias bancarias los efectivos pagos realizados en beneficio de la demandada siendo reconocida por la accionada al momento en que contesto la demanda a fs. 229 vta.; que los testimonios todos abonan en su conjunto la tesis expuesta por la accionante. El informe brindado por el BBVA Banco Francés S.A. fue contundente al detallar las efectivas transferencias de fondos. (cfr. fs. 416, 421, 432, 436, 442, 448, 453, 457 y 466).

Concluye que los elementos de prueba valorados por la juez de grado revisten entidad suficiente a fin de otorgarle a su decisión la validez requerida por ende no puede ser considerada arbitraria. Sus conclusiones se sustentan en los elementos de prueba aportados al proceso siendo inadmisible pretender sostener una reconvención con testigos, que ni siquiera tenían conocimiento sobre la negociación habida entre las partes o bien en base a remitos que de ninguna manera pueden ser atribuidos a ciertas facturas cuando sus contenidos, difieren abiertamente entre si. Siendo ello así, afirma que resulta irrelevante que la accionada sea comerciante o no, que lleve libros de comercio o no; si hubo contrato entre las partes o no; reeditar los antecedentes del caso; la presencia de los usos y costumbres en punto al negocio denunciado; si se pacto un precio y como fue pactado; analizar el propósito de la ley de transparencia frutícola. Siendo si, relevantes: los resultados obtenidos a través de los distintos medios de prueba los que en su conjunto demostraron la existencia de una deuda en favor de COEXCO S.A. y la inexistencia de saldos adeudados en favor de la Sra. Seoane, circunstancias que sin lugar a dudas imponen la admisibilidad de la demanda y el rechazo de la reconvención.

II.- Que abordando las cuestiones traídas a entendimiento, procede aclarar que con motivo de la estrecha vinculación entre los agravios no se seguirá el orden postulado, atento a concurrir en el sentido de exteriorizar que el juez de grado hizo una insuficiente valoración de la prueba e incorrecta interpretación del contrato que unió a las partes y las normas aplicables.

A su vez, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios, 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).

A.- Que la sentencia en crisis, con expresa imposición en costas a la vencida, resolvió hacer lugar a la demanda incoada por Coexco S.A., y en su mérito condeno a Stella Maris Seoane Seoane, a abonar al actor en el plazo de diez (10) días de notificada de la presente, la suma de $ 262.305,78, con más los intereses determinados en los considerandos; también rechaza la reconvención planteada por $ 115.293,14.

Para así decidir consideró que se corrobora con la declaración de los testigos que declararon respecto de la operación de pago y entrega de fruta, el informe pericial y la registración contable de la actora relacionada a la diferencia existente entre la entrega de mercadería y el dinero que recibió la accionada, quien a su vez no probó los extremos de su contrademanda respecto a lo abonado por un trabajo encargado por la accionante ni lo adeudado en concepto de productos por la falta de correspondencia de los remitos con las facturas, que además no se encuentran conformadas.

B.- Que el inicial abordaje del recurso impone anticipar que a esta Alzada llegan conformes los antecedentes vinculados al

postulado que era carga de la actora acreditar en cuanto a haber recepcionado fruta de calidad de exportación de parte de la demandada, quien emitió y le entregó ocho (8) facturas N° 401, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, bajo el concepto de kilos de peras y manzanas con "calidad de exportación" fechadas el 15.04.10, 14.05.10, 14.05.10, 02.08.10, 02.08.10, 26.10.10, 26.10.10 y 08.11.10 (fs. 838 a 845), conteniendo el precio en dólares estadounidenses por kilo (U$S0,20, 0,25, 0,15) por un total equivalente a $69.183,74; así como que, entre el 27.01.2010 y el 01.01.2010, transfirió $331.489,52 –según informado a fs. 416,421, 432, 436, 442, 448, 453, 457 y 460- motivando la remisión de la carta documento el 01.02.11 en que intimó la restitución de $ 262.305,78 abonados en más sin provisión de mercadería (fs. 827/829); todo ello avalado por la pericia contable (fs. 611/631) y los testimonios de la Sra. García (fs. 590), Sr. Barre (fs. 572) y el Sr. Salinas (fs. 546/792) que describieron la compraventa de productos con destino a la exportación y en forma exclusiva por tratarse de la actividad de la actora.

Particular atención merece el dictamen pericial que en la compulsa de los libros pudo observar la diferencia de entrega de mercadería y el dinero transferido, que coincide con el monto reclamado, que no hay correspondencia entre los remitos acompañados con las dos últimas facturas emitidas por la accionada, que tampoco fueron conformadas por la actora, y la imposibilidad de constatar los libros de registros de aquella.

C.- Que la accionada, siguiendo lo postulado en su responde y reconvención, cuestiona que la juez de grado no atendiera a la prueba producida ni a las reglas aplicables a fin de establecer la naturaleza de la convención y su ejecución en relación a la calidad y destino de la fruta; sostiene que con la documental aportada acreditó la entrega de 441.410 kg. de peras y manzanas, conforme los remitos N° 0001-329 a 341, 0001-344 a 349, 0001-351 a 354, 0001-356 al 358, 0001-359 al 360, 0001-362 a 364 y 0001-366, emitidos entre enero y abril de 2010, y dos facturas fechadas el 31-12-10 y 30.04.11 bajo el rubro: "A cuenta liquidación de fruta 2010" por $89.505 y "Liquidación final cosecha 2010 Manzana y pera s/Remitos" por $270.548,92 (fs. 914/915), y la declaración de los testigos Luis y Gabriel Cifuentes respecto a la recepción de la fruta en la empresa de empaque y la intermediación del Ing. Salinas en el pago del transporte hasta allí desde el lugar de producción (fs. 810/811).

Entiende haber demostrado que lo acordado fue una compraventa por peras y manzanas que produce en su establecimiento en diversas variedades conforme los usos y costumbres locales vigentes, bajo una modalidad equivalente a la prevista en la Ley 3611 de la Provincia de Río Negro, e indiferente del destino que pudiera otorgarle la actora (mercado interno, industria o exportación), por la que debió rendir cuentas al concluirse la operación.

D.- Que el tipo contractual que alcanza al vínculo que unió a las partes se encuentra definido y regulado en las previsiones para la compra venta mercantil contenidas en el Código de Comercio, vigente al momento de entablado aquel, concretamente a partir de su art. 450 ("La compraventa mercantil es un contrato por el cual una persona, sea o no propietaria o poseedora de la cosa objeto de la convención, se obliga a entregarla o a hacerla adquirir en propiedad a otra persona, que se obliga por su parte, a pagar un precio convenido, y la compra para revenderla o alquilar su uso."), a la que se considera consensual, sinalgmático, oneroso, no formal y, en consecuencia, puede celebrarse sin atenerse a forma alguna, admitiéndose todo medio de prueba para acreditarlo (Zavala de Rodriguez, Cód. de Comercio y Leyes Comentado" (Edit. De Palama 1969, Tº II, Nro. 1148 ter).

Que en relación a la prueba de los contratos comerciales, a partir de la previsión del art. 208 del C. de Comercio en lo que resulta de interés para esta causa ("Los contratos comerciales pueden justificarse: ... 5º) Por los libros de los comerciantes y las facturas aceptadas; 6º) Por confesión de parte y por juramento; y 7º) Por testigos. Son también admisibles las presunciones, conforme a las reglas establecidas en el presente Título"), la doctrina considera que se trata de una mera enunciación, que salvo hipótesis especiales, tratándose de materia procesal y no sustancial se deben admitir también además todas aquellas que los códigos procesales regulan como procedentes, para concluir que el único límite para adoptar los medios probatorios sólo lo constituyen las reglas de la sana crítica y las garantías de veracidad y de autenticidad a que debe sujetarse cualquier procedimiento probatorio. (Fontanarrosa, Rodolfo O., "Derecho Comercial Argentino", Buenos Aires, Zavalía, 1.976, Tomo II, pág. 123 y sgtes.).

Sobre este punto, también el citado cuerpo normativo incorpora normas de carácter general como lo son el art 208 dicta que el art. 210 que, a contrario sensu, regula que "Los contratos para los cuales se establecen determinadamente en este Código formas o solemnidades particulares no producirán acción en juicio si aquellas formas o solemnidades no han sido observadas"; y a su vez el inc. 4º) del art. 218 establece como reglas de interpretación de las cláusulas contractuales que "Los hechos que los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrarse el contrato".

Que acerca de las presunciones y a los consentimientos tácitos que aparecen en la legislación mercantil, y de aplicación al supuesto de autos, el art. 474, 3er. Párrafo del C.Comercio dicta que "Las referidas facturas no siendo reclamada por el comprador dentro de los 10 días siguientes a la entrega y recibo se presumen cuentas liquidadas, concordante ello con el art. 73 "El que deja transcurrir 1 mes, contado desde la recepción de una cuenta, sin hacer observaciones, se presume que reconoce implícitamente la

exactitud de la cuenta salvo prueba en contrario, y salvo igualmente la disposición especial a ciertos casos".

Que, como se anticipara, el art. 63 dispone: "Los libros de comercio llevados en la forma y con los requisitos prescriptos, serán admitidos en juicio como medio de prueba entre comerciantes en hechos de su comercio, del modo y en los casos expresados en este Código. Sus asientos probarán contra los comerciantes a quienes pertenezcan los libros o sus sucesores, aunque no estuvieren en forma, sin admitírseles prueba en contrario; el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que lo perjudiquen, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, estará por las resueltas combinadas que presenten todos los asientos relativos al punto cuestionado. También harán prueba de los libros de comercio a favor de sus dueños cuando su adversario no presente asientos en contrario hechos en libros arreglados a derecho y otra prueba plena concluyente. Sin embargo, el juez tiene en tal caso la facultad de apreciar esa prueba y de exigir, si lo considerase necesario otra supletoria. Finalmente, cuando resulte prueba contradictoria de los libros de las partes que litigan, y uno y otros se hallen con todas las formalidades necesarias y sin vicio alguno, el tribunal prescindirá de este medio de prueba y procederá por los méritos de las demás probanzas que se presenten, calificándolas con arreglo a las disposiciones de este Código"; a su vez, el último párrafo del art. 43, luego de la reforma incorporada por el decreto 4777/63 establece: "Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva" todo lo cual hace operable la producción de la prueba pericial contable, contemplada en los arts. 456/478 del C.P.C. y C..

Que finalmente, en el art. 209 del Código de Comercio del C. de Comercio para aquel contrato cuyo monto sea superior a los valores allí expresado, se conjuga la exigencia escrituraria en la forma y prueba, infiriéndose que requieren principio de prueba por escrito para reputar admisible la prueba testimonial para demostrar su existencia; sin embargo las excepciones a tal principio están contempladas en el art. 1191 del Código Civil, cuerpo normativo de aplicación supletoria (conf. Art. 207 C.Comercio).

Sobre el particular, cabe indicar que no se debe confundir la existencia y prueba del contrato en sí, con la de las circunstancias vinculadas a su cumplimiento y ejecución, pues estos últimos pueden acreditarse por testigos; en este orden de ideas se ha entendido que "por imperio del art. 1193 del Cód. Civil la regla general es que los contratos deben probarse por escrito, como exigencia de forma, y esta admonición legal se refiere a la prueba de la celebración de la convención; pero no comprende a los hechos subsiguientes que demuestran la existencia del contrato". (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, 1993/03/03, "Ríos, Alfredo O. c. Chirino Lobato S. A., Alfredo", RF Cuyo, 1994-12-116).

E.- Que a tenor de lo expuesto, y en principio, cabe atender que en el caso no existe contrato escrito ni otros que hubieran mantenido las partes que habiliten considerar aplicable otras regulaciones que la citada.

Que aún cuando la ley de la Provincia de Río Negro N° 3611 denominada "Régimen de Transparencia del negocio frutícola" se trata de una norma ajena a los presentes por su ámbito de aplicación, lo cierto es que es la propia accionada la que a lo largo de toda la vinculación aquí analizada no ha seguido ni ha exigido el cumplimiento sus preceptos, pretendiendo que allí fueron receptados usos y costumbres regionales en la materia involucrados en los presentes, que son muy concretas acerca de las especificaciones vinculadas con la fruta, sea por especie, variedad, pautas para la clasificación y su control, causales de rechazo y determinación del descarte y precio, como lo prevé dicha norma debe estar prevista expresamente en el contrato escrito, según su art. 4°.

Y el claro apartamiento se comprueba cuando en su art. 7° al sentar el derecho que tiene el productor a "supervisar el proceso de clasificación de fruta", en su segundo apartado fija que "la entregada no podrá ser procesada en tanto las partes no acuerden sobre dicha estimación, fundamentalmente acerca del porcentaje de descarte".

Que la prueba colectada es elocuente en que autorizó el procesamiento de la fruta producida y nunca previó ni ejerció la supervisión de los bienes que fueron ingresados a la empresa del empaque en todo lo relacionado al contrato que lo unía con la actora, circunstancia sólo justificada por su innecesariedad desde que su objeto estaba limitado a la fruta que era clasificada por su calidad como "exportable" y por la que se había pactado además de la empresa que lo concretaría, también el precio en moneda extranjera que tampoco fue cuestionado.

Así, de las facturas que emitiera resulta que fue el precio consignado por la propia accionada a lo largo de un periodo que se extendió entre abril y noviembre de 2010, desvirtuando su afirmación de su inexistencia.

Luego, insisto, fue la modalidad expuesta la que hizo irrelevante el control estatal a la que apunta la ley citada, que se dirige a suplir la posición dominante de las empresas ante el productor.

Finalmente, no se evidencia ni denuncia a qué usos locales se refiere cuando se trata del cumplimiento de un contrato que comprende exclusivamente productos de una calidad determinada, cuando resulta acreditado que las partes coincidieron y confiaron en el tercero que se ocuparía de efectuar la clasificación (Martín Pescador/Santo Della Gaspera), sobre el que no se aportó prueba que informe que haya actuado exclusivamente en nombre y representación de la actora.

En conclusión, en los presentes no se configura la común característica que se presenta en aquellos contratos entre productores y los empacadores o empresas exportadoras de fruta -muchas veces verbales- en que la clasificación de la fruta se produce ex – post facto de su recepción, donde la buena fe y confianza entre los contratantes impone que ante la falta de observación de la calidad se aplique la presunción hominis acerca de la regularidad de la remesa o buen estado del producto; ello así porque la prueba colectada fue elocuente respecto a que sólo tuvo por objeto aquella de un tipo determinado y con un precio preconvenido.

F.- Atendiendo a la crítica relacionada a que el contrato imponía una liquidación final a cargo de la accionada, cabe reseñar que la exigencia no se corresponde con antecedente que indique que así fuera asumido o previsto en el contrato, por ser típico de operaciones de venta en que a la recepción de fruta le sigue una clasificación que es controlada y con precios variables conforme su calidad o diversidad de destino, y en el caso se ve desplazada incluso la figura de la consignación, donde es de su esencia también la predeterminación de todos los elementos de la compra venta.

Que conforme su antecedente, el “astimatorum” romano, en el que una persona entregaba una cosa “estimada” en un determinado precio a otra, quien se obligaba a venderla dentro de un plazo, vencido el cual debía abonar el valor fijado o restituirla intacta, el contrato de consignación regulado por el C. Comercio a partir de su art. 232, contemplaba la posibilidad que el encargo sea cualquier negocio siempre que se trate de un acto de comercio.-

Que por su naturaleza personal, por ejemplo, es de su esencia la obligación del consignatario de comunicar a su comitente los hechos que sean de tal naturaleza que puedan influir en que se deje sin efecto lo encomendado (art. 229 C.Com.), así como “todas las noticias convenientes sobre las negociaciones que puso a su cuidado, para que éste pueda confirmar, reformar o modificar sus órdenes, y en el caso de haber concluido la negociación, deberá indefectiblemente, darle aviso dentro de las veinticuatro horas, o por el correo más inmediato al día en que se creó el convenio” (art. 245), mientras que luego de concluido el negocio, emerge el deber rendir “cuenta detallada y justificada de todas las operaciones y cantidades entregadas o percibidas, reintegrando al comitente, por los medios que éste le prescriba, el sobrante que resulte a su favor.” (art. 277).

A su vez, constituye una exigencia para el consignatario no alterar “las marcas de los efectos que hubiere comprado o vendido por cuenta ajena, a no ser que tuviere para ello orden expresa del comitente” (art. 254 C.Com.) y si vende a plazo debe “expresar, en las cuentas y avisos que dé al comitente, los nombres y domicilios de los compradores y plazos estipulados. Si no hiciere esa declaración explícita, se presume que las ventas fueron al contado, sin que le sea admitida la prueba contraria” (art. 259).

Que a lo largo del tiempo en que se extendió la entrega de remesas de dinero, la entrega y facturación de los productos vendidos por la accionada, no hay evidencia de que se trate de una venta ajustada a los usos y costumbres que puedan equipararse a las previsiones de la ley provincial citada ni dentro de los límites de una consignación, que habilite justificar que la actora estuviera obligada a emitir una rendición o liquidación, porque ello no podía ser sino consecuencia de un proceso vinculado con la comercialización de bienes diversos por su calidad y, obviamente, su destino y precio, que nunca se concretó entre las partes que lo redujeron a uno solo, el de exportación, y con valores vinculados al mercado externo y en moneda extrajera.

Acerca de este punto, no se comprueba déficit en la evaluación probatoria relacionada con la modalidad contractual que pretende la accionada en base a lo aportado por las declaraciones testimoniales de los Sres. José Luis y Gabriel Cifuentes (fs. 810/811) que hicieron el transporte desde la chacra hasta el lugar de procesamiento, por la circunstancia de haber afirmado que ello estuvo a cargo de un tercero que la actora también había designado para controlar la calidad de la fruta en el empaque (Salinas fs. 792), actividad ciertamente justificada para preservarla con motivo de la responsabilidad asumida ante compradores en el exterior y razonable a tenor de la distancia con el asiento de su establecimiento, en la ciudad de San Pedro, Pcia. De Buenos Aires.

G.- Que respecto a la valoración de las dos últimas facturas fechadas el 31 diciembre de 2010 y el 30 abril de 2011 (Nº 410 y 411, fs. 145/146), cabe coincidir con la observación que a su respecto hace el perito contador, de que la primera de ellas no se consigna tipo ni cantidad de fruta, y en la segunda, es factible hallar su correspondencia con los remitos (fs. 680/681), habiendo señalado antes al responder la impugnación, la necesidad de contar con los respectivos tickets de pago del IVA sobre ventas (fs. 643) que nunca fue proporcionada.

Ello no es menos si se atiende a que por un lado se computarían remesas que no fueron reconocidas por los transportistas citados (fs. 810/811), concretamente los Remitos N° 186, 187, 191 y 203, incorporándose en el último de ellos la descripción de “Manzana Suelo”, imposible de incluir dentro del objeto contractual analizado.

Que como bien advierte la actora, en este punto cobra relevancia la previsión contenida en los art. 387 y 388 del CPCyC, como presunción favorable a la existencia de la compra venta con los límites planteados en la demanda donde se comprobó total ajuste con su contabilidad, cuando por el otro lado, estando en condiciones de desvirtuarlos, la demandada no puso a disposición sus registros en ocasión de la producción de la pericial contable y que le fuera requerido (fs. 403 y 499).

Que art. 387 del CPCyC, contempla que si se tratare de documentos esenciales para la solución del litigio, las partes se

encuentran obligadas a exhibirlos, constituyendo una carga que si bien no autoriza que se ordenen medidas compulsivas para obtenerlos, siguiendo al art. 388 del rito, se habrá de derivar de ello una presunción adversa a su posición procesal.

H.-Que comprometiendo a las partes ajustarse a la buena fe contractual, el art. 1198 1ra. parte del C.Civil, se imponía desarrollar una actividad leal y diligente, evitando otorgar una negligente conformidad a la apariencia creada, máxime por tratarse de una convención verbal, reconocida como buena fe creencia.

Que si bien está fuera de cuestión la entrega de productos consignados en los remitos de ingreso al establecimiento de un tercero donde debían ser clasificados para obtener aquellos en condiciones de ser exportados, ello por sí solo no acredita que el negocio sea comprensivo de la totalidad del entregado, cuando los testigos Barre, García y Salina son contestes a qué quedó limitada la compra venta y cuál es la principal actividad de la actora que se buscó satisfacer: exportación, y que además se corresponde con la facturación emitida en dicho proceso por la accionada.

Que la buena fe y el principio “venire contra factum proprium non valet” se encuentran estrechamente vinculados, no resultando ajeno a ello la reforma al art. 1198 del Código Civil que introdujo como primer párrafo: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión” cuando se introdujo el concepto de “buena fe creencia” consistente en “la convicción razonada y diligente del contratante que se atiene a lo que surge de la apariencia, de lo externo, porque existe una situación invencible para poner de resalto la verdad jurídica” (Alberto Sporta, Volumen III, Pag. 348, Edit. Depalma, Año 1980).

Por su parte, también alcanza al presente la limitación contenida en el art. 1071 del anterior C.Civil, equiparable al actual art. 1067 del CCyC, que impone a los contratantes “abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas “tal la buena fe lealtad o probidad que implica “a)colaboración recíproca; b)abstención de actos antifucionales; c)brindar conocimiento a la otra parte de actos dañosos para ésta, y que pueden evitarse sin detrimento para la contraparte; d)cumplimiento a lo que en forma virtual surja de lo pactado (art. 1198, 1ra. Parte); e) comprensión legal y proba de lo contratado (interpretación de buena fe (art. 1198 1ra. Parte) y conforme a las directivas que el mismo C.Com. ofrece, aplicables per analogiam causan (f) terminación no intempestiva “ (autor y obra citados, pag. 351).

Siguiendo a Ana I. Piaggi (Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios) el "nemo contra factum proprium potest" constituye "un modelo objetivo de conducta constitutivo de un principio general del derecho –autónomo y residual-, derivado directa e inmediatamente del principio general de la buena fe, al que le resultan aplicables las elaboraciones realizadas alrededor de éste y también es uno de los medios a través del cual los jueces controlan los llamados "poderes privados". Adicionalmente, constituye un límite de los derechos subjetivos que obliga a un deber jurídico de tipo positivo: coherencia con la propia conducta.

“Formuladas estas advertencias podemos pasar a aseverar que su aplicación significa mayor utilización del arbitrio judicial que convierte una idea abstracta en una solución concreta.

“Naturalmente el enfoque que antecede importa un impedimento para hacer valer un derecho que en otra situación podría ejercerse en base a que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior válida, deliberada, voluntaria, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

“Lo cierto es que el contravenir el hecho propio –expresa o tácitamente- implica ya no sólo destruir lo hecho sino desconocerlo para evitar sus secuelas o eludirlas.

“De tales características se siguen ciertas consecuencias, la primera que estimamos relevante es que siendo el "venire..." un principio general del derecho con autonomía y autosuficiencia por aplicación del artículo 16 del código civil es susceptible de ser invocado tanto como excepción sustancial para impedir el progreso de una pretensión o como acción para fundar la existencia de un derecho.

“En todos los casos el acto contradictorio trasunta deslealtad.

“La segunda es que es un principio autónomo, pero los actos que vinculan a su autor han de poseer solidez y consistencia, para de ellos deducir declaraciones de voluntad en términos concluyentes e inequívocos.

“No está desprovisto de interés reproducir ciertas normas del ordenamiento argentino que receptan indubitablemente la doctrina del "venire..."; vgr.: el artículo 218, inc. 4º del Código de Comercio, que determina que la actividad de las partes es un elemento relevante para interpretar el negocio celebrado: "...los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato".

“Como ejemplificación de la denominada fuerza probatoria de la conducta en juicio el "venire..." expresa un claro valor indiciario en el artículo 163, inc. 5º, párrafo tercero del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación: "...la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción ... para juzgar la procedencia de las

respectivas pretensiones". Según Peyrano y Chiappini la subyacencia del "venire..." que apoya en esa norma se advierte con claridad en la variante conocida como "prueba de intercadencia".

“El panorama así planteado exige recordar que no sólo quedan sometidas al "venire..." las contradicciones acaecidas dentro del proceso, pues la limitación subjetiva de la doctrina es invocable también como oposición a actos efectuados extrajudicialmente”.

Que no existe prueba acerca de que la actora se haya apartado de los términos de la convención ni de sus deberes de lealtad contractual, comprobándose sí la ausencia de correlato de los hechos postulados por la demandada respecto a que la compraventa abarcara la totalidad de los productos recepcionados en el galpón de empaque local que había sido elegido a los fines de la prestación objeto del contrato, por no resultar conformada a ello su actuación subsiguiente y contemporánea consistente en registrar y facturar exclusivamente aquella que por su calidad era del exclusivo interés de la demandante, tanto como omitir toda información sobre el destino de la fruta restante y de exhibir la totalidad de sus registros de ventas.

II.- Que los antecedentes fácticos y jurídicos analizados siguiendo las reglas de la sana critica (art. 388 del CPCyC), generan suficiente certeza acerca de la cantidad, destino y valor de los bienes que efectivamente fueron dados en propiedad por la accionada a la actora con motivo del contrato de compra venta, y la ausencia de elementos que den convencimiento de que comprendiera todos los entregados en el establecimiento elegido para procesarlo y obtener aquellos que eran su objeto, coincidiendo con la conclusión de la juez de grado respecto de la obligación de restituir las sumas entregadas en exceso a aquel valor.

III.- Que conforme a las consideraciones expuestas, propiciaré el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la accionada contra la sentencia definitiva de fecha 26.05.2016, la que habrá de confirmarse en todo lo que fue materia de agravios regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes en oportunidad de cumplirse la liquidación en la etapa de ejecución de sentencia, en la proporción del 30% y 20% de los devengados en la instancia de grado para los letrados que en actuaron en la misma condición (art. 15 L.A. vigente).

IV.- Las costas se impondrán a la accionada en su carácter de vencida (art. 68 del CPCyC), conforme no verse alterado el principio general allí establecido.

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. 958/936 y vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo 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

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"DIAZ URIBE MARIA MERCEDES C/ SIERRA GABRIELA B. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES GENERICAS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 500786/2013) – Sentencia: 136/17 – Fecha: 17/08/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Despido.

SERVICIO DOMESTICO. DESPIDO INDIRECTO. FECHA DEL DISTRACTO. APRECIACION DE LA PRUEBA. LEY APLICABLE. INDEMNIZACION POR DESPIDO.

La fecha del distracto determinada en la instancia de grado resulta correcta, toda vez que la relación laboral no finaliza como consecuencia de una lesión, conforme describe la demandada en su misiva (…), máxime cuando la actora no concurría a trabajar porque se encontraba gozando de licencia por dicho motivo, sino que para que el vínculo finalice de manera unilateral, es necesario una decisión expresa, clara, contundente por parte de la empleadora comunicando tal circunstancia a su dependiente, que no deje margen de dudas sobre la continuidad o extinción del mismo. Consecuentemente, al estar vigente la Ley N°26.844, al efectuarse el 22/04/2013, la extinción de la relación laboral -por despido indirecto-, corresponde liquidar la indemnización sobre la base de dicha norma, tal como se ha realizado en la instancia de origen.

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de agosto de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DIAZ URIBE MARIA MERCEDES C/ SIERRA GABRIELA B. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES GENERICAS", (JNQLA4 EXPTE. Nº 500786/2013), venidos en apelación a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan 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 de primera instancia dictada a fs. 119/126, hizo lugar a la demanda y en consecuencia condenó a la accionada a abonar a la actora la suma de $35.481,23, con más los intereses determinados en el considerando respectivo.

Y, a su vez, la condenó a entregar el certificado de servicios y remuneraciones, bajo apercibimiento de astreintes.

Con costas a cargo de la accionada.

Contra dicho fallo apela la accionada a fs. 129/131 y vta., cuyo traslado es contestado por la contraria a fs. 133/135, solicitando su rechazo con costas.

II.- Cuestiona la parte recurrente que el juez de grado haya concluido que el vínculo laboral mantenido con la actora finalizó el día 22 de abril de 2013, por despido indirecto.

Afirma, que ello carece de fundamento jurídico y contraría groseramente la prueba producida en la presente causa.

Aduce, que en fecha 21 de marzo de 2013 la actora remite un telegrama a su mandante solicitando se le aclare su situación laboral en virtud de haber percibido su liquidación final y firmado el respectivo recibo, ello con una intimación por el término de 24 hs., bajo apercibimiento de despido indirecto.

Advierte, que según esta intimación y demás documentación aportada, la accionante se encontraba sin desempeñar tareas desde enero del 2013, por una intervención quirúrgica en el hombro. Más de un mes después, el día 19/03/16, y cuando aún contaba con licencia por su patología, la actora percibe una suma de dinero en concepto de liquidación final y suscribe el respectivo recibo. Y que tan solo dos días después, contando ya con asistencia letrada, remite un telegrama laboral solicitando se aclare su situación laboral.

Por tales motivos, menciona que la accionante consintió el despido, por lo que entiende que no corresponde que con posterioridad solicite se aclare su situación laboral.

Refiere, que dentro de las 48 hs, de recepcionada la misiva de la actora pidiendo se aclare situación laboral, el día 4 de abril de 2013 (telegrama de fs. 19), su parte le informa que el vinculo laboral estaba extinguido en virtud de la imposibilidad de prestar tareas por una enfermedad no inculpable que la aquejaba desde el mes de enero del mismo año.

Sostiene, que encontrándose recepcionada la misiva por la demandante, no existen argumentos jurídicos serios que permitan sostener que el vínculo laboral continuó su curso más allá de dicho momento.

Advierte, que esta circunstancia determinante es expresamente reconocida por la parte actora en su misiva del 22 de abril de 2013, por lo que entiende que el expreso reconocimiento de la actora sobre la extinción del vínculo ocurrió con mucha anterioridad al día 22 de abril de 2013.

Interpreta, que pretender que la relación se mantuvo vigente hasta la recepción de la misiva de la actora el día 22 de abril de 2013, implica no solo negar los hechos tal como acontecieron, en franca violación principio de verdad material, sino también un yerro

jurídico en cuanto a la eficacia de los efectos del intercambio epistolar y de la eficacia de la extinción del vínculo.

Aduce, que no existen dudas de que la parte actora ha intentado especular con las fechas a fin de quedar encuadrado con un régimen distinto al que rigió la relación laboral, desde su inicio y hasta su finalización.

Dice, que si bien su mandante no había recibido con anterioridad a la extinción del vínculo ningún certificado médico posterior al de fecha 28 de febrero de 2013, extremo que no ha sido desvirtuado por ninguna prueba producida en autos, aún en el caso de que hubiera un certificado de fecha posterior presentado, dicha circunstancia no obstaría de eficacia al despido, en virtud de los claros términos del art. 213 de la LCT.

Concluye, que el vínculo laboral entre las partes se encontraba extinguido al momento de la entrada en vigencia de la Ley 26.844, motivo por el que los efectos de la desvinculación debieron ser analizados e interpretados a la luz del régimen vigente durante toda la relación, esto es el Dto. Ley 326/56.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, corresponde determinar si la fecha del distracto determinada en la instancia de grado resulta correcta, pues en función de la misma es que corresponde la aplicación del régimen establecido por el Dto. Ley 326/56 o el estatuido por la Ley N° 26.844, vigente desde el 21 de abril de 2013.

Para ello, cabe efectuar un análisis de los distintos telegramas cursados por las partes, a fin de determinar la fecha en que la trabajadora pudo razonablemente considerarse despedida.

De modo que según constancia obrante a fs. 17, el 21 de marzo de 2013, la actora envía telegrama Ley, a la Sra. Gabriela Sierra, empleando los siguientes términos: “Habiendo ingresado a trabajar para Ud. con fecha 01/03/2000 bajo el régimen de decreto-ley 356/1956 (siendo blanqueada la relación recién a partir del 05/03/05), me dirijo a Ud. con motivo de la suma de $1240,18 que Ud. me entregara en fecha 19/03/2013 acompañada de un recibo que inadvertidamente firmé, en que me liquida el sueldo proporcional de Febrero/13, y el proporcional del aguinaldo y de las vacaciones, ello por cuanto tales sumas deben pagarse cuando la relación laboral queda extinguida, sin embargo, al día de la fecha no he sido despedida, ni verbalmente y menos aún mediante notificación fehaciente. Además, me encuentro con reposo laboral (hasta el 30 de marzo de 2013) según certificado médico, oportunamente presentado, por haber sido operada del hombro izquierdo el 06/02/13. Por todo lo expuesto, la intimo para que en el término de 24 horas aclare mi situación laboral. Para todos los efectos legales comuníquese con la Dra. Karina Izuel…”.

Del telegrama mencionado, se desprende que si bien la Sra. María Mercedes Díaz Uribe, reconoció que durante su etapa de reposo laboral en fecha: 19/03/2013 firmó un recibo mediante el cual se le abonaba la suma de $1240,18 en concepto de liquidación por sueldo proporcional de Febrero/13, proporcional del aguinaldo y vacaciones, tal circunstancia dentro del contexto como sucedieron los hechos, en donde no hay una comunicación precisa, clara y concreta por parte de la empleadora destinada a comunicar que prescindía de los servicios de la actora, no puede ser interpretada en disfavor de esta última.

Ello así, máxime cuando entre la liquidación cuyo recibo data del 19/03/2013 y el telegrama ley de fs. 17, de fecha: 21/03/2013, mediante el cual la actora pide se aclare situación laboral, no han pasado más de dos días. Extremo que demuestra que la actora a pesar de haber reconocido percibir un importe por liquidación de los rubros proporcional de Febrero/13, aguinaldo y vacaciones, no tenía pleno conocimiento que la demandada pretendía prescindir de sus servicios.

De allí, que la intención de la accionada no surte efectos para fijar la fecha del distracto, pues para ello debe cumplir con la carga de comunicar el despido a su dependiente, sin que puedan quedar dudas al respecto.

Advierto, que el telegrama de fs. 17, mediante el cual la actora, ante el confuso episodio pide a la demandada que aclare su situación laboral, ha sido realizado con el asesoramiento legal de la Dra. Katerina Izuel, lo que confirma aún más el desconocimiento que hasta ese momento poseía la actora sobre su situación actual.

A su turno, la empleadora, como respuesta a dicho telegrama con fecha 4 de abril de 2013, conforme mediante carta documento de fs. 19, expresa: “Reitero mi CD. 142559924, CON FECHA 27/03/2013 destinada a María Mercedes Díaz URIBE, con domicilio en calle ..., tal cual figura en el telegrama enviado por quien menciono el día 21/03 bajo N°CD. 353319871 y siendo notificada el día 25/03. La misma fue devuelta a quien suscribe por ser DIRECCIÓN INEXISTENTE; donde dice:

Que rechazo por mendaz e improcedente su TCL 353319871 de fecha 21/03/2013. Niego terminantemente que Ud haya ingresado a trabajar para la suscripta con fecha 01/03/2000, siendo la fecha real de ingreso el día 05/03/2005. Niego que la relación se hubiera regido por el decreto ley 356/1996 atento a que los servicios que Ud. prestara en mi hogar no excedían las 4 horas diarias y en total dicha jornada era inferior a las 20 hs semanales, por lo tanto queda excluida de la situación que regula dicha norma. Niego que tenga que aclarar situación laboral cuando el vínculo finalizó a raíz de una lesión por la cual no pudo concurrir más a mi domicilio desde mediados del mes de enero del corriente año, por lo cual presentó sucesivos certificados médicos…”. (la negrita me pertenece).

De los términos de la carta documento transcripta, se desprende que la empleadora no sólo negaba que la actora estuviera

alcanzada por el régimen establecido en el Dto. Ley N° 356/56, que con todo ahínco en sus agravios pretende ahora se aplique, sino que también desconocía la fecha de ingreso, la cual, conforme surge de la sentencia y que llega firme a esta instancia, ha sido debidamente acreditada con la prueba testimonial rendida en la causa.

A la par de ello, y esto constituye el tema troncal de los agravios, pretende acreditar que la actora desde el 19/03/2013, fecha en que suscribiera -aun estando con licencia- el recibo correspondiente a la liquidación por sueldo proporcional de Febrero/13, proporcional del aguinaldo y de las vacaciones, tenía pleno conocimiento de que la Sra. Sierra había decidido en dicho momento prescindir de sus servicios.

Ello a pesar de que, si alguna duda quedaba sobre este aspecto, la misma se encuentra disipada en función del Telegrama Ley obrante a fs. 20- el cual a pesar de haberse despachado no se pudo notificar- y el que luce a fs. 23, este último de fecha 22/04/2013, en donde, utilizando los mismos términos que el primero, la actora expresa: “Me dirijo a Ud. reiterando mi telegrama CD3322229495, contestando su CD N° 161440397, cuyo contenido rechazo por ser falso. 1) En primer lugar, ratifico que el inicio de la relación se produjo el 01/03/00, siendo blanqueada recién con fecha 05/03/05. 2) Que el 05/03/05 firmamos un contrato de trabajo, conviniendo en la cláusula segunda que la relación se desarrollaría en el marco del decreto ley 326/56 y su decreto reglamentario y en la cláusula tercera establecimos una jornada laboral de cinco horas que se cumpliría cuatro días por semana. Este contrato no cumplió otra finalidad que blanquear los términos en los que se venía desarrollando la relación laboral desde el 01/03/00 y así continuó hasta la actualidad. 3) En el telegrama CD N° 161440397, luego de negar que exista contrato de trabajo, Ud. me abonó la suma de $1250,00, en concepto de proporcional mes de febrero (hasta el 19/02/13), proporcional aguinaldo y proporcional vacaciones, rubros estos últimos que se liquidan cuando se extingue el vínculo de trabajo, pese a ello, Ud. no me informó la ruptura del contrato. En su CD. N° 161440397, luego de negar que exista contrato de trabajo, Ud. responde que no tiene que aclarar la situación laboral y que “el vinculo finalizó a raíz de una lesión por la cual no pudo concurrir más a mi domicilio desde mediados del mes de Enero del corriente año” (realmente el certificado médico se presentó el 21/03/2013). Su respuesta, conjugada con la liquidación abonada el 19/03/13 y su comportamiento, no pueden ser interpretado sino como una decisión suya de disolver el contrato que nos vincula, pues el mero hecho de haber padecido una lesión en mi hombro (que se encuentra en rehabilitación) carece de eficacia, por sí mismo, para producir la extinción de la relación de trabajo…”.

Considero, que es precisamente en función de este último telegrama en donde ya no queda ningún tipo de dudas sobre la extinción del contrato de trabajo, no antes, pues la mera referencia que la empleadora menciona en su carta documento de fs. 19, “…Niego que tenga que aclarar situación laboral cuando el vínculo finalizó a raíz de una lesión por la cual no pudo concurrir más a mi domicilio desde mediados del mes de enero del corriente año…”, en oportunidad de dar respuesta a la solicitud de la accionante de que aclare situación laboral, no resulta determinante para fundar la ruptura del vínculo con anterioridad al día 22 de abril de 2013, fecha ésta última en que la actora se considera despedida.

En efecto: el relación laboral no finaliza como consecuencia de una lesión, conforme describe la demandada en su misiva de fs. 19, máxime cuando la actora no concurría a trabajar porque se encontraba gozando de licencia por dicho motivo, sino que para que el vínculo finalice de manera unilateral, es necesario una decisión expresa, clara, contundente por parte de la empleadora comunicando tal circunstancia a su dependiente, que no deje margen de dudas sobre la continuidad o extinción del mismo.

Por otra parte, no encuentro que la actitud de la parte actora haya estado encaminada a especular con la aplicación del nuevo régimen establecido por la Ley 26.844, cuya vigencia es a partir del 21 de abril de 2013, pues en todo caso ha sido la conducta de la demandada la que ha pretendido evadir la aplicación, no solamente de dicho régimen legal, sino también del anterior (Dec. Ley 326/56), al negar la carga horaria que cumplía la actora bajo sus ordenes y al liquidar con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, los rubros que a su entender correspondía abonar a la Sra. Díaz Uribe.

Consecuentemente, al estar vigente la Ley N°26.844, al efectuarse el 22/04/2013, la extinción de la relación laboral, corresponde liquidar la indemnización sobre la base de dicha norma, tal como se ha realizado en la instancia de origen.

IV.- En función de todo lo expuesto, y al compartir, los fundamentos expuestos por el juez de grado, propiciare a este acuerdo que se confirme la resolución apelada en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada a cargo de la demandada atento a su carácter de vencida, debiendo regularse los honorarios de conformidad con el art. 15 Ley 1594.

TAL MI VOTO.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 119/126, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la apelante 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 a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"BRITOS GLADYS MARIA C/ MARIO CERVI E HIJOS S.A. Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONAL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 370862/2008) – Sentencia: 139/17 – Fecha: 22/08/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ENFERMEDAD PROFESIONAL. EMBALADORA. LESION EN CODO Y HOMBRO. DETERMINACION DE LA INCAPACIDAD. INFORME PERICIAL. VALORACION DE LA PRUEBA. INDEMNIZACION. REAJUSTE DE PRESTACIONES DINERARIAS. INDEMNIZACION ADICIONAL DE PAGO UNICO. IMPROCEDENCIA. INTERESES MORATORIOS. TASA APLICABLE.

1.- Debe ser confirmada la sentencia de grado en punto a la incapacidad determinada por la jueza de grado (41,12%) en el caso epicondilitis crónica en codo derecho con limitación funcional del hombro y muñeca derecha, por cuanto al evaluar los antecedentes de la causa, fundamentalmente el objeto de la pretensión, lo enunciado y fundamentado por la experta, visualizo como posible una reagravación del daño que inicialmente había afectado a la actora, pues al continuar con los movimientos repetitivos derivados de sus tareas, y sin haber sido sometida a la intervención quirúrgica oportunamente recomendada, resultó afectada también el hombro derecho.

2.- Le asiste razón a la aseguradora en cuanto a que no corresponde utilizar, como hizo la a quo, la resolución N° 1/2016 de la SSS (Secretaría de Seguridad Social) -última conocida al momento del dictado de la sentencia de fecha 11 de marzo de 2016-, para actualizar según la variación del RIPTE para el período comprendido entre el 01/03/2016 y el 31/08/2016. Sí corresponde aplicar el inc. 6, del art. 17 de la Ley 26.773, que tal como lo indica la recurrente, se refiere a la mejoras de las prestaciones por incapacidad permanente sucedidas durante la vigencia de la Ley 24.557, el Decreto N° 1278/00 y el Decreto N° 1694/09, que dispone el ajuste de la entrada en vigencia de la ley conforme el índice RIPTE desde 1 de enero de 2010 al 26 de octubre de 2012, por ser un siniestro anterior (10/05/2006) a la vigencia de la mencionada 26773. En consecuencia se habrá de modificar la sentencia de primera instancia y la demanda prosperará por la suma de $165.500, que surge del piso mínimo establecido por Decreto N° 1.694/2009, actualizado por el coeficiente RIPTE ($180.000 x 2,236), multiplicado

por la incapacidad (41,12%); importe que resulta superior al de la fórmula del art. 14 de la Ley 24.557, que arroja una cifra de $45.421.

3.- En relación al agravio puntual que indica que al no haber declarado la inconstitucionalidad del art. 17.5 de la Ley 26.773, no puede aplicarse el art. 3 de dicha legislación, pues el legislador ha distinguido claramente los apartados 5 y 6 del art. 17, fijando en el primero prestaciones a futuro y en el segundo las prestaciones adeudadas; interpreto que, al haber ocurrido el hecho debatido en la causa en el año 2006, es evidente que la aplicación del art. 3 de la ley 26.773 no resulta aplicable de conformidad con el antecedente Espósito, por lo que se deberá dejar sin efecto el 20% determinado en la sentencia de origen.

4.- Respecto de los intereses moratorios, al existir ya capital actualizado por índice RIPTE, corresponde tomar la tasa del 12% anual hasta el 26/10/2012, y a partir de allí, la tasa del interés activa del Banco Provincia del Neuquén S.A., hasta el 31 de julio de 2015 y desde el 1 de agosto de 2015 se aplicará la tasa que establezca el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido por el art. 768 inciso c) del CCC, o en su defecto hasta tanto se publiquen las mismas se utilizará la tasa activa del BPN S.A. hasta el efectivo pago.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de agosto de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BRITOS GLADYS MARIA C/ MARIO CERVI E HIJOS S.A. Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONAL”, (JNQLA2 EXP Nº 370862/2008), 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. Ghisini, dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 608/221 vta.) condena a Productores de Frutas Argentinas Cooperativa de Seguros Limitada a abonar a la actora, la suma de $458.885, con más los intereses explicitados en el considerando respectivo, que considera integrativo del fallo y que al 11/03/2016 ascienden a la suma de $834.574, y le impone las costas a la demandada vencida.

Esa sentencia que hace lugar a la demanda laboral considera que existe una diferencia de incapacidad por la enfermedad accidente padecida por la actora (Comisión Médica N° 9 determinó un 6,46%), la que prospera por el 41,12% VTO.

Toma el importe que resulta de la fórmula del art. 14 de la LRT (53 veces el valor mensual del ingreso base -$1.510,25- multiplicado por 65 dividido 47 (1,38) x el 41,12%, que arroja la cifra de $45.421); al comparar dicho monto con el mínimo legal –Resolución N° 1/2016 SSS- ($943.119 x 41,12%= $387.810), se queda con éste último por ser superior. Ello, con más la suma adicional ($77.562) prevista en el art. 3 de la ley 26.773, y llega a la suma de $465.372; a ésta le descuenta lo percibido en sede administrativa ($6.486,40), lo cual arroja el monto de condena de $458.885.

Asimismo, sostiene la a quo, que el régimen de reparación se encuentra integrado por la Ley de Riesgos del Trabajo y sus modificatorias, por la Ley 26.773, por el Decreto 1694/09, sus normas complementarias y reglamentarias. En atención a ello, por razones de equidad y justicia, y en virtud de los planteos efectuados para el caso concreto, considera irrelevante la fecha de la primera manifestación invalidante, por lo que aplica las disposiciones contenidas en la Ley N° 26.773 a los siniestros ocurridos con anterioridad al 26 de octubre de 2012 (fecha de entrada en vigencia de la Ley).

II.- El fallo es apelado y fundado por la parte demandada, en la pieza procesal que corre agregada a fs. 628/632 vta.

En primer lugar, considera la aseguradora que se ha violado el principio de congruencia, requisito esencial de la sentencia, conforme art. 163, inc. 6 CPCC, ello por cuanto, del escrito de demanda surge que se solicita que se reconozcan los padecimientos derivados del traumatismo por una epicondilitis de codo derecho (codo de tenista) y la alteración de su equilibrio psíquico. Sin embargo, en la pericia se introduce una patología que no fue reclamada en la demanda, no considerada en el trámite administrativo ni en la contestación, como es la limitación funcional del hombro derecho, a la que se le asigna un 12% de incapacidad.

Alega que impugnó la pericia con valoraciones fundadas sobre la falta de fundamentación, a través de estudios objetivos y de una justificación causal de la lesión en el hombro derecho por el experto. Y que no obstante dichos cuestionamientos, en la sentencia se adhiere a la conclusión del experto, aun cuando amén de no encontrarse justificado causal y objetivamente, signifique además apartarse de lo reclamado por la actora, provocando una violación al principio de congruencia.

En segundo lugar, refiere que hubo en la sentencia una errónea interpretación de la normativa utilizada, ya que luego de aplicar la ley 26.773, decide tomar la Resolución N° 1/2016 de la Secretaría de Seguridad Social, que establece la actualización según variación del RIPTE para el período comprendido entre el 1/3/2016 y el 31/08/2016, de la indemnización que corresponde por la aplicación del art. 14 inc. 2 ap. A) y b) de la Ley 24.557.

Menciona, que tratándose de un siniestro anterior a la vigencia de la Ley 26.773, ya que el supuesto debatido en autos sucedió el 10/05/2006, quedaría abarcado por el índice RIPTE que comprende el período 01/01/2010 al 26/10/2012, ya que concretamente el Decreto 472/14 reglamenta el art. 17, inc. 6.

Afirma, que del análisis armónico de toda la normativa involucrada resulta claro que la intención del legislador nunca fue actualizar el resultado de las fórmulas previstas por la ley sino sólo los pisos mínimos.

Aduce, que el piso del Decreto 1694/09 actualizado por el coeficiente RIPTE 2,236 asciende a $402.480 ($180.000 X 2,236) que multiplicado por 41,12% se arriba a $165.499,77, que es el monto al que debería haber arribado la sentenciante en el hipotético caso de confirmarse el porcentaje de incapacidad determinado en la sentencia, el cual viene impugnado por su parte.

Indica, que al no haber declarado la inconstitucionalidad del art. 17.5 de la Ley 26.773, no puede aplicar el a quo el art. 3 de dicha legislación, pues el legislador ha distinguido claramente los apartados 5 y 6 del art. 17, fijando en el primero prestaciones a futuro y en el segundo las prestaciones adeudadas.

Y que al haber ocurrido el hecho debatido en autos en el año 2006, es evidente que la aplicación del art. 3 de la ley 26.773 resulta retroactiva, debiéndose dejar sin efecto el 20% determinado en la sentencia.

Por último, ataca la resolución en crisis porque se toman tres tipos de intereses para actualizar el importe de condena, pues la Cámara ha morigerado las tasas y considera al período actualizado por RIPTE a una tasa del 12% hasta el 26/10/2012, y a partir de dicha fecha la activa del BPN, hasta el efectivo pago.

El traslado de los agravios no es contestado por la contraria.

III.- Ingresando al examen del primer planteo de la parte demandada, que cuestiona que en la sentencia de origen se ha seguido la conclusión del experto médico, en cuanto sostiene que la actora padece una lesión en el hombro derecho, a pesar de no hallarse debidamente justificado e incluso apartándose de lo reclamado en la demanda, debo decir que no comparto la crítica de la recurrente.

En efecto, la a quo sostiene: "... analizadas estas pruebas en el marco de la sana crítica racional obtengo del dictamen pericial médico (fs. 240/247) que la experta afirma que Britos no podrá desarrollar jamás su labor de embaladora, como consecuencia directa de reiterados traumatismos durante 22 años y considerando sus antecedentes patológicos personales indica que existe limitación funcional en hombro derecho, otorgándole un 12% de incapacidad, por la limitación funcional en codo derecho: 6%, al tratarse del miembro hábil (5% del 18%): 0,9%. Es decir, 19,9%.

Por su parte, refiere que en su esfera psíquica ha presentado un estado de depresión por lo que explica la incapacidad del 30% detallada precedentemente.

Más los factores de ponderación los que determina en: por el tipo de actividad: alta: 9,7%, recalificación no amerita: 0,0% y por la edad: 1%. En consecuencia determina una incapacidad total del 59,9%".

"En respuesta a los puntos de pericia indica que la actora presenta epicondilitis crónica en codo derecho con limitación funcional del hombro y muñeca derecha. Asimismo, lo caracteriza como enfermedad profesional y que la misma tuvo su causa en la labor desarrollada por la actora dentro de la empresa.

Destaca que se encuentra pendiente una cirugía y que la afección es de carácter irreversible. Indica que la enfermedad condiciona notablemente su aptitud laborativa y que ha influenciado en su aptitud psíquica. Expresa que ante un examen preocupacional la actora sería considerada como no apta".

"Respecto de los propuestos por el restante codemandado indica que, a la fecha de la entrevista médica, la actora se encuentra con disminución de todos los movimientos en el miembro superior derecho. Asimismo, expresa que la actora no se desempeñó laboralmente desde su despido por lo que no existen otras circunstancias degenerativas inculpables o nuevos trabajos o actividades posteriores".

Ahora bien, del escrito de demanda surge en el punto 8.- HECHOS, se destaca como primera manifestación invalidante que: "como consecuencia directa de su labor como embaladora de 1era. Categoría y las exigencias de productividad la actora comienza a

enfermarse de su brazo derecho".

"...Que debe tomarse en cuenta que como secuela de la enfermedad la actora ha padecido y padece severos dolores en su brazo derecho, el cual no puede utilizar, a simple vista esta hinchado, produciéndole dolencias y malestares indescriptibles. Generando sufrimiento tal que muchas veces le impiden dormir normalmente, caminar, etc." (el destacado es propio).

Al analizar las constancias labradas ante la Comisión Médica –v. fs. 57-, observo que al ser asistida en el centro de Traumatología del Comahue, le indicaron antiinflamatorios y como no mejoraba le realizaron una infiltración local, le indicaron corticoides por vía intramuscular, le solicitaron una RNM, y le realizaron un EMG, le indicaron cirugía. La aseguradora realizó una interconsulta con especialista en miembros superiores quien desaconseja una intervención quirúrgica, por lo que el seguro no se hace cargo de la misma.

Consecuentemente, la queja no logra conmover la sentencia de primera instancia en este punto, ya que en atención a que de la valoración de la prueba pericial analizada y del planteo expresado por la demandante en su escrito postulatorio, respecto a que "padece severos dolores en su brazo derecho", observo que no se ha violado el principio de congruencia, pues la a quo sigue la pericia realizada en la causa, y de ninguna manera se introduce una patología no reclamada en la demanda, tal como pretende el recurrente.

En otro orden, en cuanto refiere que impugnó la pericia fundadamente, y que, no obstante ello, en la sentencia se adhiere a la conclusión del experto, interpreto que dichas dudas fueron debidamente satisfechas al responder su planteo por la experta a fs. 258/259, y de este modo fue interpretado por la a quo al sostener: "Corolario de lo expuesto observo que en primer lugar, las peritos (médico y psicólogo) han cumplido la labor encomendada, al emitir un dictamen sobre puntos periciales propuestos con el debido rigor científico y técnico requerido, haciéndose cargo en forma debida de las impugnaciones que se les efectuaron.

Que a resultas de ello, los informes periciales presentados, poseen el rigor científico y técnico que se exige a los expertos/as en la función pericial, compartiéndose la argumentación articulada por los mismos, bien fundados y científicos, aspectos medulares de la sana crítica. No contienen supuestos, hipótesis, eventualidades, etc.; y se basan en realidades por ellos comprobadas, proporcionándole a este juzgador los elementos conducentes al sustento de las conclusiones que arriman, otorgándoles un eficiente valor probatorio.

Por lo expuesto, no cabe apartarme de estos dictámenes porque al margen de la idoneidad de ambos expertos, sus afirmaciones están respaldadas en principios científicos con los elementos necesarios para explicarlos, soportes objetivos, de certidumbre y fuerza de convicción".

De manera que, observo que el recurrente se limita a reeditar en la Alzada planteos insuficientes para desvirtuar la convicción que genera el dictamen pericial en la instancia anterior y en el suscripto.

En consecuencia, al evaluar los antecedentes de la causa, fundamentalmente el objeto de la pretensión, lo enunciado y fundamentado por la experta, visualizo como posible una reagravación del daño que inicialmente había afectado a la actora, pues al continuar con los movimientos repetitivos derivados de sus tareas, y sin haber sido sometida a la intervención quirúrgica oportunamente recomendada, resultó afectada también el hombro derecho.

Conforme lo expuesto se habrá de confirmar la sentencia de grado en punto a la incapacidad determinada por la jueza de grado (41,12%), a los fines del cálculo de la prestación dineraria reclamada al amparo del régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo.

En cuanto al agravio referido a que no se debe aplicar la Resolución N° 1/2016 de la Secretaría de Seguridad Social, que establece la actualización según variación del RIPTE -período comprendido entre el 1/3/2016 y el 31/08/2016-, y sin embargo no dedica un solo párrafo para atacar la aplicación de la Ley N° 26.773 ni el Decreto 1.694/2009, que no se encontraban vigentes al momento del hecho (10/05/2006), lo cual llega firme a esta Alzada; debo decir que como consecuencia de la decisión tomada 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, y en atención a que se trata de una decisión del Máximo Tribunal del país, en donde se ha fijado una posición sobre el tema, es que tengo que rever mi postura, dejando a salvo el criterio que he venido sosteniendo hasta el presente referido a la aplicación de la nueva legislación a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, ello por razones de economía y en función del deber moral de seguir la postura jurídica tomada por dicho Alto Cuerpo.

Así entonces, se dice en el considerando 6° del fallo aludido: "Que esta Corte se expidió recientemente sobre conflictos como el aquí planteado en casos en los que estaba en juego la aplicación del decreto 1278/2000.

En el caso "Lucca de Hoz" (Fallos: 333:1433) la viuda del trabajador fallecido en un accidente laboral le imputaba arbitrariedad a un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo argumentando, entre otras cosas, que esta había incurrido en una grave omisión al no reconocerle la prestación adicional de suma fija de $50.000 incorporada al régimen de reparación por el decreto 1278/2000.

El Tribunal descartó tal agravio remitiéndose a los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal que hizo hincapié en que dicho decreto "no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos que dieron motivo al reclamo", y en que, al respecto, la Corte tenía dicho que: "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)".

Cabe destacar que la reseña de pronunciamientos efectuada en el dictamen —para descartar la aplicación retroactiva del decreto 1278/2000— dio cuenta de una postura que invariablemente había adoptado el Tribunal al pronunciarse acerca de los conflictos inter-temporales que suscitaron las sucesivas reformas legales del régimen especial de reparación de los accidentes y enfermedades del trabajo".

"7°) Que, sin perjuicio de ello, en la causa CSJ 915/2010 (46-C)/CS1 "Calderón, Celia Marta c. Asociart ART. S.A. s/ accidente" (sentencia del 29 de abril de 2014), al descalificar un fallo del superior tribunal mendocino, esta Corte señaló que frente a circunstancias como las que allí se verificaban, consistentes en que el accidente que daba origen al reclamo había ocurrido con anterioridad al dictado del decreto 1278/2000 pero la declaración del carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente derivada del infortunio había acontecido cuando ya regía el incremento de las indemnizaciones dispuesto por dicho decreto, los jueces debían otorgarle un adecuado tratamiento al planteo de la parte actora que perseguía la percepción de ese incremento.

Amén de señalar que dichas circunstancias diferenciaban a este caso de aquellos en los que todas las consecuencias dañosas de un infortunio se producían inmediatamente, como acontecía con el accidente fatal de la causa "Lucca de Hoz", el Tribunal puntualizó: (1) que la norma del art. 19 del decreto 1278/2000 —al limitarse a indicar la fecha en la que este decreto entraría en vigencia— no había fijado una pauta suficientemente clara acerca de la aplicación temporal de las disposiciones que incrementaban las prestaciones indemnizatorias de la ley de riesgos; (2) que ello había dado lugar a planteos basados en que no mediaba una aplicación retroactiva de la nueva normativa si esta era tenida en cuenta para reparar incapacidades que adquirieron carácter definitivo con posterioridad a su entrada en vigencia; y (3) que tales planteos —atinentes a la interpretación del citado art. 19— debían examinarse desde una perspectiva que tuviera en cuenta que el decreto de necesidad y urgencia en cuestión, según sus propios considerandos, perseguía fines "perentorios e impostergables", y procuraba dar respuesta a la necesidad de mejorar el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo "de inmediato" (cfr. punto III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que la Corte se remitió).

Por otra parte, no puede soslayarse que, como se desprende de los antecedentes jurisprudenciales mencionados en el caso "Calderón", entre los planteos atinentes a la aplicación temporal de las modificaciones introducidas en el año 2000 al régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo figuraba el de la invalidez constitucional del art. 8° del decreto 410/2001 que reglamentó el art. 19 del decreto 1278/2000 procurando establecer qué contingencias quedarían regidas por dichas modificaciones. El planteo de inconstitucionalidad se basaba en que ante el silencio del citado art. 19 correspondía aplicar las reglas del art. 3° del código civil —vigente a esa fecha— y dichas reglas no podían ser desvirtuadas mediante un decreto reglamentario (cfr. causa CSJ 624/2006 (42-A)/CS1 "Aguilar, José Justo c. Provincia ART. s/ accidente ley 9688", sentencia del 12 de mayo de 2009).

8°) Que las consideraciones efectuadas en la causa "Calderón" en modo alguno pueden ser tenidas en cuenta para la solución del sub lite, pues en este caso no cabe duda de que: a) la propia ley 26.773 estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias; y b) ante la existencia de estas pautas legales específicas quedó excluida la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes.

La simple lectura de los textos normativos reseñados en el considerando 5° de este pronunciamiento basta para advertir que del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: (1) aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara "actualizados" a esta última fecha; y (2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice. Y que del art. 17.5 también se desprende claramente que estos nuevos importes "actualizados" solo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación 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.

9°) Que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado, como lo hizo el a quo, mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad.

Por lo demás, tampoco es posible justificar tal apartamiento acudiendo a la doctrina de los precedentes “Arcuri Rojas” y “Camusso” (Fallos: 332:2454 y 294:434, respectivamente), mencionados por la parte actora al solicitar la aplicación de las disposiciones de la ley 26.773 que aluden a la actualización por el índice RIPTE (fs. 540/547), pues las circunstancias del sub examine difieren notablemente de las tratadas en aquellos casos.

10) Que, en efecto, en el caso “Arcuri Rojas” se invocaba un derecho de naturaleza previsional, el derecho a una pensión que la actora reclamaba con motivo de la muerte de su esposo; y para reconocer ese derecho, que no encontraba sustento en la ley de jubilaciones y pensiones vigente a la fecha del deceso, la Corte, siguiendo un criterio que ya había adoptado ante situaciones similares (Fallos: 308:116 y 883; 312:2250), tuvo en cuenta un texto legal posterior más favorable a fin de evitar que la viuda quedara en una situación de total desamparo. Fue dentro de ese muy específico contexto que el Tribunal sostuvo que hubiera sido vano el esfuerzo del legislador para cumplir con la obligación impuesta por los tratados de derechos humanos de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales si por vía interpretativa se sustraía de esa evolución a quien hubiera quedado absolutamente desamparada en caso de aplicarse la legislación anterior que establecía un menor grado de protección (Fallos: 332:2454, considerandos 12 a 15).

Esa situación de total desamparo no se verifica en el caso de autos. Por el contrario, es un dato no controvertido que las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo vigentes al momento del infortunio contemplaban el pago de una prestación dineraria destinada a reparar el daño ocasionado por la incapacidad laboral que el hecho provocó. Prestación a la que, incluso, la cámara le adicionó intereses desde la fecha del accidente en el entendimiento de que, de acuerdo con el “principio general de las obligaciones civiles”, los perjuicios sufridos por el actor por no tener a su disposición el capital desde ese momento podían compensarse mediante la imposición de tal tipo de accesorios.

11) Que tampoco guardan analogía con este caso las cuestiones tratadas en la causa “Camusso” (Fallos: 294:434).

Lo que allí estaba en juego era la aplicación de la ley 20.695, dictada en julio de 1974, que dispuso que los créditos laborales demandados judicialmente serían actualizados mediante los índices oficiales de incremento del costo de vida. A diferencia de la ley 26.773, la ley 20.695 establecía que su normativa sería aplicable “incluso a los juicios actualmente en trámite, comprendiendo el proceso de ejecución de sentencia y cualquiera sea la etapa en que se encuentre”. Y lo que, en definitiva, la Corte resolvió en aquella causa fue que la actualización con arreglo a la ley 20.695 de un crédito cuyo importe había sido establecido mediante una sentencia firme, pero estaba pendiente de pago, no implicaba una alteración sustancial de la cosa juzgada que menoscabara las garantías constitucionales de propiedad y de la defensa en juicio.

12) Que si bien el a quo no aclaró en qué medida podría incidir el decreto 1694/2009 en la solución del presente caso, 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.

En tales condiciones, corresponde descalificar el fallo apelado con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias mencionada en el considerando 3°”.

Como consecuencia de la postura adoptada por la Corte Nacional, que fuera reseñada precedentemente, queda claro que a los infortunios laborales se les aplica la ley vigente al momento del hecho, sin perjuicio del supuesto contemplado en la causa “Calderón”, tal como se indica en el considerando 7°.

Por las razones expuestas, asiste razón a la aseguradora en cuanto a que no corresponde utilizar, como hizo la a quo, la resolución N° 1/2016 de la SSS -última conocida al momento del dictado de la sentencia de fecha 11 de marzo de 2016-, para actualizar según la variación del RIPTE para el período comprendido entre el 01/03/2016 y el 31/08/2016.

Sí corresponde aplicar el inc. 6, del art. 17 de la Ley 26.773, que tal como lo indica la recurrente, se refiere a la mejoras de las prestaciones por incapacidad permanente sucedidas durante la vigencia de la Ley 24.557, el Decreto N° 1278/00 y el Decreto N° 1694/09, que dispone el ajuste de la entrada en vigencia de la ley conforme el índice RIPTE desde 1 de enero de 2010 al 26 de octubre de 2012, por ser un siniestro anterior (10/05/2006) a la vigencia de la mencionada 26773.

En consecuencia se habrá de modificar la sentencia de primera instancia y la demanda prosperará por la suma de $165.500, que surge del piso mínimo establecido por Decreto N° 1.694/2009, actualizado por el coeficiente RIPTE ($180.000 x 2,236), multiplicado por la incapacidad (41,12%); importe que resulta superior al de la fórmula del art. 14 de la Ley 24.557, que arroja una cifra de $45.421.

De modo que a la suma de $165.500 se le debe descontar lo percibido en sede administrativa ($6.486,40), lo cual arroja el monto de condena de $159.014.

En relación al agravio puntual que indica que al no haber declarado la inconstitucionalidad del art. 17.5 de la Ley 26.773, no puede aplicarse el art. 3 de dicha legislación, pues el legislador ha distinguido claramente los apartados 5 y 6 del art. 17, fijando en el primero prestaciones a futuro y en el segundo las prestaciones adeudadas; interpreto que, al haber ocurrido el hecho debatido en la causa en el año 2006, es evidente que la aplicación del art. 3 de la ley 26.773 no resulta aplicable de conformidad con el antecedente Espósito, por lo que se deberá dejar sin efecto el 20% determinado en la sentencia de origen.

Respecto de los intereses moratorios, al existir ya capital actualizado por índice RIPTE, corresponde tomar la tasa del 12% anual hasta el 26/10/2012, y a partir de allí, la tasa del interés activa del Banco Provincia del Neuquén S.A., hasta el 31 de julio de 2015 y desde el 1 de agosto de 2015 se aplicará la tasa que establezca el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido por el art. 768 inciso c) del CCC, o en su defecto hasta tanto se publiquen las mismas se utilizará la tasa activa del BPN S.A. hasta el efectivo pago.

Finalmente, al modificarse el monto de condena determinado en la sentencia de grado, se habrán de dejar sin efecto los honorarios regulados por la juez a quo, debiéndose proceder a una nueva liquidación en el momento previsto por el art. 51 de la Ley 921 y adecuar la regulación honoraria formulada en primera instancia.

Las costas de Alzada se impondrán por su orden en atención al cambio de postura motivado en el reciente fallo del cimero Tribunal Nacional, y a cuyo efecto se deberán regular los honorarios de los profesionales que participaron en esta Cámara en el 30% de lo que se establecerá en la anterior instancia, con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI Dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III,

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fecha 11 de marzo de 2016, conforme 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, teniendo en cuenta la cuestión litigiosa resuelta.

3.- Imponer las costas de Alzada por su orden en atención al cambio de postura motivado en el reciente fallo del cimero Tribunal Nacional

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 a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - 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/ EXTERRAN ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 538889/2015) – Sentencia: 140/17 – Fecha: 22/08/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

APREMIO. SINDICATO. APORTES PATRONALES. EXCEPCION DE INCOMPETENCIA. JUZGADO LABORAL. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. TITULO HABIL.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza excepción de incompetencia señalando que corresponde entender en esta acción a la justicia laboral de conformidad a lo establecido por el inciso g) del artículo 1 de la ley provincial N° 921, ello así habida cuenta que este Cuerpo se han pronunciado puntualmente en cuanto a la competencia en razón del trámite que cabe imprimirle, habiendo acordado que debe prevalecer la vía expedita para el cobro. En ese sentido y en la puja entre la especialidad por la materia y por el tipo de trámite, estando tan avanzadas las actuaciones y sin que en sus agravios el apelante haya puntualizado el agravio concreto que le provocó que la causa tramitara en un fuero especializado en juicios ejecutivos. (del voto del Dr. Gigena Basombrio, en mayoría parcial).

2.- 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 revocar la decisión en crisis, 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. De esta manera corresponde hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título lo cual no importa el pronunciamiento acerca de la existencia misma de la deuda, o de las cuestiones relativas al ámbito de extensión territorial de la representación sindical, sino que el título esgrimido no es de los que habilitan este especial tipo de proceso. (del voto del Dr. Gigena Basombrio, en mayoría parcial).

3.- Teniendo en cuenta que el certificado de deuda reune los requisitos extrínsecos necesarios para constituir un título hábil (art. 5 ley 24642), corresponde desestimar la excepción de inhabilidad de título. Ello así por cuanto se constata que se inicia juicio de apremio por el certificado de deuda de emitido por el Sindicato, del cual surge tanto la indicación del sujeto pasivo como la suma adeudada y emitido conforme la legislación que enumera a fs. 5 (ley 24642, arts. 604 y 605 CPCyC, etc.), por lo que el instrumento se basta a sí mismo y constituye título hábil para el cobro judicial, conforme los artículos 106 y 107 del Código Fiscal. Además, la recurrente no acreditó el incumplimiento del trámite administrativo que alegó reiterando su crítica a la actuación del letrado de la contraria. (del voto del Dr. Pascuarelli, en disidencia parcial).

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de agosto 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/ EXTERRAN ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO”, (JNQJE1 EXP Nº 538889/2015), venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Jorge PASCUARELLI, por encontrarse apartados de la causa 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. Gigena Basombrío, dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 186/192 condenando a la demandada, decisión que es apelada por esta.

Se agravia por el rechazo a la excepción de incompetencia señalando que corresponde entender en esta acción a la justicia laboral de conformidad a lo establecido por el inciso g) del artículo 1 de la ley provincial N° 921.

Luego de argumentar al respecto solicita se haga lugar al agravio pues lo resuelto es arbitrario al haberse omitido el tratamiento de planteos formulados por su parte.

Expresa que pese a haber planteado la excepción de inhabilidad de título, lo agravia que la sentencia haya considerado que el certificado base de la presente ejecución se encontraba emitido de conformidad a lo establecido por la ley 24.642, sin ni siquiera haber analizado los términos de la excepción.

En esa senda sostiene que su parte sostuvo que los créditos aquí reclamados no eran los previstos en aquella normativa, la que se encuentra reservada para el caso de los originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención en relación a trabajadores afiliados.

También se agravia que no se haya considerado el antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines R.A. c. Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A. s/ ejecución fiscal” donde -según sostiene- se determinó que no hay título ejecutivo para el cobro de aportes y contribuciones solidarias.

Señala que el certificado de deuda omitió detallar ciertos elementos que resultan esenciales pues no surge con claridad cómo se efectuó la determinación, o la liquidación o cuáles fueron los cálculos efectuados para arribar a los montos reclamados.

Alude a diferencias entre el acta de verificación de deuda 221/13 y la que se acompañara a estas actuaciones como integrante del certificado.

Manifiesta que tampoco se analizó su argumento relacionado con la inhabilidad de título fundada en la inexistencia de la deuda, cuestión que hace a la exigibilidad de la misma.

Señala que el Sindicato reclama a su parte el pago de las contribuciones patronales establecidas en el artículo 35 del Convenio Colectivo de Trabajo 537/08 en relación a trabajadores cuya representación no ejerce.

Describe las normativas a las que se refieren los créditos contenidos en el certificado de deuda y afirma que bajo el argumento del estrecho marco cognoscitivo del apremio, nada de ello fue ponderado por el sentenciante, insistiendo aquí que atento a la naturaleza de los créditos, la vía de apremio establecida por la ley 24.642 no resultaba aplicable.

Cita antecedentes de este Cuerpo en los cuales se sostuvo que en el caso de ejecutarse títulos confeccionados por el acreedor debe extremarse el examen del cumplimiento de los recaudos que hacen a su aptitud ejecutiva.

Puntualiza aspectos relacionados con el ámbito territorial de actuación del Sindicato y las reservas que a su juicio corresponden efectuar en relación a parte del personal de su empresa que no estaría bajo la égida del actor con la consiguiente consecuencia que tiene ello en cuanto a los créditos que aquí se reclaman.

Agrega que las contribuciones reclamadas no se aplicaron nunca a programas sociales y culturales que pudieran beneficiar al personal que desarrolla tareas fuera del ámbito territorial del Sindicato por lo que la deuda reclamada sería inexistente.

Entiende que de no revocarse la decisión estaríamos frente a una confiscación pues incrementarían las obligaciones a su cargo sin respaldo en las actas acuerdo oportunamente suscriptas.

Abunda en consideraciones acerca de la arbitrariedad que surgiría de no hacer lugar a la excepción frente a la deuda inexistente y luego se explaya en cuanto al procedimiento administrativo previo tramitado por el Sindicato para determinar la deuda, agregando que no procede la aplicación del plazo de prescripción previsto por la ley 24.642 pues como ya señalara al inicio, dicha normativa no es aplicable al caso de autos.

Finaliza solicitando que se impongan al actor las costas por el progreso de la excepción de prescripción por el allanamiento de aquel en relación a los períodos de mayo a septiembre del 2008.

A fs. 219/227 contesta el actor solicitando se rechacen los agravios, puntualizando que en cuanto a la incompetencia no se advierte cuál es el interés de la demandada en que la causa pase a la justicia laboral pues se limita a efectuar el planteo sin referir ningún interés afectado.

Agrega que en el fallo de la Corte que cita, en realidad no hubo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión sino que lo que se ordenó allí es que se dicte un nuevo pronunciamiento.

En cuanto a la excepción de inhabilidad de título señala en primer lugar que la misma no se encuentra prevista entre las admisibles en el juicio de apremio y luego que el certificado de deuda fue emitido con todos los elementos necesarios para su individualización y la exacta determinación de la deuda luego de la tramitación del procedimiento administrativo que garantizó al ejecutado la bilateralidad y el ejercicio del debido proceso formal y sustancial.

En cuanto a la inexistencia de la deuda sostiene que en realidad la demandada pretende argumentar aquí cuestiones que oportunamente no ejerció en el procedimiento administrativo mencionado, efectuando una síntesis de cuestiones que se habrían verificado en aquel, puntualizando concretamente la ausencia de prueba de lo alegado en aquella oportunidad.

En cuanto a la falta de legitimación activa afirma que al referirse a personal no comprendido en el ámbito territorial la demandada omitió individualizar a qué trabajadores se refiere, qué posiciones ocuparían y tampoco acreditó que las tareas se desempeñaran fuera de la jurisdicción del Sindicato.

Describe sucintamente aspectos del procedimiento administrativo y menciona la extensión y aplicación de los Convenios Colectivos de Trabajo 537/08, 637/11, actas complementarias y resoluciones a ámbitos territoriales superiores a los del Sindicato de Personal Jerárquico, siendo aplicables los artículos referidos a las contribuciones por el principio de usufructo de convenio, aludiendo aquí a la prohibición de discutir la causa de la obligación, cuestión expresamente prohibido por el artículo 553 del Código Procesal Civil y Comercial.

Solicita se tenga por contestados los agravios y se confirme la sentencia.

II.- Ingresando en el análisis de los agravios, en primer lugar y en cuanto a la excepción de incompetencia, atento el estado de la causa y sin perjuicio de los antecedentes citados, entiendo que razones de economía procesal indica el rechazo del planteo.

Así, los antecedentes de este Cuerpo se han pronunciado puntualmente en cuanto a la competencia en razón del trámite que cabe imprimirle, habiendo acordado que debe prevalecer la vía expedita para el cobro.

Por su parte en autos “SIND. PERS. JER. Y PRO. PETR. Y GAS CONTRA HIDENESA GAS S.A S/C COBRO EJECUTIVO” Expte. 415685/2010 se consideró:

“… sin perjuicio que la Ley Provincial Nº 921 -art. 1 Inc. g- declara la competencia de los jueces de primera instancia en lo Laboral, lo cierto es que en la actualidad y por razones de economía procesal –art. 5 apartado e) consideramos aconsejable que en los casos como el presente no se aplique la referida norma.

En efecto: desde el año 2.005 se encuentran en funcionamiento los Juzgados de Primera Instancia con competencia en juicios ejecutivos y, si bien, su ámbito de conocimiento se remonta a la fecha de creación de las Secretarías de Juicios Ejecutivos –Acuerdo Nº 3270/1999- donde específicamente se abordó el tipo de causas que iban a tramitar en ellas, esto es todos los procesos ejecutivos, hoy en día, entendemos que con la creación de este tipo de tribunales, en donde se priorizó la especificidad del fuero y atendiendo al particular tipo de proceso que se da en el presente caso; como así la estructura con que cuentan el fuero ejecutivo, todo ello amerita una mirada más flexible para que estos reclamos puedan tramitar allí.”

Luego, en un antecedente en el que no se discutiera la competencia en razón de la materia sino el trámite a imprimir a la cuestión, se dispuso que aún en el ámbito de la justicia laboral era posible el recurso a la vía expedita para lograr el cobro de los aportes (SIND. PERS. JER. Y PRO. PETR. Y GAS CONTRA ARTEX S.A. S/COBRO EJECUTIVO", (Expte. Nº 415687/10))

En ese sentido y en la puja entre la especialidad por la materia y por el tipo de trámite, estando tan avanzadas las actuaciones y sin que en sus agravios el apelante haya puntualizado el agravio concreto que le provocó que la causa tramitara en un fuero especializado en juicios ejecutivos, he de proponer al Acuerdo no hacer lugar a la queja planteada al respecto.

Sentado ello y en cuanto al planteo de la inhabilidad de título, debo señalar que ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en una causa similar, examinando alguno de los agravios aquí expuestos.

Así, en “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) (23/5/17), en el que también estaba en juego la aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia aquí citado sosteníamos: “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 art. 108 del Convenio Colectivo de Trabajo N° 86/89 que se corresponde con el art. 37 de la ley 23.551 y el art. 9 de la ley 14.250; Y de la contribución solidaria que la empresa debió tributar por cada empleado según el art. 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."

"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 art. 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 en juicio 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."

En consecuencia y estando en juego aquí el mismo razonamiento corresponde igualmente ingresar en el estudio de la excepción planteada la cual, aunque no en su totalidad, ataca también la aptitud ejecutiva del certificado de deuda.

Continuábamos señalando: "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 la 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 Extraordinaria Res. ST 1555/2009; acta del 15 de julio de 2010, Contribución Extraordinaria Res. ST 584/10; Contribución Extraordinaria Res. ST 1365/10; Contribución Extraordinaria Res. ST N 331/11; Contribución Socio Cultural Art. 35 CCT 537/09 y art. 53 CCT 637/11 –certificado de deuda de fs. 4/5.

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."

Por otro lado: Contribución Extraordinaria Res. ST 331/11; Contribución Extraordinaria Res. ST 1555/2009; Contribución Extraordinaria Res. ST 584/10; Contribución Extraordinaria Res. ST 1365/10: todas se refieren a contribuciones patronales.

En el antecedente mencionado decíamos: "… 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.

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."

En definitiva, cabe concluir que 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.

A partir de la confrontación entre el tipo de crédito y la letra de la ley es preciso concluir: "… 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 revocar la decisión en crisis, 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.

De esta manera corresponde hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título lo cual no importa el pronunciamiento acerca de la existencia misma de la deuda, o de las cuestiones relativas al ámbito de extensión territorial de la representación sindical, sino que el título esgrimido no es de los que habilitan este especial tipo de proceso.

En consecuencia y por lo expuesto he de proponer al Acuerdo se revoque la sentencia, haciendo lugar a la excepción de inhabilidad de título, rechazando la ejecución promovida por el, imponiendo las costas de ambas instancias a la parte actora.

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 promovida por el Sindicato del Personal Jerárquico y Profesional del Petróleo y Gas Privado de Neuquén Río Negro y La Pampa.

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.

El Dr. Jorge D. Pascuarelli dijo:

Adhiero al voto que antecede respecto al rechazo de la excepción de incompetencia pero disiento con la recepción de la de inhabilidad de título por cuanto entiendo que corresponde desestimarla y confirmar la decisión recurrida.

En un supuesto similar la Sala III de esta Alzada sostuvo: "Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la inhabilidad de título en procesos como el que nos ocupa, exige acreditar que el título acompañado no reúne los requisitos fijados por el Código Procesal (art. 523 del CPCyC), o que el ejecutante no es el titular del derecho invocado, o el sujeto a quien se persigue no es el obligado al pago, así como, si la deuda está sujeta a plazo o condición."

"También vale recordar que las excepciones no proceden cuando se pretende discutir la legitimidad o el origen de la deuda, o causa de la obligación, y a su vez, es a cargo del ejecutado probarlas (art. 544 inc. 4º CPCyC)."

"Que tal como lo analiza y concluye el juez de grado, las circunstancias para habilitar las defensa introducidas no se han comprobado en el caso, considerando que la actora ha demostrado que el certificado de deuda registra los antecedentes de las contribuciones sindicales establecidas por normas vigente que fueron objeto de verificación y determinación, reuniendo todos los requisitos formales para justificar la ejecución de la deuda con arreglo al art. 5 de la ley 24.642."

"Que en tanto la excepción de inhabilidad de título, sólo es admisible cuando se funda en el cuestionamiento de la ausencia o defectos en los recaudos externos y formales del título, estando vedada la discusión acerca de la causa y origen de la obligación, concluyo, como lo hizo la juez de grado, acerca de la improcedencia del planteo de aquella en estos autos […]"

"De igual forma, importa introducirse en el examen de la causa de la obligación que veda la ley, pretender que en este juicio se abra el debate acerca de los trabajadores que no estaría alcanzados convencional ni sindicalmente por la parte actora y por los que se reclamaron aportes sindicales, no satisfaciendo tal imperativo el planteo que se limita a invocar la realización de un "muestreo de empleados verificados" que no reunirían tal condición."

"Sin perjuicio que con lo expuesto hasta aquí no se pretende adelantar decisión acerca del fondo del asunto, toda vez que las cuestiones esgrimidas podrían llegar a transitar la acción ordinaria ulterior prevista en el art. 553 del Código Procesal Civil y Comercial, más lo cierto es que la última pretende aquí discutir la legitimidad o el origen de la deuda, o causa de la obligación, que como anticipé, la ley no admite."

"Ejecución fiscal. Planteo de inhabilidad de título. Conforme lo normado en el inc. 4° del art. 544 del CPCCN, la excepción de falsedad o inhabilidad del título con el que se pide la ejecución, veda toda posibilidad de cuestionar la causa de la obligación. Ello es así por cuanto el procedimiento de cobro de aportes y contribuciones, dentro de la teoría general del juicio ejecutivo, constituye un trámite de verificación restringido, del cual –dado su limitado ámbito de conocimiento-, se debe excluir todo aquello que vaya más allá de lo meramente extrínseco, pues solamente corresponde admitir como defensa al progreso del juicio las deficiencias formales del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa, ello –obvio parece tener que decirlo- sin perjuicio de la facultad que asiste al afectado de actuar de conformidad con lo dispuesto en el art. 553 del CPCCN. (CNAT Sala VII Expte Nº 1719/2010 Sent. Def. Nº 43.398 del 15/3/2011 "S.U.T.E.R.H Sindicato Único de Trabajadores de Renta y Horizontal c/Consorcio de Propietarios del Edificio Tucumán 359/361 s/ejecución fiscal" (Ferreirós – Rodríguez Brunengo)."

"Ejecución fiscal. Planteo de inhabilidad de título de certificado de deuda emitido por una asociación sindical. El título es inhábil si no está comprendido en la enumeración legal, o si su habilidad no surge pura y simplemente del documento, sino que debe integrarse con hechos y circunstancias extrañas a él y que no estén, a su vez, debidamente instrumentados. La excepción no admite fundamento sino en la validez extrínseca del título y no puede sustentarse en la falta de causa de la obligación. CNAT Sala V Expte Nº 32.739/2010 Sent. Int. Nº 28.506 del 23/03/2012 "Unión de Trabajadores del Turismo Hoteleros Gastronómicos de la República Argentina UTHGRA c/ TEB SRL s/ Ejecución Fiscal" (Garcia Margalejo – Zas – Arias Gibert)."

"Ejecución fiscal. Inhabilidad de título. Si la ejecutada cuestionó la existencia de la deuda en función de no haber tenido ningún empleado en relación de dependencia durante el período reclamado por la SRT, es evidente que la impugnación de la apelante se encuentra dirigida no a las características extrínsecas del instrumento ni a quién lo emite, sino a la legitimidad de la deuda, por lo que cabe remitirse al art. 544 inc. 4º del CPCCN. Por lo tanto, sin desmedro de los derechos que puedan asistir a la recurrente y las más y mayores pruebas que la ejecutada pueda eventualmente articular en el marco de un posterior juicio ordinario, el planteo aquí formulado excede el límite del prieto marco propio del proceso de que se trata y corresponde confirmar el rechazo de la excepción de inhabilidad de título opuesta. (CNAT Sala V Expte Nº 48.879/2010 Sent. Def. Nº 74.296 del 8/8/2012 "Superintendencia de Riesgos del Trabajo c/El Galeón del Norte SA s/ejecución fiscal" (García Margalejo – Zas – Arias Gibert)", ("SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ YPF SERVICIOS PETROLEROS S.A. S/APREMIO", Exp. Nº 547246/2016) fundamentos que resultan trasladables al presente.

Entonces teniendo en cuenta que el certificado de deuda de fs. 4/5 reune los requisitos extrínsecos necesarios para constituir un título hábil (art. 5 ley 24642) y corresponde desestimar la excepción de inhabilidad de título.

Es que: "Conforme sostuviera el Tribunal Superior de Justicia in re "Provincia de Neuquén c/Chevron San Jorge S.R.L. s/Apremio", Ac. N° 6/10, "[...] el juicio ejecutivo es un proceso especial, cuya pretensión consiste en el cumplimiento de una obligación documentada en un título extrajudicial que autoriza a presumir la certeza del derecho del acreedor. Por lo que se presenta como un procedimiento más reducido y con mayor celeridad que uno ordinario. La finalidad de este proceso no es una sentencia que declare la existencia de un derecho, sino la satisfacción de una obligación que se presume existente. Y de ello deriva que el conocimiento judicial se encuentra circunscripto a un número determinado de defensas. Por tanto, la sentencia, en principio, sólo tiene efectos de cosa juzgada formal."

"[...] constituye presupuesto inexcusable del tipo de proceso examinado, la existencia de un título ejecutivo, los requisitos intrínsecos de admisibilidad de la pretensión que configura el objeto de aquél deben determinarse, desde los puntos de vista subjetivo y objetivo, sobre la base de las constancias que figuran en el título respectivo y de los recaudos que, según la ley, condicionan su fuerza ejecutiva [...]" (Palacio-Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 9, pág. 174, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999)."

"Que, como requisito subjetivo de la pretensión ejecutiva, la legitimación procesal resulta de la coincidencia entre quien interpone la pretensión y quien figura en el título como acreedor; y, como requisitos objetivos, el título debe consignar la obligación de dar una suma de dinero, líquida o fácilmente liquidable. Obligación que debe ser exigible, esto es, que se trate de una deuda de plazo vencido y no sujeta a condición".

"[...] La ejecución sólo puede iniciarse por el titular de la obligación (legitimatio ad causam activa) y contra el deudor de la misma (legitimatio ad causam pasiva). La primera condición, por consiguiente, que ha de resultar del título, es la indicación de las personas del sujeto activo y del sujeto pasivo de la obligación, o de quienes legalmente lo representen. Por ella y contra ella ha de iniciarse el juicio, aunque otros sean los verdaderos titulares de la relación jurídica, pues tal circunstancia no puede alegarse en el procedimiento ejecutivo sino en el juicio ordinario correspondiente." (Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. V, pág. 189, Buenos Aires, 1962)", ("PROVINCIA DE NEUQUÉN C/CARNEVALE TOMAS ALBERTO S/APREMIO" , Exp. N° 428383).

En ese marco, se constata que se inicia juicio de apremio por el certificado de deuda de fs. 4/5 emitido por el Sindicato, surge tanto la indicación del sujeto pasivo como la suma adeudada y emitido conforme la legislación que enumera a fs. 5 (ley 24642, arts. 604 y 605 CPCyC, etc.), por lo que el instrumento se basta a sí mismo y constituye título hábil para el cobro judicial, conforme los artículos 106 y 107 del Código Fiscal. Además, la recurrente no acreditó el incumplimiento del trámite administrativo que alegó reiterando su crítica a la actuación del letrado de la contraria.

"De esta manera, el título que se ejecuta reúne los requisitos extrínsecos y conforme el art. 117 del C.F., la excepción de inhabilidad de título es por vicios de forma (inc. 1), y no son admisibles controversias sobre el origen del crédito ejecutado. Por lo tanto, resulta improcedente en el marco de este proceso la defensa referida a cuestiones ajenas a los requisitos extrínsecos del

título.

“Ello, por cuanto los sujetos legitimados surgen del propio título que se ejecuta y éste no es el proceso adecuado para discutir sobre la titularidad y origen de la relación jurídica, sino el juicio ordinario correspondiente” (T.S.J. Ac. N° 6/10 y art. 128 C.F.).”

“Además, la excepción de inhabilidad se limita al examen de los requisitos extrínsecos del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa, sin perjuicio de que esta limitación ceda ante la posibilidad de que la condena se funde en una deuda inexistente, si se discute la causa fuente de la obligación con fundamento constitucional o en una ley que autoriza una exención fiscal (cfr. Palacio-Alvarado Velloso, ob. cit., pág. 356), circunstancias que no se presentan en autos”, (“PROVINCIA DE NEUQUÉN C/CARNEVALE TOMAS ALBERTO S/APREMIO” , Exp. N° 428383).

También resulta aplicable la jurisprudencia que sostiene: “En el caso, el Sindicato Argentino de Empleados y Obreros de la Enseñanza privada y el Consejo de Rectores de Universidades privadas, acordaron ante el MTEySS, en los términos de la ley 14250, un fondo solidario destinado a turismo, recreación, y capacitación, el que consistía en una contribución empresarial y un aporte solidario de los trabajadores, que debía ser depositado en la cuenta corriente del sindicato dentro de las 18 horas de vencido el pago de los salarios (RST Nro. 196/06, 109/2008, 395/09, 153/10, 406/11, y 577/11) y, efectuadas las inspecciones pertinentes se verificó una diferencia entre los aportes efectivamente pagados, y los que correspondía abonar. De este modo, cabe recordar, que el art. 1 de la ley 24642, establece que "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." A su vez, dicha ley debe ser interpretada con carácter amplio y comprensiva de todos aquellos rubros que el empleador debe retener o abonar en el marco de la negociación colectiva, ya que carecería de racionalidad una hermenéutica distinta, que implicara la carga de transitar por el proceso ordinario de cobro de pesos, en un rubro de teleología análoga y correspondiente al mismo acreedor, en el ámbito de la relación sectorial", razón por la cual resulta evidente que los aportes y contribuciones, objeto de la presente ejecución, debían ser retenidos y depositados por el empleador en la cuenta corriente del sindicato, tal como fuera fijado en la convención, justamente porque los "empleadores" son los únicos agentes obligados a retener sumas de los salarios de los trabajadores, a fin de destinarlos a distintos organismos -en este caso, al sindicato-. En virtud de ello, corresponde revocar la sentencia de grado en cuanto aplicó la ley 18.345 y declarar que el caso encuadra dentro de las previsiones dispuestas por la ley 24.642”, (CNTrab. Sala III, 8371/2012, Sindicato de Empleados y Obreros de la Enseñanza Privada c/ Fundación Iberoamericana de Estudios Superiores s/ ejecución fiscal, 23/04/13, 93493).

Por último, en cuanto a las costas el memorial del recurrente no resulta suficiente (art. 265 del CPCyC) para apartarse del principio objetivo de la derrota establecido en el art. 558. Ello, porque nada dice el recurrente respecto a que se rechazó la excepción de prescripción fundada en la aplicación del plazo del art. 2562 del CCyC se rechazó y la pretensión subsidiaria fundada en el plazo quinquenal únicamente prospero por los periodos de mayo a septiembre de 2008, a los que se había allanado la actora, tampoco dice cual es la incidencia para la distribución de costas que requiere ni señala que la sentencia difirió su determinación para la etapa de ejecución.

Por lo expuesto corresponde desestimar la apelación de la demandada, imponer las costas por la actuación ante la Alzada a la recurrente vencida y regular los honorarios en el 30% de los de la primera instancia (arts. 558 C.P.C.C. y 140 C.F.).

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la Dra. Cecilia PAMPHILE, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Gigena Basombrio, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título interpuesta por EXTERRAN ARGENTINA S.R.L y revocar la sentencia de fs. 186/192 rechazando la ejecución a su respecto.

2.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a la ejecutante perdidosa (arts. 558 y 68, CPCyC).

3.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales en ambas instancias para cuando se cuente con pautas a tal fin.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrio - Dr. Jorge Pascuarelli - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema
- Por Carátula

"R. H. E. S/ SITUACIÓN LEY 2212" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 75131/2016) – Interlocutoria: 195/17 – Fecha: 03/08/2017

DERECHO DE FAMILIA: Medidas cautelares.

VIOLENCIA FAMILIAR. CESE DE ACTOS DE PERTURBACION O INTIMIDACION. PROHIBICION DE ACERCAMIENTO RECIPROCA. FALTA DE AGRAVIO.

1.- Debe ser confirmada la resolución que dispuso provisoriamente medidas cautelares, haciéndole saber al recurrente que tiene prohibido ejercer actos de intimidación, perturbación, amenazas y/o violencia física y/o verbal hacía la Sra. R. H. E. y también se le prohíbe aproximarse a una distancia menor de 200 mts. del domicilio de la misma por el término de 90 días, por cuanto mal puede agraviarse respecto de la procedencia de una medida cautelar con alcance recíproco, como lo es la prohibición de acercamiento, en donde la misma ha sido dispuesta como consecuencia de los actos de violencia denunciados por ambas partes.

2.- La finalidad de las leyes protectorias no es desplazar los demás procedimientos propios del derecho de familia, como los relativos al cuidado de los hijos, alimentos, atribución del hogar conyugal y régimen de bienes, por lo que estas cuestiones -más allá de que provisoriamente dentro del marco de una medida cautelar hayan sido momentáneamente dispuestas por el juzgado- deben tramitar a través de los procesos destinados a tal fin, sin necesidad de esperar el plazo de 90 días dispuesto por el juez de grado para la vigencia de las medidas cautelares dispuestas.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de agosto de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados “R. H. E. S/ SITUACIÓN LEY 2212" (JNQFA1 Expte. Nº75131/2016) venidos en 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

CONSIDERANDO:

I.- Viene la presente causa a estudio en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Sr. A. M. a fs. 103/105, contra la resolución de fecha 27 de marzo de 2017 (fs. 97 y vta).

El apelante manifiesta que no ha sido escuchado, que no se ha realizado el correspondiente seguimiento conforme lo prevé la Ley 2785, y que no se ha tenido en cuenta las denuncias efectuadas por su parte a la Sra. R., sometiéndose el tribunal interviniente a las decisiones y caprichos de la nombrada.

Sostiene, que en la actualidad su hija menor de edad no se encuentra bajo la custodia de su madre, y a pesar de ello la Sra. R., continua residiendo esporádicamente en la vivienda sita en calle ... de Plottier.

Afirma, que las medidas solicitadas por R., tienen como finalidad funcionar como una barrera a fin de que no se solucione en forma pacífica la atribución de la vivienda, que en forma provisoria fuera otorgada por el juzgado a favor de ella.

Menciona, que es la Sra. R., la que se apersonó en su domicilio de manera agresiva, exigiéndole dinero y la entrega del auto que

tienen en común, reclamándole además el pago de cuota alimentaria, a pesar de que su hija M. no vive más con ella.

Expresa, que otra consideración a tener en cuenta, es que en el presente jamás se le dio intervención a la Defensoría del Niño.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, resulta que la resolución en crisis dispuso provisoriamente medidas cautelares, haciéndole saber al recurrente que tiene prohibido ejercer actos de intimidación, perturbación, amenazas y/o violencia física y/o verbal hacía la Sra. R. H. E..

Así también se le prohíbe aproximarse a una distancia menor de 200 mts. del domicilio de la misma, bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a una orden judicial y girar las actuaciones a la justicia penal, lo cual encuadra dentro de las medidas previstas en el art. 25 de la ley 2785.

Por otra parte, en función de la denuncia efectuada por el Sr. A. M., conforme acta de denuncia de fs. 98, a fs. 102 se dispuso la orden de restricción mencionada en el párrafo anterior, tanto para el Sr. M. como para la Sra. R., por el término de 90 días.

Dentro del marco fáctico expuesto, consideramos que no existe un agravio actual para el apelante, en la medida de que no solo la Sra. R. en función de las denuncias efectuadas ha solicitado como medida cautelar la prohibición de acercamiento, sino que dicha medida ha sido propiciada por el propio apelante al denunciar actos de violencia por parte de la Sra. R..

Consecuentemente, mal puede agraviarse respecto de la procedencia de una medida cautelar con alcance recíproco, como lo es la prohibición de acercamiento, en donde la misma ha sido dispuesta como consecuencia de los actos de violencia denunciados por ambas partes.

En cuanto a las demás consideraciones expuestas por el recurrente, cabe mencionar que la finalidad de las leyes protectorias no es desplazar los demás procedimientos propios del derecho de familia, como los relativos al cuidado de los hijos, alimentos, atribución del hogar conyugal y régimen de bienes, por lo que estas cuestiones - más allá de que provisoriamente dentro del marco de una medida cautelar hayan sido momentáneamente dispuestas por el juzgado- deben tramitar a través de los procesos destinados a tal fin, sin necesidad de esperar el plazo de 90 días dispuesto por el juez de grado para la vigencia de las medidas cautelares dispuestas.

En este sentido, se ha dicho:

“El objeto de las leyes protectorias contra la violencia familiar no es desplazar a los restantes procesos de familia, sino operar como una herramienta útil y eficaz, posibilitando dar una respuesta urgente frente a un requerimiento cuando media una situación de peligro para alguno de los integrantes del grupo familiar. Las medidas de protección de personas son medidas de tutela personal pues tienden a resguardar a quienes se encuentran expuestos a peligros físicos o morales, o que por estar transitando circunstancias particulares en su familia, necesitan algún tipo de tutela. Los clásicos presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares –verosimilitud del derecho y peligro en la demora- deben ser interpretados desde una perspectiva diferente de la habitual cuando se trata de casos de violencia familiar. (p. 223 y ss., Sistemas de protección en materia de violencia familias, Silvia Guahnon, Sistemas cautelares y procesos urgentes, Rev. De Dcho. Proc. 2009-2, Ed. Rubinzal-Culzoni) [...]”, (Sala III, autos “D. U. A. S/ SITUACION LEY 2212", Expte. Nº 24387/5, R. N° 251 – T° III – F° 523/525).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, corresponde el rechazo de la apelación, sin costas conforme lo dispuesto en el art. 22 de la ley 2785.

Al escrito que antecede, estese al dictado de la presente.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso articulado a fs. 103/105.

2.- Sin costas de Alzada conforme lo dispuesto en el art. 22 de la ley 2785.

3.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"VALENZUELA GUSTAVO MANUEL C/ S.A.T. S.R.L. S/ DESPIDO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil,

Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509065/2016) – Interlocutoria: 225/17 – Fecha: 15/08/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

CREDITO LABORAL. PRESCRIPCION. PLAZO. COMPUTO.

1.- Si el objeto de la demanda lo constituye un crédito proveniente de una relación individual de trabajo, se encuentra alcanzado por el art. 256 de la LCT donde se establece que “Prescriben a los dos (2) años las acciones” de tal origen.

2.- Si bien al momento del despido se encontraba vigente el art. 3986 del C.Civil por el que la prescripción liberatoria se suspendía, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica, y durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción, al tiempo en que el actor remite la intimación el 04.11.2015 el nuevo Código Civil y Comercial, conforme su art. 3541, lo había reducido a 6 meses.

3.- Iniciado el cómputo el 12.11.2013, la prescripción del crédito habría operado el 12.11.2015; luego, 8 días antes, el actor formula intimación extrajudicial (04.11.2015), por la que computado el término semestral de suspensión vigente a dicha fecha, el 04 de mayo de 2016 cuando se reanuda el plazo, el actor contaba hasta el día 12 de dicho mes y año para promover la acción. Que en consecuencia al tiempo de interpuesta la demanda (07.11.2016), el crédito se encontraba prescripto.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de agosto de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “VALENZUELA GUSTAVO MANUEL C/ S.A.T. S.R.L. S/ DESPIDO”, (JNQLA5 EXP Nº 509065/2016), venidos en apelación 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. 81/85 interpone y funda la accionada recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fecha 26.04.2017 (fs. 77/78) que rechazó la excepción de prescripción; pide se revoque con costas.

Denuncia la insuficiencia de motivación en la decisión, apartamiento de los planteos enunciados por los litigantes, y no haberse expedido ni valorado las cuestiones trascendentales de la excepción interpuesta, tales como la realidad temporal el transcurso del tiempo, el cumplimiento de plazos, fecha, efectos, existencia de interpelación fehaciente, comienzo del cómputo de los plazos, incidencia de la coyuntura histórica en nuestro ordenamiento jurídico de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil, entre otras razones.

Sostiene en segundo punto que, remitida carta documento de despido con justa causa el 05.11.2013, fecha de recepción y plazo de ley, los reclamos provenientes del vínculo laboral se tornaban exigibles a partir del 12 de noviembre de 2013, fecha en que comenzó a correr el plazo de prescripción de la acción que es bianual, venciendo en consecuencia el 12.11.2015 (art. 256 LCT); que habiendo ocurrido el acto de intimación extrajudicial por el envío de carta documento del actor del 03.11.2015 con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo CCyC, el plazo a computarse es el establecido en el art. 2541 de dicho código, es decir, 6 meses, cesando entonces el efecto suspensivo el 03.05.2016, y que el 12 de mayo de 2016 ha operado el plazo de prescripción luego de que se reanudara; que el nuevo art. 2537 no resulta de aplicación puesto que hace referencia a la modificación de los plazos de prescripción y no se refiere a los períodos de su suspensión o interrupción; que el efecto inmediato de la nueva legislación se produce cuando modifica, acrece o disminuye los efectos en curso de las relaciones o situaciones jurídicas existentes, consagrado en el primer párrafo del art. 7° del CCyC, y es aplicable a los que hayan nacido al amparo de la anterior ley y se encuentran en plena vigencia, es decir, a los tramos de su desarrollo aún no cumplidos.

Sustanciado el memorial (fs. 86), responde el actor a fs. 88/89; pide se rechace el recurso con costas; denuncia incumplimiento de los recaudos del art. 265 y señalando respecto a la cuestión de fondo que la prescripción no había operado al momento de interponerse la demanda por cuanto la suspensión de su plazo es por un año y no de seis meses.

II.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento y cumpliendo la recurrente los recaudos del art. 265 del CPCyC, resulta que la sentencia en crisis rechazó el planteo de prescripción de la acción con fundamento en que no había transcurrido el plazo de prescripción de conformidad al art. 256 de la LCT y 3986 del C.Civil de Velez, atento a que, extinguido el vínculo laboral el 05.11.2013, la demanda fue interpuesta el 07.11.2016 y de la documental aportada surge que el actor efectuó reclamo en forma extrajudicial por carta documento el 04.11.2015.

Que constituyen premisas no controvertidas por las partes, que el objeto del presente lo constituye un crédito proveniente de una relación individual de trabajo, alcanzada por el art. 256 de la LCT donde se establece que “Prescriben a los dos (2) años las acciones” de tal origen; que el comienzo del plazo se produjo el 12 de noviembre de 2013, es decir, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial producida el 01 de agosto de 2015; que la demanda fue interpuesta el 07.11.2016 (fs. 31 vta); y que el actor reclamó extrajudicialmente por derecho el 04.11.2015 (fs. 5).

Que de lo expuesto se desprende que si bien al momento del despido se encontraba vigente el art. 3986 del C.Civil por el que la prescripción liberatoria se suspendía, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica, y durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción, al tiempo en que el actor remite la intimación el 04.11.2015 el nuevo Código Civil y Comercial, conforme su art. 3541, lo había reducido a 6 meses.

A tenor de lo expuesto, y constituyendo mera aplicación de las previsiones del art. 7° del CCyC por la que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, iniciado el cómputo el 12.11.2013, la prescripción del crédito habría operado el 12.11.2015; luego, 8 días antes, el actor formula intimación extrajudicial (04.11.2015), por la que computado el término semestral de suspensión vigente a dicha fecha, el 04 de mayo de 2016 cuando se reanuda el plazo, el actor contaba hasta el día 12 de dicho mes y año para promover la acción.

A su vez el art. 4037 del CCyC aplica a situaciones en que se encuentra en curso el plazo de prescripción al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley, que aquí no se ve alterado, porque sólo quedaba computar el tiempo restante (8 días), y de ello no se deriva que conserve el régimen de la suspensión cuando ha sido modificado y máxime si no estaba transcurriendo.

Que en consecuencia al tiempo de interpuesta la demanda (07.11.2016), el crédito se encontraba prescripto.

III.- Por las razones expuestas, resultando procedente la apelación de la demandada, se revocará el pronunciamiento de grado, y en su mérito, haciendo lugar a la excepción de prescripción se habrá de rechazar la acción intentada y dejar sin efecto las regulaciones honorarias.

IV.- Costas en ambas instancias a cargo del actor en su calidad de vencido (art. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC).

V.- Por labor en ambas instancias, regúlense los honorarios de la letrada de la demandada Dra. ... en el 16%, y los correspondientes a los profesionales por el actor, Dr. ... y Dra. ..., el primero en el doble carácter, en el 9% y 5% respectivamente, tomando como base lo previsto en el art. 20 de la ley arancelaria, conforme los arts. 6, 7, 8, 9, 10, 15, 20, 35 y 39 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.- Revocar la resolución dictada a fs. 77/78, y en consecuencia, hacer lugar a la excepción de prescripción, rechazándose la acción intentada, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias al actor en su calidad de vencido (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de ambas instancias, para la letrada de la demandada Dra. ... en el 16%, y los correspondientes a los profesionales por el actor, Dr. ... y Dra. ..., el primero en el doble carácter, en el 9% y 5% respectivamente, tomando como base lo previsto en el art. 20 de la ley arancelaria, conforme los arts. 6, 7, 8, 9, 10, 15, 20, 35 y 39 de la Ley 1594.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema

- Por Carátula

"OILSTONE ENERGIA S.A. C/ BASCUR JOSE LUIS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR" - 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.: 71131/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 04/07/2017

DERECHOS REALES: Interdictos posesorios.

BATERIA DE GAS. CORTE DEL CAMINO DE ACCESO. INTERDICTOS POSESORIOS. INTERDICTO DE RECOBRAR. PRUEBA. DESPOJO. VIOLENCIA.

1.- […] esta acción se otorga a todo aquel poseedor o tenedor que ha sido privado de su relación de poder, para recuperarla. “El interdicto de recobrar se emparenta con la acción de despojo más que una acción posesoria, siendo una acción policial que tiende a restablecer el estado anterior de las cosas” (CSJN 22/2/1983, comp. 449 ED 103-776, n° 17).

2.- “En el interdicto de recobrar, el debate y la prueba versarán únicamente sobre el hecho de la posesión o tenencia, así como el despojo y la fecha en que éste se produjo, con exclusión de las relaciones de derecho que puedan vincular a las partes. El objeto de la prueba en un interdicto de recobrar es el hecho en sí de la posesión y el despojo con violencia o clandestinidad, por lo tanto resulta ajeno determinar si el actor es propietario del inmueble en cuestión pues este proceso tiene por finalidad reponer las cosas al estado en que se encontraban, impidiendo que cada cual hiciera justicia por mano propia, con la consiguiente alteración del orden público y escarnio del derecho“. (conf Colombo – Kiper “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –Anotado y Comentado T VI– págs. 35, 52 y 53“ STJ expte. 25043/10-3/3/11).

3.- El demandado deberá proceder a la inmediata restitución del bien objeto del presente interdicto de recobrar, toda vez que la acción por él desplegada, esto es “cortar” conforme se refiere en el acta de constatación, el camino de acceso al inmueble donde se encuentra la batería de gas, le generó a la actora el desapoderamiento del mismo, ante la imposibilidad de acceder, conforme bien lo sostiene la magistrada cuando dispone la medida cautelar, intimando al demandando que se abstenga de “impedir, obstruir o dificultar el acceso….”, con lo cual el recaudo establecido en la norma se encuentra cumplido (inc. 1° del art. 614). Evalúo entonces si se da el requisito del inc. 2° del ritual ya citado –despojo con violencia o clantestinidad-, considerando con el acta de constatación y las testimoniales a las cuales he hecho referencia, que sin dudas, ”…el objetivo del corte era precisamente impedir el acceso de la Empresa mencionada a las baterías que en ese sector se encuentran … y que hasta que eso no suceda, no van a declinar en la decisión de permanecer en el lugar…” (reclamos económicos), constituyen vías violentas de hecho para lograr un objetivo determinado.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Co, Departamento Confluencia de la Provincia del Neuquén, a los cuatro (04) días del mes de

julio del año dos mil diecisiete, la Sala N° 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, integrada con los señores vocales, Dres. Gabriela Belma Calaccio y Dardo Walter Troncoso, con la presencia de la Prosecretaria de Cámara Dra. Emperatriz Vásquez, dicta sentencia en estos autos caratulados:

"OILSTONE ENERGIA S.A. C/ BASCUR JOSE LUIS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR" (Expte. Nº 71.131, año 2015), del Registro del Juzgado de Primera Instancia N° 1, Civil, Comercial, Especial de Concursos y Quiebras y de Minería de la II Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Cutral Co, en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de igual ciudad, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Gabriela Belma Calaccio, dijo:

I.- Sentencia de primera instancia:

Vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la actora contra la sentencia dictada en fecha 23 de marzo del 2017, obrante a fs. 61/66, que desestima la demanda interpuesta por la empresa Oilstone Energía S.A., contra el señor José Luis Bascur, encaminada a recobrar la tenencia del inmueble individualizado en la demanda, del cual habría sido despojado por el indicado.

Ante la situación fáctica reseñada por la demandante y las pruebas incorporadas a la causa, la magistrada considera que la actora no logró acreditar los recaudos exigidos por el ritual, (art. 614). Impone costas y difiere la regulación de honorarios.

II.- Contra tal decisión se alza la accionante expresando agravios a fs. 71/74 y vta., que bilateralizados obran incontestados.

III.- Agravios de la actora:

La requirente se agravia contra la decisión de la magistrada considerando las cuestiones, que resume en dos agravios.

1°.- Primer Agravio:

En primer lugar dice que la conclusión a la que arriba el fallo relacionada con la ausencia de prueba de la posesión del inmueble en cuestión es infundada y carente de lógica, en tanto, con cita de la prueba producida por su parte, considera acreditado que desde el 1° de octubre del 2015 opera y explota el área en cuestión (Portezuelo Minas y Puesto Cortadera), siendo lógico pensar que el ejercicio de la posesión se extiende sobre el inmueble y caminos de ingreso a la batería.

Afirma que la a quo desconoce sobre la actividad que lleva a cabo su parte atento que sobre los inmuebles sujetos a explotación hidrocarburífera coexisten el propietario del mismo, o el que tiene la simple tenencia y el concesionario del área.

2°.- Segundo Agravio:

En segundo lugar se agravia por la consideración relacionada con la falta de violencia o clandestinidad, cuando fue clara la actitud del demandado que, aprovechando la ausencia del personal y en horas de la madrugada cortó el ingreso a la Batería.

Del acta de constatación surge que cinco personas bloquearon el acceso, y recurriendo a las vías de hecho impidieron el mismo con el pretexto de requerir compensaciones económicas.

Considera errónea la valoración de la prueba, ya que del testimonio de Morbelli se desprende la clandestinidad, citando jurisprudencia en apoyo de su postura, a la cual me remito en honor a la brevedad.

IV.- Admisibilidad del recurso:

A.- Preliminarmente corresponde evaluar si la pieza recursiva cumple con las exigencias del art. 265 del CPCC, conforme la interpretación amplia que he pregonado en numerosos antecedentes a fin de armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de defensa en juicio, considerando que traspasa tal valladar.

Adelanto además, que como lo he sostenido reiteradamente, los jueces no estamos obligados a seguir puntillosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, ni ponderar todas las medidas de prueba sino las que sean conducentes y tengan relevancia para decidir el tema sometido a juzgamiento. En este sentido "No es necesario que se ponderen todas las cuestiones propuestas por el recurrente, sino sólo aquellas que se estimen decisivas para la solución del litigio". (cfr. "Dos Arroyos SCA vs. Dirección Nacional de Vialidad (DNV) s. Revocación y nulidad de resoluciones"; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 08-08-1989; Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RCJ 102597/09).

B.- Que en forma previa al análisis de los agravios debo hacer notar sobre la admisión tardía de la gestión que invocara el gestor a fs. 40, sin que en la instancia de origen se efectuara alguna consideración o se procediera conforme lo manda el art. 48 del C.P.C. y C., cuestión que no he pasado por alto.

Sin embargo dado el estado procesal y a fin de evitar un exceso ritual manifiesto, teniendo en cuenta el silencio de la contraria y la ausencia de decisión judicial que declare la sanción prevista por aquella norma, no declararé la nulidad de lo actuado por éste e ingresaré en el análisis de la cuestión sometida a decisión.

V.- Análisis de los agravios:

La recurrente interpone la presente acción, tendiente a recobrar la posesión y/o tenencia del inmueble que identifica como Lotes 3, 6 y 7 Sección X Dpto. Confluencia, contra quien sostiene fuera el autor del despojo, que se habría producido en fecha 12 de noviembre del año 2015, correspondiendo por ende resolver la presente situación conforme las normas del C.C. y C. –arts. 2241 y concordantes- y 614 y siguientes del C.P.C. y C..

En esa dirección, esta acción se otorga a todo aquel poseedor o tenedor que ha sido privado de su relación de poder, para recuperarla. “El interdicto de recobrar se emparenta con la acción de despojo más que una acción posesoria, siendo una acción policial que tiende a restablecer el estado anterior de las cosas” (CSJN 22/2/1983, comp. 449 ED 103-776, n° 17). “Por eso se acuerda aún en los casos de posesión viciosa, no siendo necesario que se trate de una posesión animus domini, con los demás caracteres que la ley exige; basta la tenencia o detención actual de la cosas y el hecho del desapoderamiento por el medio que la misma ley prevé” (crfr. CPCYC de la Nación –tomo VI- pág 422). “En el interdicto de recobrar, el debate y la prueba versarán únicamente sobre el hecho de la posesión o tenencia, así como el despojo y la fecha en que éste se produjo, con exclusión de las relaciones de derecho que puedan vincular a las partes. El objeto de la prueba en un interdicto de recobrar es el hecho en sí de la posesión y el despojo con violencia o clandestinidad, por lo tanto resulta ajeno determinar si el actor es propietario del inmueble en cuestión pues este proceso tiene por finalidad reponer las cosas al estado en que se encontraban, impidiendo que cada cual hiciera justicia por mano propia, con la consiguiente alteración del orden público y escarnio del derecho“. (conf Colombo – Kiper “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –Anotado y Comentado T VI– págs. 35, 52 y 53“ STJ expte. 25043/10-3/3/11).

Bajo aquel prisma doctrinario y jurisprudencial habrá de resolverse el presente litigio, adelantando que encuentro razón al apelante en su crítica, conforme las razones que expondré, considerando además la conducta adoptada por el demandado, quien no se presentó a estar a derecho y contestar la demanda, haciendo procedente por analogía las sanciones contenidas en los arts. 60 y 356 del C.P.C. y C..

En esa dirección, y, luego del análisis de los distintos elementos de prueba incorporados y producidos en este proceso, encuentro que se perfeccionan en autos los requisitos exigidos por el ritual.

En efecto, con la documentación acompañada con la demanda y no desconocida por el demandado, fs. 1/16, e incluso sobre los fundamentos por los cuales se dispone la medida cautelar innovativa, surge que el actor opera y explota el área en litigio, detentando preliminarmente la tenencia del inmueble y siendo contemporáneo el ejercicio del mismo con el acto de despojo que denuncia, conforme refieren los testigos a fs. 39/42.

Se ha acreditado también, que la acción desplegada por el demandado, de “cortar” conforme se refiere en el acta de constatación, el camino de acceso al inmueble donde se encuentra la batería de gas, le generó a la actora el desapoderamiento del mismo, ante la imposibilidad de acceder, conforme bien lo sostiene la magistrada cuando dispone la medida cautelar, intimando al demandando que se abstenga de “impedir, obstruir o dificultar el acceso….”, con lo cual el recaudo establecido en la norma se encuentra cumplido (inc. 1° del art. 614).

Evalúo entonces si se da el requisito del inc. 2° del ritual ya citado, considerando con el acta de constatación y las testimoniales a las cuales he hecho referencia, que sin dudas, ”…el objetivo del corte era precisamente impedir el acceso de la Empresa mencionada a las baterías que en ese sector se encuentran … y que hasta que eso no suceda, no van a declinar en la decisión de permanecer en el lugar…” (reclamos económicos), constituyen vías violentas de hecho para lograr un objetivo determinado. “…el sólo hecho de haber mediado acción directa y deliberada del demandado para tomar o retomar el bien que no estaba a la sazón en su poder, es la razón necesaria y a la vez suficiente para que sea obligado a su inmediata restitución…” (Cfr. Defensas Posesorias -Pedro León Tinti- pág. 151).

En razón de lo dicho, corresponder revocar la sentencia, admitiendo la demanda y ordenando al demandado la inmediata restitución del bien en cuestión, con costas a éste.

Por ello propongo al Acuerdo: 1° Revocar la sentencia que viene cuestionada, admitiendo la demanda y en consecuencia, condenando al demandado a la restitución del inmueble referenciado más arriba, dentro de las veinticuatro horas de quedar firme la presente; 2° costas de ambas instancias al demandado perdidoso (art. 68 del Código Procesal); 3° Diferir la regulación de honorarios hasta la etapa procesal correspondiente (art. 15 de la LA).

Tal mi voto.

Y el Dr. Dardo Walter Troncoso, dijo:

Comparto la línea argumental y solución propiciada por la Dra. Calaccio en el voto que antecede, por lo que adhiero a las mismas.

Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, con competencia en las II, III, IV y V

Circunscripciones Judiciales;

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora y en consecuencia; revocar la sentencia dictada a fs. 61/66 en fecha 23 de marzo de 2017, admitiendo la demanda.

2.- Condenar al demandado señor JOSE LUIS BASCUR a la restitución del inmueble identificado como Lotes 3, 6 y 7 Sección X, Dpto. Confluencia de la Provincia del Neuquén, dentro del plazo de veinticuatro (24) horas de quedar firme y ejecutoriada la presente, bajo apercibi-miento de procederse a su lanza-miento.

3.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo del accionado perdidoso, (art. 68 del C.P.C. y C.).

4.- Diferir la regulación de honorarios de segunda instancia para la oportunidad en que se encuentren establecidos los de la instancia anterior.

5.- PROTOCOLICESE digitalmente (Ac. 5416 pto. 18 del TSJ). NOTIFÍQUESE electrónicamente y oportunamente, vuelvan los obrados al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela Belma Calaccio - Dr. Dardo Walter Troncoso

Dra. Emperatriz Vásquez - Prosecretaria de Cámara

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

"I. L. S/ MUERTE DUDOSA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 19789/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 09/03/2017

DERECHO PENAL. HOMICIDIO CULPOSO. TEORIA DEL DELITO. IMPUTACION OBJETIVA. DERECHO PROCESAL. QUERELLANTE PARTICULAR. DESESTIMACION DE LA DENUNCIA.

Declara por unanimidad admisible la impugnación presentada por la querella y revoca la decisión del juez de garantías.

Audio:

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

"SAN MARTIN ENZO LUIS S/ ROBO AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 76362/2017) – Sentencia: S/N - Fecha: 22/06/2017

DERECHO PROCESAL. ADMISIBILIDAD. PRESENTACION EXTEMPORANEA. DECLARACION DE REBELDIA. PROCEDENCIA.

Declara por unanimidad admisible la impugnación presentada por la fiscalía y revoca la decisión del juez de garantías declarando la rebeldía del imputado.

Audio:

Volver al índice - Por Organismo

-Por Tema
- Por Carátula

"I. L. S/ MUERTE DUDOSA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 19789/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 13/06/2017

DERECHO PENAL. HOMICIDIO CULPOSO. TEORIA DEL DELITO. IMPUTACION OBJETIVA. DERECHO PROCESAL. QUERELLANTE PARTICULAR. DESESTIMACION DE LA DENUNCIA.

1.- Declara admisible por unanimidad la impugnación presentada por la querella admitiendo la intervención de la defensa conforme lo establece el art. 49 CPP.

2.- Declara nula por unanimidad la decisión del Juez de garantías por sustanciar prueba de oficio revocando la misma.

Audio:

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

"VILLAGRA ALEXIS S/ ROBO SIMPLE" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81163/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 06/07/2017

DERECHO PROCESAL. MINISTERIO PUBLICO FISCAL.

Se ha resuelto que adquiere firmeza la resolución impugnada ante la ausencia injustificada de Ministerio Público Fiscal. Se tiene por desistido el recurso interpuesto.

Audio:

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

"VALLEJOS OSCAR ALBERTO S/ LESIONES CULPOSAS" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 25040/2017) – Sentencia: S/N - Fecha: 23/06/2017

DERECHO PENAL. ACCIDENTE DE TRANSITO. CULPA DE LA VICTIMA. DERECHO PROCESAL. LEGITIMACION. DESESTIMACION DE LA DENUNCIA. CONTROL JUDICIAL. ACCESO A LA JUSTICIA. DERECHOS DE LA VICTIMA. ACCESO A LA JUSTICIA.

Se resuelve por unanimidad:

1.- Declarar admisible el recurso de la querella.

2.- Revocar la decisión del juez de garantías.

3.- Habilitar a la querella a formular cargos con o sin el acompañamiento del fiscal.

Audio:

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

"CALELLO JUAN ERNESTO S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO (ART. 80 DEL CP)" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 77556/2016) – Sentencia: 53/17 - Fecha: 04/07/2017

DERECHO PENAL. HOMICIDIO AGRAVADO. PENA. ESTATUTO DE ROMA. DERECHO PROCESAL. JUICIO POR JURADOS. DEFENSA EN JUICIO.

1.- Mal puede afirmarse que el imputado se vio impedido de defenderse respecto del hecho por el que no se formularon cargos (en el caso la fiscalía acreditó durante el juicio hechos de violencia entre el imputado y su ex - pareja), cuando la defensa conocía que la fiscalía pretendía acreditarlo en el juicio para así probar los actos de violencia de género preexistente a través de testigos. Nada impidió a la defensa producir prueba que contrarrestara la que utilizaría el fiscal, si es que existía prueba en contrario. En cualquier caso no es ilegítimo que el fiscal pretenda utilizar esa línea de argumentación. Lo que la defensa en realidad pretende cuestionar es la estrategia utilizada por el acusador para acreditar su teoría del caso y ello no puede admitirse en el presente, porque esa estrategia resultó perfectamente legítima y a la luz de los resultados, adecuada para acreditar su teoría del caso.

2.- No puede afirmarse que se trate de una prueba ilegal (el acreditar hechos de violencia entre el imputado y su ex – pareja, respecto de los que no se habían formulado cargos) sólo porque resulta inconveniente para la teoría del caso de la contraparte. La ilegalidad de una prueba es algo mucho más serio que ello. Una prueba es ilegal cuando se ha obtenido violando la ley o la constitución, y la defensa no ha acreditado qué norma legal o constitucional violentó la fiscalía. No se vio afectado el derecho de defensa en juicio en razón de que nada impidió a la defensa producir prueba en contrario.

3.- No se ha violentado el principio de duda razonable fundado en que el jurado se vio de alguna manera influenciado al valorar prueba “ilegal” (el acreditar hechos de violencia entre el imputado y su ex – pareja, respecto de los que no se habían formulado cargos), en razón de que los hechos sobre los que declararon los testigos, y los testimonios en sí mismos, no pueden ser considerados pruebas ilegal porque ninguna norma legal fue incumplida para su obtención.

4.- Si el jurado popular dio por probada la figura agravada del femicidio transversal, el Tribunal no puede entrometerse en dicha decisión, respecto de la alegada falta de prueba del dolo de la figura agravada mencionada. En todo caso lo que si puede y debe valorar el Tribunal de Impugnación es si dicho veredicto resulta, en ese aspecto, contrario a prueba, es decir, si durante el juicio se produjo o no prueba que razonablemente permita llegar a la misma

conclusión que llegó el jurado: es decir que la muerte de E. fue causada con la finalidad de provocar un sufrimiento a la ex pareja del acusado.

5.- Si como se acreditó, el propio acusado había manifestado a su ex - pareja que mataría a cualquier otro hombre que pudiera acercarse o pretender tener una relación con ella, lo que efectivamente ocurrió; y si el imputado ni siquiera conocía a la nueva pareja antes de causarle la muerte, lo que indica que no tenía motivos objetivos distintos a los que él mismo enunció a su ex pareja, es decir de que mataría a cualquier otro hombre que se le acercara a ella, que pudieran dar una explicación a su reacción. Este es un elemento propio del femicidio transversal, que consideró acreditado el jurado con los elementos de prueba producidos.

6.- La pena de prisión de perpetua no puede ser considerada como cruel, inhumana o degradante, al punto de asimilarla a una tortura. En el caso "Díaz" se sostuvo que "…que la pena de prisión perpetua prevista por la ley para el presente caso no conlleva ningún cuestionamiento sobre su validez constitucional, por considerar que no se ve confrontada con ninguna norma de la Constitución, incluido en ello los tratados incorporados en los términos del artículo 75 inc. 22 de la CN".

7.- No hay duda que la pena prevista por el tipo penal (femicidio tranversal en el caso) es obviamente muy severa, pero está directamente relacionada con la importancia del bien jurídico afectado por el imputado… Todo ello debe ser merituado para justificar la pena a imponer, lo que determina la existencia de una evidente proporción entre la pena impuesta, el bien jurídico tutelado que el condenado afectó, la extensión del daño causado y el peligro ocasionado con la conducta por éste desplegada. A mi modo de ver existe una proporcionalidad entre la gravedad del hecho reprochado y acreditado, y la gravedad de la pena impuesta… en el caso de autos, la pena de prisión perpetua (no puede ser considerada) como una pena cruel, inhumana o degradante.

8.- No hay duda de la severidad de la pena prevista para el femicidio transversal, está directamente relacionada y en proporción con el daño al bien jurídico que le fue reprochado. El cumplimiento de esa pena seguramente implicará la existencia de dolores o sufrimientos en el ánimo y el espíritu del condenado. Pero ello, por ser propios al cumplimiento de una pena legítimamente impuesta, no constituye, ni puede ser asimilado, al delito de torturas como alega la defensa.

9.- Si en el juicio de cesura la defensa aportó testigos para morigerar la prisión perpetua, y luego fueron valorados por el juez como un agravante, lo cierto es que el juez no está obligado a valorar las pruebas que se le presenten en un sentido determinado. En todo caso, la defensa podría haber intentado acreditar la arbitrariedad de los argumentos del juez sí así los hubiera considerado, pero no lo hizo limitándose a afirmar que fueron valorados en un sentido opuesto al que la defensa proponía.

10.- Si el Juez Profesional, al imponer la prisión perpetua al imputado, omitió dar respuesta a la petición formulada por la defensa, respecto de la aplicación del Estatuto de Roma, ello conlleva un vicio por fundamentación omisiva, debido a que mal podríamos estar resolviendo la aplicación de tal Estatuto cuando el Juez de la instancia anterior lo ignoró olímpicamente en su

sentencia. No respondió ni en un sentido ni en otro y, esto último, torna antinormativo que lo haga esta Sala por las razones expuestas más arriba. Por ello, corresponde declarar la NULIDAD PARCIAL de la sentencia de imposición de pena dictada el día 9/5/2017 (art. 98 CPP), correspondiendo devolver el legajo para que el mismo Juez Profesional, audiencia mediante, dicte nueva sentencia pronunciándose sobre la aplicación o no del instrumento internacional precitado. (voto mayoría de los Dres. Trincheri y Martini).

11.- El derecho al recurso y al doble conforme que asiste a la defensa impone que el Tribunal de Impugnación se pronuncie sobre las materias que fuesen tratadas en el juicio y resueltas por el magistrado que previno. Ello garantiza que la defensa tenga la posibilidad de presentar una impugnación ordinaria ante un Tribunal de Impugnación con distinta integración para el caso que el magistrado de grado resuelva sobre este punto contrario a su interés, realizando una crítica razonada de los fundamentos dados por el sentenciante. Adoptar una decisión respecto de una materia sobre la cual no se dio respuesta, limita la amplitud de la revisión a la cual tiene derecho la defensa. Adviértase que en el supuesto de resolver esta integración del Tribunal de Impugnación contrario a la pretensión de la defensa, a la impugnante le restaría la limitada y restricta impugnación extraordinaria en los supuestos contemplados en el artículo 248 del CPP (Del voto de la Dra. Martini).

12.- Corresponde hacer lugar al planteo de la defensa respecto de la aplicación del Estatuto de Roma y, en consecuencia, establecer que el cumplimiento de la pena de prisión perpetua impuesta al condenado J. E. C. por la comisión del delito de homicidio calificado en los términos del Art. 80 inc. 12 del CP, no podrá superar en ningún caso el límite máximo previsto por el artículo Art. 77 inc. a) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998), en los términos de la ley 26.200, debiendo las accesorias legales (Art. 12 del CP) seguir la misma suerte de la pena principal (del voto en disidencia del Dr. Andrés Repetto).

13.- Corresponde establecer el límite de cumplimiento máximo de la prisión perpetua en esta instancia sin reenvío, en razón de que en la presente no se dispone nulificar la sentencia de grado en ninguno de sus puntos, sino simplemente establecer, en función de los argumentos expuestos y de las leyes penales vigentes en la República Argentina, cuál es ese límite legal máximo, sin que por ello se vea afectada la calificación jurídica o la pena oportunamente impuestas al acusado.(En el caso se debatía la pena a aplicar en función de lo dispuesto por el Código Penal y el Estatuto de Roma). (Disidencia del Dr. Repetto).

Ver texto completo:

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

"MARIPAN DARIO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ

2734/2016) – Sentencia: S/N - Fecha: 04/07/2017

DERECHO PROCESAL. IMPUGNACION. ADMISIBILIDAD. REVOCACION. DERECHO PENAL.

Se resuelve por unanimidad declarar admisible la impugnación a la revocación de la suspensión de juicio a prueba. Se revoca la decisión de la Juez de ejecución penal y del tribunal revisor, y se ordena remitir el legajo al área de ejecución penal.

Audio:

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

"GODOY JORGE LUIS S/ INCIDENTE EJECUCION DE LA PENA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFINQN 242/2014) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/07/2017

DERECHO PROCESAL. IMPUGNACION. DEBIDO PROCESO. DEFENSA EN JUICIO. DERECHO A SER OIDO. SISTEMA ACUSATORIO. VALORACION. DECLARACION TESTIMONIAL. PRINCIPIO DE CONTRADICCION. DERECHO PENAL. EJECUCION DE LA PENA. SALIDAS TRANSITORIAS. INCUMPLIMIENTO. REVOCACION.

Se resuelve declarar admisible el recurso interpuesto. Se declara nula la resolución del tribunal revisor porque la juez de ejecución no respetó el debido proceso. Ordenar nueva audiencia ante otro juez de ejecución.

Audio:

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

"MIKELOVICH JUAN ERNESTO S/ HOMICIDIO DOLOSO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 89208/17) – Sentencia: S/N - Fecha: 03/07/2017

DERECHO PROCESAL. PRISION PREVENTIVA.

Se resuelve por unanimidad declarar admisible el recurso interpuesto. Confirma la prisión preventiva.

Audio:

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

"GALLARDO CESAR OSCAR S/ HABEAS CORPUS" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 590/17) – Sentencia: S/N - Fecha: 30/06/2017

DERECHO PROCESAL. HABEAS CORPUS. IMPOSICION DE COSTAS. FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL.

Se resuelve por unanimidad declaran admisible el recurso interpuesto. Rechazar el recurso de la fiscalía y confirmar la resolución de imposición de costas.

Audio:

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

"**OLIVERA NATANAEL S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81192/17 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 26/06/2017

DERECHO PROCESAL. PRUEBA. PRISION DOMICILIARIA.

1.- Se resuelve por mayoría de los Dres. Federico Sommer y Mario Rodriguez Gomez declarar la admisibilidad de la impugnación de la fiscalía.

2.- Se resuelve por unanimidad revocar la decisión de la juez de garantías en cuanto a la prohibición de entrevistar a los testigos.

3.- Se resuelve por unanimidad declarar admisible la impugnación de la defensa.

4.- Se resuelve por mayoría de los Dres. Mario Rodriguez Gomez y Richard Trincheri confirmar la resolución del Tribunal revisor, continuando el imputado en prisión domiciliaria.

Audio:

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

"GATICA JUAN S/ LESIONES LEVES" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 75729/16) – Sentencia: S/N - Fecha: 05/06/2017

DERECHO PROCESAL. VIOLENCIA DE GÉNERO. DERECHO PENAL.

Se resuelve hacer lugar al desestimiento de la impugnación.

Audio:

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

"CARRASCO CARLOS RAUL S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 20846/2016 MPFZA) – Sentencia: S/N - Fecha: 19/05/2017

DERECHO PENAL. DERECHO PROCESAL. ADMISIBILIDAD. MEDIDAS CAUTELARES. PRISION PREVENTIVA. PRORROGA.

Se confirma por unanimidad la resolución del tribunal revisor.

Audio:

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

"MOLINA MARIANO, ROJAS CARLOS, MUÑOZ PABLO, ÑANCU MARINA S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 68227/2016 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 17/05/2017

DERECHO PENAL. TEORIA DEL DELITO. ACTOS PREPARATORIOS. DECOMISO.

Se resuelve por unanimidad declarar admisible la impugnación y revocar la decisión del tribunal de juicio.

Audio:

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

"LIRA LUCAS S/ HOMICIDIO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 73004/16 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 17/05/2017

DERECHO PROCESAL. MEDIDAS CAUTELARES. PRISION DOMICILIARIA. PRORROGA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Se resuelve confirmar la decisión del Tribunal revisor (por mayoria del Dr. Rodriguez Gomez y Dr. Trincheri).

Audio:

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

"FISCALIA DE VILLA LA ANGOSTURA S/ INVESTIGACION" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 19460/16 MPFJU) – Sentencia: S/N - Fecha: 11/05/2017

DERECHO PENAL. PECULADO. DERECHO PROCESAL. ADMISIBILIDAD

Se declara admisible por unanimidad la impugnación de la defensa.

Se confirma la decisión del juez de garantías prorrogando la investigación.

Audio:

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

"GARCIA ALEXIS SEBASTIAN S/ ROBO SIMPLE" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 92387/2017 MPFNQ) - Sentencia: S/N - Fecha: 21/07/2017

DERECHO PENAL. ROBO SIMPLE. PENA. CUMPLIMIENTO. PRESCRIPCION. DERECHO PROCESAL. ADMISIBILIDAD. PRISION PREVENTIVA.

Se declara admisible por unanimidad el recurso.

Se revoca la prisión preventiva impuesta ordenando la libertad.

Audio:

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

"ARANDA JULIO CESAR S/ HOMICIDIO..." - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 81590/2017 MPFNQ) – Sentencia: S/N - Fecha: 24/07/2017

DERECHO PROCESAL. ADMISIBILIDAD. PRINCIPIO DE CONTRADICCION.

Se resolvió por mayoria del Dr. Sommer y la Dra. Diub declarar inadmisible el recurso presentado de acuerdo a lo previsto en los art. 233, 239 y 172 última parte del CPP confirmando la resolucion de la jueza de garantias.

Audio:

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

"MONSALVE LUIS HECTOR S/ ABUSO DE AUTORIDAD" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 82466/17 MPFNQ) - Sentencia: S/N - Fecha: 28/07/2017

DERECHO PENAL. ABUSO DE AUTORIDAD. CONCUSION. DERECHO PROCESAL. ADMISIBILIDAD. GRAVAMEN IRREPARABLE. NULIDAD. COSTAS.

Se resduelve por unanimidad declarar inadmisible formalmente la impugnación confirmando la resolución que tiene por formulados los cargos.

Por mayoria (Dres. Deiub y Rimaro) resuelven eximir de costas al perdidoso (Art. 268 2do párrafo del CPP).

Audio:

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

"RIOS RODRIGO EZEQUIEL S/ ROBO AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 59647/2016) – Sentencia: 54/2017 - Fecha: 24/07/2017

DERECHO PROCESAL. SENTENCIA. NULIDAD.

1.- Las dificultades o complejidades que ocurran en la deliberación, no son públicas y citar el fundamento que llevó a tomarse el tiempo máximo o a decirlo inmediatamente, lesionaría el carácter secreto de este acto procesal "...a deliberar en sesión secreta" (art. 193 del C.P.P.) "Lógicamente las deliberaciones son secretas ya que si fueran públicas se menoscabaría la independencia de los jueces, independencia respecto de las partes del litigio e independencia respecto de la opinión pública; también se debilitaría la consistencia y fuerza de la sentencia si evidenciara raíces débiles; y ello sin olvidar que el objeto de la sentencia no es someter a los jueces intervinientes a examen de sus conocimientos y aptitud sino zanjar de forma coherente un litigio. (En el caso la defensa plantea que no se dictó el veredicto inmediatamente, sin fundar la dificultad que admite una prórroga de dos días).

2.- De la lectura integral y conjugada de los artículos 193 del C.P.P. "deliberación y sentencia" y 195 del mismo código "redacción y lectura", se desprende que en definitiva el Tribunal cuenta con siete días, desde la finalización del debate, para deliberar y cumplir con la redacción y lectura del fallo, dentro de esos siete, debe mencionar, al menos la parte dispositiva, con una breve explicación, dentro de los dos días posteriores al cierre. (En el caso la defensa plantea la nulidad por haberse notificado la sentencia completa un día más tarde del plazo de los cinco días del veredicto, pero el veredicto se había dado al día siguiente de finalizado el juicio. El veredicto y la sentencia se dictaron dentro de los 6 días de llevados a cabo el juicio).

Texto completo:

Volver al índice - Por Organismo
-Por Tema

- Por Carátula

"D. F. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 17698/2016) – Sentencia: 24/17 - Fecha: 30/03/2017

DERECHO PENAL. ABUSO SEXUAL. DERECHO PROCESAL. NULIDAD. DEFENSA EN JUICIO. DEBIDO PROCESO. CONTROL JUDICIAL. CONTROL DE LEGALIDAD.

1.- Dentro de los mecanismos que permiten asegurar el control de la legalidad de los actos de los jueces el artículo 229 del código procesal nos habilita a su revisión aún de oficio. Es preciso conocer si se verificó cuál es el nexo que la acusación fiscal guarda con la proposición fáctica y la prueba que invocó y sustenta su teoría. Además corresponde determinar si dicha valoración se sustenta en documentos públicos eficaces para acreditar la identidad de las personas (en el caso, se declaró la nulidad del acuerdo por no haberse verificado tales extremos).

2.- El control de legalidad en nada invalida el eje del proceso adversarial, en el cual el juez debe decidir teniendo en cuenta lo alegado y probado o convenido por las partes. De modo que verificar la legalidad del acuerdo declarando su validez o invalidez, y con efecto limitado al caso concreto, no solo es posible, sino es un deber de todo magistrado, en función de que para tener por acreditadas las proposiciones fácticas enunciadas por la fiscalía es imposible prescindir de la partida de nacimiento de la menor (en el caso, se declaró la nulidad del acuerdo por no haberse verificado tales extremos).

3.- La partida de nacimiento nunca fue incorporada como prueba por lo que no pudo valorarse y tenerse como base cierta a partir de la cual la fiscalía construiría su teoría legal; el Ministerio Publico fiscal tiene la obligación de avalar -con la partida de nacimiento- lo que afirma, es decir que el hecho motivo de acuerdo fue cometido por el acusado cuando la menor contaba con once años de edad y el Juez del acuerdo tiene la obligación de verificarlo (en el caso, se declaró la nulidad del acuerdo por no haberse verificado tales extremos).

4.- La lógica del sentido común, obligaba al señor juez de Garantías a efectuar un máximo esfuerzo en el control de legalidad del acuerdo, ello es así porque la edad de la víctima es una cuestión basal en el tipo penal escogido que amplía el rango de pena sustancialmente si la víctima es menor de trece años (en el caso, se declaró la nulidad del acuerdo por no haberse verificado tales extremos).

Texto completo:

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

"GONZALEZ LIDIA MARIELA S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15146/2015) – Sentencia: 50/17 - Fecha: 29/06/2017

DERECHO PENAL. PENA. ATENUANTES. DERECHO PROCESAL.

La sentencia debe valorar la prueba producida en la audiencia de cesura anudada a los agravantes y atenuantes expresamente fundados y solicitados por las partes, por lo cual no se advierte un déficit de razonamiento en los términos expresados por el impugnante. En la audiencia de cesura el testimonio de Lidia fue conectado principalmente con las consecuencias del hecho para la propia acusada (depresión reactiva al hecho, sufrimiento padecido por la acusada a partir del hecho). El Sr. defensor literalmente expresa, previo a finalizar su alegato, que la imputada sufrió a cuenta del hecho por lo que no es lo adecuado la pena más grave. Éste argumento es el que contesta la sentencia, descartándolo por considerar que es computable exclusivamente a la acción que ella voluntariamente decidió emprender y que desde un derecho penal del acto sería al menos contradictorio disminuir la sanción desde semejante enfoque. Es por ello que el testimonio de Lidia resultaba irrelevante a fin de atenuar la pena.

Texto completo:

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